



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

SISTEMA DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO NOTARIAL Y REGISTRAL

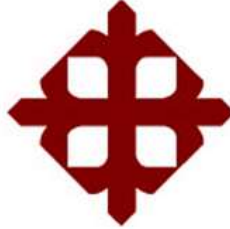
**Trabajo de Titulación de Examen Complexivo para la obtención del Grado de
Magister en Derecho Notarial y Registral**

**TEMA: NULIDAD DE LA ESCRITURA PÚBLICA Y NULIDAD DE LOS
ACTOS Y CONTRATOS. FALSEDAD DEL INSTRUMENTO PÚBLICO**

Autora:

Dra. Paola Catalina Andrade Torres

**GUAYAQUIL – ECUADOR
2018**



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO NOTARIAL Y REGISTRAL**

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo fue realizado en su totalidad por la **Dra. Paola Catalina Andrade Torres**, como requerimiento parcial para la obtención del Grado Académico de **Magister en Derecho Notarial y Registral**.

REVISORES

Dr. Francisco Obando F.
Revisor Metodológico

Ab. María José Blum M.
Revisora de Contenido

DIRECTOR DEL PROGRAMA

Dra. Teresa Nuques Martínez

Guayaquil, 29 de mayo del 2018



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO NOTARIAL Y REGISTRAL**

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, Dra. Paola Catalina Andrade Torres

DECLARO QUE:

El examen complejo **Nulidad de la escritura pública y nulidad de los actos y contratos. Falsedad del instrumento público**, previo a la obtención del **Grado Académico de Magister en Derecho Notarial y Registral**, ha sido desarrollado en base a una investigación exhaustiva, respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan al pie de las páginas correspondientes, cuyas fuentes se incorporan en la bibliografía. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance científico del proyecto de investigación del Grado Académico en mención.

Guayaquil, 29 de mayo del 2018

LA AUTORA

Dra. Paola Catalina Andrade Torres



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO NOTARIAL Y REGISTRAL**

AUTORIZACIÓN

Yo, Dra. Paola Catalina Andrade Torres

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, la **publicación** en la biblioteca de la institución del examen complejo **Nulidad de la escritura pública y nulidad de los actos y contratos. Falsedad del instrumento público**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, 29 de mayo del 2018

LA AUTORA:

Dra. Paola Catalina Andrade Torres

Agradecimiento

A mis padres que siempre creyeron en mí, a mi esposo por su amor y ayuda incondicional. A mis hijos que son mi inspiración.

Dedicatoria

A la Universidad Santiago de Guayaquil, a sus maestros y a todas y cada una de las personas que contribuyeron a mi formación académica, a quienes agradezco por las experiencias y enseñanzas compartidas.

ABSTRACT

The current normative (law), which is dispersed in various legal bodies, requires a compilation and systematization in a single work to avoid its repetitiveness. Only the complete knowledge of those cases where a public instrument is filled with nullity or falsehood will bring judicial certainty (reliability). There are differences between the nullities of acts and contracts and of the public deeds that contain said acts and contracts. There can be no confusion between the nullity of a contract and the nullity of its material support, the public deed. “Nullity” and “falsehood” of public deeds are two distinct terms; furthermore, the Organic Code of General Processes and the Criminal Integral Code have considered different sanctions and treatment of “falsehood”, be it a material or ideological.

With this goal, and to contextualize this investigation efficiently, we have chosen previous verdicts that show us the differences between the nullities of public deeds and the nullities of the acts contained in those deeds. We have also recollected verdicts that manifest the cases and circumstances where a public instrument can be declared as false, and we have included a section to analyze the crime against public faith. We will also analyze Chile’s Notary Law and Colombia’s Notary Law to find out (contrast) these laws’ approach to the nullity of notary instruments.

INDICE	
Agradecimiento	i
Abstract	i
CAPITULO I	1
INTRODUCCIÓN	1
El Problema.....	1
OBJETIVOS	2
Objetivo General	2
Objetivos Específicos.....	2
BREVE DESCRIPCIÓN CONCEPTUAL	2
CAPÍTULO II	4
DESARROLLO	4
PLANTEAMIENTO DE PROBLEMA	4
Antecedentes	4
Descripción del Objeto de Investigación	5
Pregunta Principal de Investigación	6
Variable única	6
Preguntas complementarias de investigación	6
FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA	7
Antecedentes de Estudio	7
Bases Teóricas	11
Nulidad de contratos.....	11
Nulidad de instrumentos notariales	21
Falsedad en el Código Orgánico General de Procesos.....	32
Delitos contra la fe pública según el Código Orgánico Integral Penal	34
CAPITULO III	49
CONCLUSIONES	49
RESPUESTAS	49
RECOMENDACIONES	56
BIBLIOGRAFÍA	58
ANEXOS	60

CAPÍTULO I

INTRODUCCION

EL PROBLEMA

La presente investigación tiene como título principal la “Nulidad de la escritura pública y nulidad de los actos y contratos. Falsedad del instrumento público”, la misma que se encuentra dividida en tres capítulos: Introducción, Desarrollo y Conclusiones.

Para la presente investigación se ha tomado en cuenta que siendo la escritura pública un documento producido ante notario e incorporado a sus protocolos es necesario precisar y establecer las causas que pueden invalidar o anular dicho instrumento, y dilucidar si las causas que invalidan las escrituras públicas son las mismas que nulita los actos o contratos contenidos en dichas escrituras públicas y a su vez determinar si las causas que convierten en falso a un documento se aplican tanto a las escrituras públicas como a los actos y contratos que los contienen. Por supuesto que dilucidar estos temas permitirá también establecer el grado de responsabilidad del notario y determinar cuándo debe ser parte en un proceso y cuándo no puede ni debe ser demandado.

Con esta finalidad se sustentará la presente investigación en la jurisprudencia la cual develará casos específicos en los que se ha presentado estos problemas y la misma que analiza a profundidad los artículos 44, 45, 46, 47 y 48 de la Ley Notarial, los artículos 1697, 1698 y 1699 del Código Civil, el ahora derogado artículo 181 del Código de Procedimiento Civil y que corresponde en parte a los actuales artículos 214 y 215 del Código Orgánico General de Procesos, y a los artículos 327 y 328 del Código Orgánico Integral Penal. El conocimiento de esta normativa dispersa en varios cuerpos legales evitará el entorpecimiento del tráfico jurídico y económico y

los terribles costos que la declaratoria de nulidad o falsedad acarrea para las partes que intervinieron en el negocio jurídico como para el notario que los autorizó.

OBJETIVOS

Objetivo General

Determinar los casos en los que los instrumentos notariales no surten efecto frente a los casos en que los actos o contratos contenidos en esos instrumentos carecen de validez. Estudiar los casos de falsedad de los actos y contratos y de los instrumentos notariales.

Objetivos Específicos

1.- Determinar qué efectos tiene las nulidades por defecto de forma, las nulidades por defecto en las convenciones de las partes y la falsedad de un instrumento público.

2.- Identificar los casos en que el notario debe intervenir como demandado en un proceso y los casos en que no debe ser parte procesal pasiva.

3.- Establecer si las nulidades previstas en los arts. 44, 45, 46, 47 y 48 de la Ley Notarial son nulidades absolutas o relativas.

4.- Identificar si en el actual Código Orgánico General de Procesos se ha incluido la prejudicialidad de instrumento falso.

BREVE DESCRIPCIÓN CONCEPTUAL

La actual normativa, dispersa en varios cuerpos legales, requiere de una compilación y sistematización en un solo trabajo, a fin de evitar que los mismos vicios se repitan una y otra vez. Solo el conocimiento a cabalidad de los casos en los cuales un instrumento público se encuentra infectado de nulidad o falsedad, traerá certeza

jurídica. Existe diferencias entre las nulidades de los actos y contratos, y las nulidades de las escrituras públicas que contienen tales actos y contratos. No puede confundirse entre la nulidad del contrato y la nulidad de su soporte material que es la escritura pública. De otro lado, la “nulidad” de la escritura pública es diferente a la “falsedad” y tanto el Código Orgánico General de Procesos como el Código Integral Penal han considerado diferentes sanciones y tratamiento de la falsedad bien se trate de una falsedad material o de una falsedad ideológica.

Con este fin y para contextualizar de manera eficiente la investigación, hemos partido de sentencias previamente escogidas como punto de partida que nos muestran las diferencias entre las nulidades de las escrituras públicas y las nulidades de los actos contenidos en esas escrituras. También hemos recogido sentencias que enseñan los casos y las circunstancias por las cuales un instrumento público puede ser declarado falso y se ha incluido un apartado para analizar el delito contra la fe pública. También se analizará la ley notarial chilena y la ley notarial colombiana para contrastar cómo estas leyes abordan el tema de las nulidades de los instrumentos notariales.

CAPITULO II

DESARROLLO

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Antecedentes

En los últimos años se ha visto una proliferación de demandas en contra de notarios públicos para que un juez anule los actos o contratos contenidos en las escrituras públicas y que luego cuando alguna de las partes se retractó del negocio, en lugar de asumir sus responsabilidades, pretende trasladar las consecuencias de su decisión al notario, aduciendo supuestas nulidades en la escritura pública y exigiéndole cuantiosas sumas de dinero por supuestos daños y perjuicios, sin notar que las formalidades y exigencias de la escritura pública son distintas de los requisitos que la ley exige para la validez del acto o contrato.

Estas acciones han llegado incluso al campo penal, como mecanismo de extorsión al notario, para que sea él quien se responsabilice por un negocio fallido. Por ello es necesario tener muy presente que las causas de nulidad de la escritura pública difieren de las causas de nulidad de los actos o contratos. Esto permitirá establecer también en qué casos el notario debe ser demandado y en qué casos el notario no puede ni debe ser parte procesal.

Siendo el instrumento notarial un escrito celebrado ante notario, cuyo contenido es considerado legítimo en virtud de la fe pública de la cual se halla investido, se hace necesario estudiar las causas que pueden invalidar o anular a dicho instrumento. Una defectuosa actuación notarial, sea por desconocimiento de la ley o por inobservancia de las formas, puede originar escrituras viciadas de nulidad, que es precisamente lo que la sociedad no quiere, dado que la actuación e intervención del notario es para dar veracidad y certeza de los actos y contratos ante él celebrados.

El instrumento público es un documento excepcional a tal punto que el Código Orgánico General de Procesos, en su artículo 205, otorga a las escrituras públicas la calidad de “documento público” y establece la calidad de prueba al instituir en su artículo 207 que el documento público agregado al proceso con orden judicial y notificación a la parte contraria, constituye “prueba legalmente actuada”.

Es precisamente por el valor probatorio pleno de los documentos públicos que éstos deben ajustarse a los requisitos previstos de la Ley Notarial, la misma que establece en el Capítulo IV, las causas de nulidad y las sanciones que la declaratoria de nulidad acarrearía al notario. Como el desempeño de la función notarial es tan delicado, se ha establecido una responsabilidad doble para el notario tanto en el campo civil como en el campo penal. En el campo civil está obligado al resarcimiento de los daños y perjuicios y a la sanción que le imponga el Consejo de la Judicatura que puede ir desde la amonestación, a la suspensión y hasta llegar a la destitución. En el campo penal, la sanción será correlativa al delito cometido, por lo que se estudiará a profundidad los delitos contra la fe pública, sus tipos penales y las sanciones que prevé el Código Orgánico Integral Penal.

Descripción del Objeto de la Investigación

El objetivo de esta investigación es saber determinar cuándo un instrumento notarial es válido, nulo o falso. Las causas de nulidad de los actos y contratos están establecidas en los artículos 1697 y 1698 del Código Civil, mientras que las nulidades de las escrituras públicas las encontramos en los artículos 44, 45, 46, 47 y 48 de la Ley Notarial. De otro lado, las causas de falsedad de los documentos públicos están contempladas en el art. 214 del Código Orgánico General de Procesos y los delitos contra la fe pública que interesan a esta investigación están previstos en los artículos 327 y 328 del Código Orgánico Integral Penal.

Es decir, el notario debe tomar en cuenta toda esta normativa para que los instrumentos otorgados ante él no sean nulos ni falsos sino válidos. Por tanto, a través

del presente estudio se tratará de levantar una línea base del actual marco jurídico que regula las nulidades y falsedades previstas en la Ley Notarial, en el Código Civil, en el Código Orgánico General de Procesos y en el Código Orgánico Integral Penal para identificar las consecuencias que el ordenamiento jurídico ha previsto para la declaratoria de nulidad y para la declaratoria de falsedad de un instrumento público. Todo esto nos llevará además a identificar los casos en que el notario tiene legitimación pasiva y los casos en que el notario no debe ser parte procesal.

Pregunta Principal de la Investigación

¿Qué causas o motivos originan la nulidad del instrumento notarial, la nulidad de los actos y contratos y la falsedad de los documentos públicos?

Variable Única

¿En qué casos el notario debe intervenir como demandado en la litis y en qué casos no debe ser demandado?

Indicadores

Acto

Contrato

Escritura Pública

Nulidad

Falsedad

Legitimación pasiva

Prejudicialidad

Preguntas Complementarias de Investigación

1.- ¿Qué efectos produce la nulidad por defecto de forma, la nulidad por defecto en las convenciones de las partes y la falsedad de un instrumento público?

2.- ¿Las nulidades establecidas en los artículos 44, 45, 46, 47 y 48 de la Ley Notarial son nulidades absolutas o relativas?

3.- ¿El art. 214 del Código Orgánico General de Procesos trae un caso de prejudicialidad?

FUNDAMENTACION TEÓRICA

Antecedentes de Estudio

No se ha identificado un estudio previo o tesis de grado relacionado con el problema planteado. En todo caso, en sentencias reiterativas se ha podido detectar fallos relacionados con el fondo de la presente investigación, fallos que paso a citarlos a continuación:

Gaceta Judicial. Año LXXIX. Serie XIII. No. 5. Pág. 1025.
(Quito, 15 de febrero de 1979):

PRIMERO: Hay fundamental diferencia entre la acción de nulidad de una escritura pública y la acción de nulidad del acto o contrato que en ella se contiene;
SEGUNDO: La actora demanda la nulidad de la escritura celebrada el 27 de Enero de 1968, ante el Notario del Cañar, Tarquino Padrón, mediante la cual Aurelio María Arcentales Encalada vende a Rafael Aurelio Campoverde Andrade y Olimpia Maza Castillo, un terreno situado en el punto "San Juan de Pucuguayco", de la parroquia y cantón Cañar. Fundamenta su acción en la falta de su consentimiento para la celebración de esta escritura pública, porque aduce que el bien vendido le pertenece en el cincuenta por ciento, toda vez que fue adquirido durante la sociedad conyugal formada con su esposo Aurelio María Arcentales Encalada; mas este hecho no constituye motivo de nulidad de escritura. Por otra parte aparece de autos que en el otorgamiento de la referida escritura de compraventa se han observado todos los requisitos formales previstos en la Ley Notarial y en el Código Adjetivo Civil, de manera que no es nula; y, TERCERO:

Los actos o contratos realizados por cualquiera de los cónyuges, respecto de los bienes de la sociedad conyugal, sin el consentimiento del otro, cuando éste es necesario, son relativamente nulos y la nulidad relativa puede ser alegada por el cónyuge cuyo consentimiento era necesario y faltó. El Juez y la Corte de apelación, considerando que en el contrato de compraventa no hubo el consentimiento de la mujer, declaran, no la nulidad del contrato, porque evidentemente esto no se demandó, sino la nulidad de la escritura pública, declaración que es ilegal, ya que la falta de consentimiento del cónyuge no es causa o motivo de nulidad de un instrumento público, pues los motivos de nulidad de las escrituras públicas se encuentran señalados en los Arts. 180 y siguientes del Código de Procedimiento Civil y en la Ley Notarial sin que en ellos esté incluida tal falta de consentimiento de la cónyuge.

Expediente de Casación 157, publicado en el Registro Oficial No. 83 de 23 de mayo de 2000:

TERCERO.- En nuestro ordenamiento legal, la nulidad de escritura pública es distinta de la nulidad del contrato que la contiene; una escritura pública es nula cuando faltan los requisitos taxativos señalados en el Capítulo IV de la Ley Notarial, mientras que un contrato es nulo cuando faltan los requisitos señalados en los Arts. 1724 y 1725 del Código Civil, y al tratarse del contrato de promesa, además, los requisitos especiales señalados en el Art. 1597. El recurrente al atacar la sentencia porque en ésta no se ha considerado su acción principal de nulidad de la escritura pública que contiene el contrato de promesa, confunde nulidad de escritura pública con nulidad de contrato, cuando no cita los artículos pertinente de la Ley Notarial, sino indebidamente las normas de derecho sustantivo previstas en los artículos 1724, 1725 y 1579 del Código Civil y las normas de derecho formal previstas en los Arts. 67 y 107 de la Ley de Reforma Agraria..."

Gaceta Judicial. Año XCVI. Serie XVI. Nro. 7, pág. 1784:

"...b) Si bien existe identidad subjetiva entre las dos causas, pues los litigantes son los mismos, no existe IDENTIDAD OBJETIVA en los términos del Art. 301 del Código de Procedimiento Civil, pues no se demanda la misma cosa, cantidad o hecho en ambos juicios, así, en el primero se pidió se declare la NULIDAD DE LAS ESCRITURAS PUBLICAS que contienen los contratos de compraventa, mientras que en este proceso la actora pide se declare la NULIDAD DE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA contenidos en dichas escrituras públicas, demandas diversas pues una cosa es la escritura pública y otra el contrato, como son diversos los motivos o causas legales para que se declare la nulidad de uno y otro. Así el Art. 1481 del Código Civil, establece que -contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa-; mientras que el Art. 26 de la Ley Notarial establece que -escritura pública es el documento matriz que contienen 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 o contratos y negocios jurídicos ordenados por la ley o acordados por voluntad de los interesados-. La nulidad y rescisión de los actos y contratos se contemplan en el Título XX del Libro cuarto del Código Civil, mientras que la nulidad de los instrumentos públicos tienen que ver con las solemnidades prescritas por la ley (artículo 174 del Código de Procedimiento Civil), siendo normas específicas de nulidad de las escrituras públicas las establecidas en el capítulo IV de la Ley Notarial..."

Expediente de Casación 44, Registro Oficial Suplemento 373 de 3 de Julio del 2008:

QUINTO: ...El recurrente ha planteado como pretensión la nulidad de un instrumento público, pero cita como fundamento de dicha nulidad vicios que afectarían al acto que en aquel se contiene. Las diferencias entre una y otra cuestión son absolutamente claras, y para ello hay que partir de la distinción entre la escritura pública y el negocio jurídico instrumentalizado mediante ella. Este último "es la manifestación de voluntad directa y reflexivamente encaminada a

producir efectos jurídicos" como lo manifiestan Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta (Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos, Bogotá, Temis, cuarta edición, 1994, p. 17); para que sea eficaz ha de reunir todos los requisitos esenciales previstos de manera general para todo acto jurídico (capacidad, consentimiento libre y sin vicios de la voluntad, objeto y causa lícitos) y los demás que la ley exige en forma específica para cada negocio según sea el caso, y cuya falta provoca, como lo prescribe el artículo 1697 del Código Civil, su nulidad absoluta o relativa. En cambio, la escritura pública es el instrumento público o auténtico revestido de las solemnidades legales, otorgadas ante notario e incorporadas en un protocolo o registro público (artículo 164 del Código de Procedimiento Civil), y las reglas para su validez se encuentran recogidas en el Código de Procedimiento Civil y en la Ley Notarial. Por ello, como dijera esta Sala en Resolución Nro. 472 de 3 de septiembre de 1999, publicada en el Registro Oficial 332 de 3 de diciembre del mismo año), "[...] para argumentar la nulidad o falsedad de éste o de cualquier instrumento público se debe atender a las causales de la ley; el contenido y el continente se someten a reglas de validez independientes las unas de las otras, por ello pretender invocar como nulidad de una escritura la causal de nulidad del acto que ella contiene es improcedente. “La sentencia de última instancia determina, aunque con deficiente motivación, que no existen vicios que afecten al acto escriturario impugnado con sustento en la Ley Notarial y el Código de Procedimiento Civil. Así también lo reconoce también el propio recurrente, cuando en el cargo identificado con el número 7 del considerando que antecede, establece que la escritura pública impugnada no cumple con ninguno de los requisitos señalados en la Ley Notarial, aunque no determina concretamente cuál de ellos es el que ha sido incumplido, refiriéndose en toda su fundamentación –como también a lo largo del proceso- a requisitos que atañen al negocio jurídico contenido en dicha escritura. Como no se ha indicado concretamente cuál de los requisitos previstos por el artículo 20 de la Ley Notarial

para la validez de una escritura pública ha sido inaplicado, el cargo de que se ha infringido esta disposición carece de sustento.

Bases Teóricas

Partiendo de las sentencias mencionadas, abordaremos el tema de la nulidad del instrumento público desde sus dos dimensiones: La dimensión del negocio y la dimensión del instrumento, pues el instrumento público se compone de dos elementos perfectamente diferenciados y sometidos a leyes distintas: Sustantivas las del negocio y formales las del instrumento. Sobre esta base pasaremos a analizar las nulidades que pueden viciar a los contratos, las nulidades que pueden afectar a los instrumentos públicos y las falsedades que pueden nulitar a éstos últimos.

Nulidad de los contratos.-

El Código Civil no trae una definición de “nulidad”. Luis Parraguez, en su texto para la cátedra denominado *Negocio Jurídico* (2012), define a la nulidad así:

La nulidad es la sanción civil que contempla la ley para los casos de omisión de los requisitos de fondo y de forma preestablecidos por la norma para el valor del negocio, según el tipo o especie de cada uno y la calidad o estado de las partes, penalidad civil que tiene como consecuencia la negación de sus efectos como si el acto no se hubiera celebrado jamás, de manera que, en cuanto ello sea posible, las partes quedan restituidas al estado en que encontraban antes de su celebración (*restitutio in integrum*). (p. 278)

La nulidad es un castigo de orden civil que la ley ha previsto para el caso de que el acto no reúna las condiciones necesarias para su validez, sean ellas de fondo o de forma, bien porque el acto es contrario a las leyes o bien porque el mismo carece de las solemnidades requeridas. El fundamento de la nulidad, según lo expresa Arturo Alessandri Rodríguez, en su libro *Derecho Civil De Los Contratos* (1976), es que:

A fin de dar garantías de seriedad a los actos jurídicos, la ley los ha sometido a ciertos requisitos y formalidades. Al mismo tiempo, para asegurar el cumplimiento de estas exigencias, y obtener que los particulares se ajusten en sus declaraciones de voluntad a los preceptos legales, necesitó buscar una sanción para el caso violación de tales preceptos. A tal fin obedece la institución de la rescisión y de la nulidad, que constituyen una pena de orden civil establecida para los casos de infracción de las disposiciones que señalan los requisitos que deben llenar los actos jurídicos. De manera que la celebración de éstos sin sujeción a dichos requisitos, sujeta a su autor a la pena de nulidad, que consiste en privar a tales actos de todo efecto civil. (p.71)

Aunque el negocio jurídico es una creación de la voluntad humana, desde muy antiguo el Derecho se encargó de rodear a los negocios de ciertas ritualidades y de la adopción de varias “formas” como la utilización de la escritura, la presencia de testigos, la declaración de viva voz o la utilización de frases sacramentales para darle validez a esos negocios.

El Código Civil, en su artículo 1697, establece 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 (dice) puede ser absoluta o relativa”. Y según el artículo 1698 “la nulidad producida por un objeto o causa ilícita, 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. Hay asimismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces. Cualquier otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato”

De conformidad con el artículo 1698 del Código Civil antes citado, son causales de nulidad absoluta: La intervención de un absolutamente incapaz, el objeto o causa ilícita y la producida por 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. Arturo Alessandri Besa, en su obra *La Nulidad y la Rescisión en el Derecho Civil* (1990), señala como causas de nulidad absoluta las siguientes: “1.- Objeto ilícito; 2.- Falta de objeto; 3.- Causa ilícita; 4.- Falta de causa; 5.- Omisión de ciertas formalidades exigidas en consideración a la naturaleza del acto o contrato que se ejecuta o celebra; 6.- Falta de voluntad o consentimiento; 7.- Incapacidades especiales para ejecutar ciertos actos” (p. 114).

Luis Parraguez (2012), por su parte, percibe en la norma prevista en el artículo 1698 del Código Civil, cinco causales de nulidad absoluta:

- 1.- La incapacidad absoluta de alguna de las partes, por alguna de las causas señaladas en el inciso primero del artículo 1463 (que luego de las reformas serían: demencia, impubertad y sordomudez asociada a la imposibilidad de darse a entender de manera verbal, por escrito o por lengua de señas).
- 2.- La ilicitud del objeto del negocio, como la enajenación de las cosas embargadas sin autorización del juez o del acreedor, y los demás casos señalados en los artículos 1478 a 1482.
- 3.- La ilicitud de la causa como es la promesa de dar algo en recompensa de un delito o de un hecho inmoral (artículo 1483)
- 4.- La omisión de las solemnidades esenciales para la validez del negocio, como la escrituración del contrato de compraventa de bienes raíces, o la presencia de testigos en el testamento.
- 5.- La omisión de un requisito de validez prescrito por la ley en consideración a la naturaleza del negocio. (p. 287)

Tratándose de nulidad absoluta, el artículo 1699 otorga legitimación activa: a) El juez; y, b) A todo aquél que tenga interés, excepto al que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba. Cabe destacar que la legitimación por parte del Ministerio Público fue suprimida por el artículo 57 de Ley No. 0, publicada en Suplemento al Registro Oficial No. 526 de 19 de Junio del 2015.

Sentencia en que declara *ex officio* la nulidad absoluta:

Expediente de Casación 43, Registro Oficial Suplemento 41, 6 de Mayo del 2016. Resolución No. 43-2013-T: "...3.3 El artículo 1698 del Código Civil, prescribe: "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 las ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas"; el artículo 1699 *ibídem* dispone que: "La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez; aún sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba... y, el artículo 1570 ordena que: "La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna; salvo que concurren las circunstancias siguientes: 1. Que la promesa conste por escrito; y por escritura pública, cuando fuere de celebrar un contrato para cuya validez se necesita de tal solemnidad...", Por otra parte, el inciso segundo del artículo 1740 del Código Civil, establece que la venta de bienes raíces, servidumbres y la de una sucesión hereditaria, no se reputan perfectas ante la Ley mientras no se ha otorgado escritura pública, esto, en concordancia con lo establecido en el inciso cuarto del artículo 166 del Código Procedimiento Civil, que establece; "Se otorgará por escritura pública la promesa de celebrar un contrato, si, para su validez, se necesita de aquella solemnidad, conforme a las prescripciones del Código Civil; y, artículo 9 del Código Civil que estipula que los actos que la ley prohíbe son nulos y de ningún valor, y el artículo 10 *ibídem* que dispone: "En ningún caso puede el Juez declarar válido un acto que la ley ordena que sea nulo". De lo manifestado en líneas anteriores y al tenor de las disposiciones legales antes citadas, se llega a la conclusión de que: el contrato celebrado entre la demandada y el cónyuge de la actora señor Alonso Nery Arguello, es un contrato privado de promesa de compraventa de bienes inmuebles; que por no haber sido celebrado mediante escritura pública adolece de nulidad absoluta, por haberse omitido un requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de la promesa de compraventa, y "en consideración a la naturaleza de ellos (de los actos y

contratos), y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas", nulidad que por mandato del artículo 1699 del Código Civil "puede y debe ser declarada por el Juez aún sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato...". Al respecto, Arturo Alessandri en el tomo que trata "De los Contratos", pág. 79, dice: "Puede suceder que el que ejecutó el acto nulo, por el hecho de haberlo ejecutado, a sabiendas del vicio que lo invalidaba, no puede solicitar su nulidad absoluta, pero que ésta, por aparecer de manifiesto en el acto o contrato, sea declarada de oficio por el Juez en su sentencia. Supongamos un acto que adolece de nulidad absoluta y en que ésta aparece de manifiesto; y supongamos que el acto ha sido ejecutado a sabiendas del vicio que lo invalidaba; es incuestionable en esta situación que el actor no puede pedir la nulidad del acto; pero como ésta aparece de manifiesto, el Juez al propio tiempo que desechará la demanda, declarará nulo el acto de oficio; por aparecer la nulidad de manifiesto..."DECISION.- Por las consideraciones expuestas, este Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia "ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA", CASA la sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo y en su lugar declara sin lugar la demanda de nulidad de contrato propuesta por Gley Betty Erazo Samaniego en contra de María Magdalena Valencia, por falta de legítimo contradictor, (Litis consorcio incompleta) al no haberse demandado a uno de los contratantes, y de oficio en atención a lo dispuesto en el artículo 1699 del Código Civil, por aparecer de manifiesto en el documento, este Tribunal declara la nulidad absoluta del contrato de promesa de compraventa de inmuebles celebrado entre Alfonso Nery Arguello y María Magdalena Valencia Torres, por no cumplir con la solemnidad prevista en el artículo 1570.1, ibídem; sin que corresponda pronunciarse sobre prestaciones entre los contratantes, al no ser uno de ellos parte procesal. Sin costas. Devuélvase la caución conforme lo previsto en el Art. 12 de la Ley de Casación. Hágase saber.-

Sentencia que inadmite la pretensión de nulidad por parte de *quien sabía o debía saber del vicio* que invalidaba el contrato.-

Expediente 663, Registro Oficial Suplemento 435, 25 de Abril del 2013, Resolución de 23 de noviembre de 2010:

5.7. El Art. 1699 del Código Civil establece la regla general de que la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba; puede asimismo pedirse por el Ministerio Público, en interés de la moral o de la ley; y no puede sanearse por la ratificación de las partes, ni por un lapso que no pase de quince años. De lo que se desprende la excepción importante de que no puede alegar nulidad del acto o contrato el que al ejecutarlo o celebrarlo sabía o debía saber del vicio que lo invalidaba. En el caso, en la escritura pública celebrada el día 28 de diciembre de 1993, e inscrita en el Registro de la Propiedad el 31 de diciembre de 1993, en la que el Parque Industrial Cuenca vende a favor de la empresa AGA del Ecuador el lote de terreno materia de la litis, entre los documentos habilitantes que se acompañan para la celebración de la escritura, constan copias certificadas de las actas referidas en el considerando "5.6", de esta sentencia, de las cuales se conoce que interviene el Alcalde del cantón Cuenca Dr. Xavier Muñoz Chávez, como Presidente del Directorio del Parque Industrial Cuenca, concediendo la autorización para la venta del inmueble; dicha autorización causó estado, no pudiendo por lo tanto anularla la misma autoridad que emitió esa resolución, lo contrario sería violar el derecho a la seguridad jurídica que, de acuerdo al Art. 82 de la Constitución de la República del Ecuador, se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes; lo que significa que cuando una autoridad, en uso de sus atribuciones ha aplicado la ley para emitir una resolución, no puede anularla ella misma, sino que el acto de autorización solo puede quedar sin efecto vía impugnación administrativa o ante los órganos de la Función Judicial, como así lo determina el Art. 173 de la Constitución de la República. La

demanda de nulidad del contrato de compraventa por nulidad absoluta, contiene una falacia porque el contrato no pudo realizarse sino en virtud de la autorización en la que intervino el Alcalde de Cuenca, y por tanto la nulidad de la compraventa conlleva necesariamente la impugnación de la autorización, por la misma persona jurídica (Municipalidad) que intervino en su emisión, todo lo cual contraviene el principio de buena fe y lealtad procesal que dispone que "en los procesos judiciales las juezas y jueces exigirán a las partes y a sus abogadas o abogados que observen una conducta de respeto recíproco e intervención ética, teniendo el deber de actuar con buena fe y lealtad (...)" ; pues no otra cosa que transgresión a estos principios establecidos en el Art. 26 del Código Orgánico de la Función Judicial, sería permitir que quien coadyuvó a la celebración del contrato nulo, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba, pueda ejercer la acción de nulidad y beneficiarse de su propia falta, dolo o culpa..."

Las causas de nulidad relativa están referidas en el inciso final del artículo 1698 en los siguientes términos: "Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato", de lo que se infiere que la nulidad relativa es la regla general y la nulidad absoluta la excepción. La nulidad relativa como enseña Parraguez (2012), se origina en los siguientes casos:

- 1.- Actos celebrados por las personas relativamente incapaces: menores adultos, interdictos y personas jurídicas (artículo 1463 inciso tercero).
- 2.- Presencia de vicios de la 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 (artículos 1470 y 1471; fuerza idónea e legítima (artículo 1472) y dolo de una de las partes (artículo 1474).
- 3.- Lesión enorme, en los casos en que la ley concede acción rescisoria: compraventa de inmuebles (artículos 1828 y 1831), permuta de inmuebles (artículo 1840) y partición (artículo 1364).
- 4.- En general, cuando se ha omitido un requisito de validez prescrito por la ley en consideración al estado y calidad de las partes (artículos 1697 y 1698), como el

consentimiento que deben dar algunas personas para la validez de ciertos actos, como el del cónyuge en el régimen de sociedad conyugal, para la disposición, limitación y gravamen de bienes raíces, vehículos a motor y acciones y participaciones mercantiles de la sociedad conyugal (artículo 181), situación que ha sido expresamente prevista por el inciso segundo del artículo 1700: *Los actos realizados por el marido, o por la mujer, respecto de los bienes de la sociedad conyugal, sin el consentimiento del otro cónyuge, cuando este es necesario, son relativamente nulos, y la nulidad relativa puede ser alegada por el cónyuge cuyo consentimiento era necesario y faltó.* (p. 287)

La nulidad relativa por estar encaminada a proteger intereses de ciertas y determinadas personas no es declarable de oficio por el juez sino a petición de parte interesada, puede sanearse por la ratificación de las partes y es saneable por el transcurso del tiempo de cuatro años, según lo determina el artículo 1708 del Código Civil:

Sentencia de 22 de agosto de 1991 (publicada en la Gaceta Judicial, Serie XV, No. 12, pp 3531 y 3532:...QUINTO.-...Dadas las causas que produce la nulidad relativa –escribe don Luis Claro Solar-“Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado”, Editorial Jurídica de Chile, VI, pág. 620, que son la falta de capacidad legal para obligarse por sí mismo y sin la intervención o autorización de otra persona, la falta de requisitos o formalidades exigidas para la validez del acto o contrato en atención a la calidad o estado de las partes, y el error, fuerza o dolo de que puede ser víctima una de las partes, son solamente dichas personas incapaces o cuyo consentimiento ha sido viciado las únicas en cuyo beneficio establece la ley la nulidad relativa y las únicas, por lo mismo, que tienen derecho a demandar la rescisión del acto o contrato”

En la práctica la diferencia entre la nulidad absoluta y relativa toma importancia cuando se trata de determinar la persona que puede alegarla y el plazo en que se sana. Así no podrá alegar nulidad relativa, sino la persona en cuyo beneficio la ha establecido la ley. De igual forma, no podrá alegar nulidad relativa si lo hace después

de transcurridos cuatro años desde que desapareció su causa, pues la acción se encontraría extinguida por haberse saneado el acto o contrato por el transcurso del tiempo. Al respecto resulta muy ilustrativa la sentencia de 18 de enero de 2000, dictada por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, dentro del Expediente de casación No. 9, que se halla publicada en el Registro Oficial No. 27 de 29 de febrero de 2000:

OCTAVO: ...Como dijimos, la calificación de la nulidad en absoluta o relativa puede omitirse cuando ella es declarada, pues la nulidad, sea de una u otra especie, produce unos mismos efectos. Sin embargo, la determinación de si la causal invocada produce nulidad absoluta o relativa tiene importancia en el juicio, porque de ella dependen las personas que pueden alegar la nulidad, y el plazo en que se sana. Es lo que puede suceder si quien no tiene el derecho de alegar la nulidad relativa deduce la acción de nulidad absoluta, fundándola en una causal que sólo da origen a aquélla; la acción sería improcedente, porque el actor no estaría facultado para solicitar la nulidad, debido a que el verdadero carácter de la nulidad alegada es el de relativa, y ésta no puede ser pedida por cualquier interesado, sino únicamente por la persona en cuyo beneficio la ha establecido la ley. Lo mismo sucede si el que alega la nulidad, creyéndola absoluta, lo hace después de transcurrido el plazo de cuatro años contados desde que desapareció su causa, y se trata, en realidad, de una rescisión; en este caso, la acción o la excepción de nulidad se encuentran extinguidas por haberse saneado el acto o contrato. A la inversa, si quien tiene derecho de alegar la nulidad relativa, lo hace antes de transcurrido el plazo de saneamiento de la rescisión, y de la calificación que hace el Tribunal resulta que dicha nulidad es absoluta, su acción o excepción puede ser rechazada por ser quien la alega uno de los que intervinieron en la celebración del acto o contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que la invalidaba. Hay, sin embargo casos en los cuales el Tribunal debe calificar la nulidad por una circunstancia propia de la especie a que ella pertenece. Si por ejemplo, después de vencido el plazo de prescripción de la acción rescisoria, se alega nulidad que se presume absoluta, cuando en realidad es relativa, el Tribunal, para poder rechazar

la rescisión, debe calificar la nulidad solicitada, ya que sólo puede negar lugar a ella si es relativa.”

Es preciso ahora dilucidar si en el caso en que se demandare la nulidad del acto o contrato contenido en una escritura pública, se requiere o no contar con el notario autorizante. Y en ello debemos ser enfáticos: La responsabilidad en el contenido de las declaraciones de voluntad competen exclusivamente a los partes que contrataron y a los herederos que pueden reclamar el cumplimiento de las obligaciones, quienes son en definitiva las receptoras de los efectos de esos contratos y por tanto, en juicio debe quedar por fuera el Notario por carecer de “legitimatío ad procesum” en calidad de demandado, como lo estableció una importante sentencia publicada en el Registro Oficial No. 332 de 3 de diciembre de 1999, dictada dentro del Expediente de Casación No. 467-99:

"TERCERO.-...En la especie, se alega que se han transgredido los artículos 355 y 358 del Código de Procedimiento Civil, porque no se ha contado como parte procesal obligatoria con la Notaria del cantón El Guabo. Al respecto, se observa que esta alegación carece de fundamento, por cuanto la pretensión de la parte actora es la de que se declare la nulidad del contrato de compraventa contenido en la escritura pública otorgada ante la Notaria del cantón El Guabo el 2 de enero de 1995; por lo tanto, no se precisaba contar con ella como legítimo contradictor y, en consecuencia, no se ha producido la violación de las normas procesales señaladas..."

Efectivamente, el principal efecto de los contratos es que éstos no aprovechan ni perjudican a terceros sino a las partes que contrataron y a sus sucesores (art. 1717 del Código Civil). Con respecto a terceros el contrato no produce ningún efecto y se entiende como tercero no sólo a aquellos que no concurrieron en su celebración sino también a aquellos que aun habiendo concurrido no prestaron su consentimiento para su celebración como es el notario. Muy ilustrado es el criterio de Alessandri Rodríguez (1976), que al respecto, expresa:

Con respecto a los terceros, el contrato no produce efectos: el principio general es que los contratos no afectan a terceros ni para perjudicarlos ni para beneficiarlos. Se entienden por terceros en un contrato todos aquellos que no han concurrido a su formación, todos aquellos que no han prestado su consentimiento a su formación, todos aquellos que no han prestado su consentimiento para que el acto se perfeccione, aun cuando materialmente hayan concurrido a su formación o celebración, como testigos o mandatarios, o en calidad de funcionarios públicos. (p.64)

Resolución No. 134-2008 de 19 de mayo de 2008 emitida por la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, publicada en el Registro Oficial No. 224 de 29 de junio de 2010):

TERCERO... En cuanto al Notario licenciado Milton Chavarrea Vallejos, quien no es demandado y ante quien se suscribió el contrato de compraventa, no aparece la razón de la citación ni comparece en el juicio, se debe aclarar que la nulidad del contrato de compraventa tiene afectación directa respecto a las partes que lo suscribieron, ya que la demanda versa sobre la nulidad absoluta de contrato de promesa de compraventa y la nulidad de escritura pública, si bien es cierto el Notario que solemnizó dicho acto tiene responsabilidades diferentes, ya que este funcionario debe observar la solemnidades establecidas en el artículo 48 de la Ley Notarial, que en su inciso primero establece: “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...”, de lo que se concluye que su falta de intervención no ha influido en la decisión de la causa, ni ha causado indefensión. De lo expuesto se concluye que no se han violado las normas relativas a la citación, por lo que este Tribunal de Casación desecha el cargo”

Nulidad de los instrumentos notariales

Por lo que respecta a los instrumentos notariales, los artículos 44, 45, 46, 47 y 48 de la Ley Notarial establecen los casos en que el instrumento es nulo y la sanción que acarrea al notario. Pasaremos a revisar si las nulidades previstas en este apartado son nulidades absolutas o relativas. Revisaremos también la disposición contenida en el artículo 34 de la Ley Notarial y por último reflexionaremos si otras circunstancias como la falta de lectura o la suscripción en unidad de acto, ocasionan o no la nulidad del instrumento aunque no estén previstas en el Capítulo IV del Título II de la Ley Notarial.

1.- Nulidades absolutas

Según el artículo 1697 inciso primero del Código Civil “es nulo todo acto o contrato a que falte 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”. Y de conformidad con el artículo 1698 “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”. El Código Orgánico General de Procesos en su artículo 215, no solo que declara nulos los documentos públicos que han inobservado las solemnidades prescritas en la LEY, sino también a las ORDENANZAS o REGLAMENTOS respectivos.

De conformidad con la Ley Notarial, la nulidad de una escritura pública puede provenir por contravenir normas prohibitivas como por omitir otras de carácter puramente formal. Y establece que son nulidades absolutas las siguientes:

1.1. Las determinadas en el artículo 44 de la Ley Notarial, disposición que a su vez se remite a los ordinales 3 y 4 del artículo 20 de la misma ley y que se refieren a:

1.1.1- Autorizar escrituras de incapaces sin los requisitos legales.-

1.1.2. Autorizar escrituras en que tengan interés directo los mismos notarios o en que intervengan como parte su cónyuge o sus parientes dentro de cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.- En cumplimiento de esta disposición el Notario no podría autorizar el testamento en que se le nombre a él como asignatario, o a su cónyuge, empleado, o a cualquiera de sus ascendientes, descendientes, hermanos, cuñados o incluso empleados de su servicio doméstico, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1089 del Código Civil. Interesante es notar que la Ley Notarial chilena prevé solo dos casos de nulidad de escrituras públicas: Aquellas en que tengan disposiciones a favor del notario, su cónyuge o parientes y aquellas en las que no se haya acreditado la identidad de los otorgantes o en que no aparezcan las firmas de las partes y del notario. El art. 412 de la Ley 19.799, a su tenor, dice así:

Artículo 412. Serán nulas las escrituras públicas:

- 1°. Que contengan disposiciones o estipulaciones a favor del notario que las autorice, de su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos, y
- 2°. Aquellas en que los otorgantes no hayan acreditado su identidad en alguna de las formas establecidas en el artículo 405 o en que no aparezcan las firmas de las partes y el notario.

1.1.3. Autorizar, a sabiendas, escrituras simuladas.- Este es un caso, a nuestro modo de ver, muy difícil de darse, pues no se trata de autorizar un “contrato” simulado sino una “escritura” simulada, donde, por ejemplo, el notario no sea tal, o el acto o contrato fue autorizado por un notario de un lugar del que no fue competente, o en el que no se indicó el lugar, año, mes o día del otorgamiento. En definitiva, en nuestra opinión, una escritura sería simulada si le faltaren alguno o algunos de los requisitos previstos en el artículo 48 de la Ley Notarial, circunstancias éstas que son muy difíciles de darse en la práctica. En este sentido, nos parece más completa la forma en que la ley colombiana describe los casos que conllevan la nulidad de una escritura pública. En efecto, el artículo 99 del Estatuto del Notariado (Diario Oficial No. 33.11 del 5 de agosto de 1970) dispone:

Desde el punto de vista formal, son nulas las escrituras en que se omita el cumplimiento de los requisitos esenciales en los siguientes casos:

1. Cuando el Notario actúe fuera de los límites territoriales del respectivo Círculo Notarial.
2. Cuando faltare la comparecencia ante el Notario de cualquiera de los otorgantes, bien sea directamente o por representación.
3. Cuando los comparecientes no hayan prestado aprobación al texto del instrumento extendido.
4. Cuando no aparezca la fecha y el lugar de la autorización, la denominación legal del Notario, los comprobantes de la representación, o los necesarios para autorizar la cancelación.
5. Cuando no aparezca debidamente establecida la identificación de los otorgantes o de sus representantes, o la forma de aquellos o de cualquier compareciente.
6. Cuando no se hayan consignado los datos y circunstancias necesarios para determinar los bienes objeto de las declaraciones.

En cambio el artículo 100 del mismo Estatuto regula la escritura “inexistente” siendo aquella la “no” autorizada por el notario y dice:

El instrumento que no haya sido autorizado por el Notario no adquiere la calidad de escritura pública y es inexistente como tal. Empero, si faltare solamente la firma del Notario, y la omisión se debiere a causas diferentes de las que justifican la negativa de la autorización, podrá la Superintendencia de Notariado y Registro, con conocimiento de causa, disponer que el instrumento se suscriba por quien se halle ejerciendo el cargo.

En la Ley colombiana tanto la escritura pública nula como la inexistente producen el mismo efecto: Son inválidas y no producen ningún efecto. Se asimilan pues a los efectos de la nulidad absoluta en nuestro derecho.

De conformidad con el artículo 44 de la Ley Notarial la infracción a estas disposiciones (las previstas en los ordinales 3 y 4 del artículo 20) apareja la nulidad de la escritura y el notario será destituido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales a que hubiere lugar.

1.2. Nulidad de la escritura que no se halle en la página del protocolo donde, según el orden cronológico debía ser hecha, según lo dispone el artículo 47 de la Ley Notarial.

1.3. Nulidad por defecto de en la forma a la que se refiere el artículo 48 de la Ley Notarial.- Esta disposición abarca varios supuestos: a) Nulidad de instrumentos por falta de designación del tiempo y lugar en que fueron hechas; b) Nulidad de instrumentos en que no aparecen los nombres y las firmas de los otorgantes y testigos cuando deban hacerlo y la firma del notario o del que haga sus veces; c) Nulidad de instrumento por falta de procuraciones o documentos habilitantes.

En la Gaceta Judicial. Año XCVI. Serie XVI. Nro. 7. Pág. 1831, se encuentra recogida la sentencia de 21 de noviembre de 1996, en la que se analiza la escritura pública que carece de la firma del notario y se la declara no solamente nula sino inexistente, por no estar autorizada por el funcionario competente:

SEGUNDO: Los autos ponen en evidencia que en la "escritura pública" cuya nulidad se demanda no consta las firmas ni del Notario ni de los testigos.- De conformidad con lo dispuesto en el Art. 169 del Código de Procedimiento Civil, se llama escritura pública al instrumento público otorgado ante notario e incorporado en un protocolo o registro público. Por su parte, el Art. 48 de la Ley Notarial dispone que "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". En el caso de la supuesta escritura cuya nulidad se demanda, el escrito o

documento tenido por tal, esto es tenido por escritura pública, no sólo es nulo por falta de las firmas del notario y los testigos, sino que en realidad es inexistente, pues, la ausencia de la firma del notario significa que no está autorizado por el competente funcionario a que se refiere el Art. 168 del Código de Procedimiento Civil (fs. 208 a 217 vta del cuaderno de primera instancia).

Es de tal importancia el artículo 48 de la Ley Notarial, que el artículo 34 declara que la escritura que careciere de alguno de los requisitos del artículo 48, pero estuviere firmada por las partes, valdrá como instrumento privado. De lo que se infiere que los requisitos del artículo 48 le dan el carácter de instrumento público y además, le dan su validez. De faltar, por tanto, alguno de estos requisitos, la escritura devendría en nula y de ningún valor, salvo el caso de la formalidad relativa a las procuraciones o documentos habilitantes, que según la misma disposición legal, se puede convalidar siempre y cuando se agreguen en originales al registro del notario o se inserten en el texto de la escritura, pero si aquello no sucede, la escritura sería nula como así lo declaró la extinta Corte Suprema en la sentencia dictada el 12 de abril de 1976, publicada en la Gaceta Judicial. Año LXXVI. Serie XII. No. 11. Pág. 2268, en los siguientes términos:

QUINTA.- Los Arts. 44 y 48 de la Ley Notarial sancionan con nulidad el instrumento o escritura pública, cuando ésta no contiene las procuraciones o documentos habilitantes de las personas que proceden en representación de otras, como requiere el No. 4 del Art. 29 de la citada Ley. En el presente caso, ninguna de las copias de la mencionada escritura de 19 de septiembre de 1968, que motiva la actual controversia, contienen los documentos habilitantes de la intervención del Gerente de la Junta Provincial de Fomento de Esmeraldas, que actuó como tal; vacío éste que existe en el aludido instrumento no obstante expresar en su comienzo: "Comparece el señor Fidias Díaz Plaza en su calidad de Gerente de la Junta Provincial de Fomento de Esmeraldas, según los documentos habilitantes que legitiman su personería e intervención, que se agregan al protocolo e insertarán en la copias que se confieran". En atención a esta manifestación y la

Sala para mejor conocer, solicitó nueva copia de ese instrumento público, con la siguiente advertencia: "El Notario Primero del Cantón Esmeraldas confiera copia íntegra (inclusive de los documentos habilitantes) de la escritura pública celebrada el 19 de septiembre de 1968 entre Fidias Díaz Plaza, en su calidad de representante de la extinguida Junta Provincial de Fomento de Esmeraldas y los contratistas Ing. Eduardo Olmedo Chávez y José Vicente Calderón, para la pavimentación de calles y aceras de la población de Esmeraldas". Vino la copia solicitada y consta en el cuaderno de tercera instancia; y ella, como las otras que constan en las instancias inferiores, no contiene, los documentos habilitantes de la intervención de Fidias Díaz Plaza, en su carácter de Gerente de la Junta Provincial de Fomento de Esmeraldas... Como consecuencia de lo dicho al haber ordenado la Ley de Licitaciones que los contratos de la naturaleza como de la actual controversia, tienen que constar por escritura pública y, no existiendo ésta, por las razones antes dichas, el contrato de pavimentación suscrito el 19 de septiembre de 1964, entre la Junta Provincial de Fomento de Esmeraldas y los contratistas Ing. Eduardo Olmedo Chávez y José Vicente Calderón, no tiene existencia legal.

Hay otras formalidades cuyo desconocimiento no está previsto dentro del catálogo de nulidades y sanciones consignadas en el Capítulo IV del Título II de la Ley Notarial y que sin embargo consideramos que su inobservancia acarrea la nulidad del instrumento público, pues la Ley Notarial exige de manera categórica que en la escritura pública se consignen determinadas solemnidades cuya ausencia también causarían la nulidad del instrumento. Fundamentamos este criterio en la definición de "documento público" contenida en el artículo 205 del Código Orgánico General de Procesos que establece: "Es el autorizado con las solemnidades legales. Si es otorgado ante notario e incorporado en un protocolo o registro público, se llamará escritura pública". De esta definición se puede colegir que tres son los elementos del documento público: a) Autorizado por notario; b) Incorporado al protocolo; y, c) Otorgado con las solemnidades del caso. La Ley Notarial establece precisamente esas solemnidades como lo veremos a continuación:

1.4. Ausencia de la fe de conocimiento.- El artículo 29 numeral 6 de la Ley Notarial establece que el notario debe dar fe del conocimiento de los otorgantes, de los testigos y del intérprete cuando intervengan. Si el notario no da fe del conocimiento de los otorgantes o no sufre este conocimiento en la forma establecida en el numeral 7 de la misma disposición legal, esto es a través de dos testigos vecinos y conocidos o que porten sus cédulas de identidad (testigos de conocimiento), causaría la nulidad del instrumento público.

1.5. Falta de fe de haberse leído el documento con los requisitos exigidos.-

La lectura del instrumento público es otro de los momentos esenciales del otorgamiento. El artículo 29 numeral 10 de la Ley Notarial impone que en la escritura pública se dé fe de haber leído todo el instrumento a los otorgantes, a presencia del intérprete y testigos cuando intervengan. El texto legal parece sugerir que la lectura la debe realizar el notario y así se lo hace en la práctica. De tratarse de escritura otorgada por ciegos, el artículo 31 impone una rigurosidad mayor, pues ordena que el documento sea leído dos veces en voz alta; la primera, por la persona que indique el otorgante, y la segunda, por el notario autorizante, quien hará mención especial de tal solemnidad en el documento. El testamento del ciego sigue igual formalidad pues el artículo 1057 del Código Civil dispone que: El ciego sólo podrá otorgar testamento nuncupativo, y ante Notario o empleado que haga veces de tal. Su testamento será leído en alta voz dos veces; la primera por el Notario o empleado, y la segunda por uno de los testigos, elegido al efecto por el testador. Se hará mención especial de esta solemnidad en el testamento.

1.6. Suscripción en unidad de acto.- El numeral 11 del artículo 29 de la Ley Notarial exige que la escritura lleve la firma 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 solo acto. En los negocios formales del Derecho Romano era necesario que toda la ceremonia se celebre sin solución de continuidad, en unidad de tiempo y lugar, en un solo acto, bajo pena de nulidad. Esta solemnidad que se aplicaba a los negocios del Derecho Romano, el Código Civil lo exige para los testamentos y la Ley Notarial para las escrituras públicas. Por tanto, de no existir la unidad de acto, la escritura pública

también devendría en nula. Así lo declaró la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia dictada el 22 de julio de 2002, la misma que se halla publicada en la Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 10, en los siguientes términos:

QUINTO.- Del análisis del contenido de las tablas procesales, la Sala encuentra que, efectivamente por las propias afirmaciones del Notario de Rumiñahui, Dr. Eduardo Echeverría, además de las otras pruebas, tales como el informe pericial documentológico, aparece con claridad meridiana, la inexistencia del acto solemne y fundamental para la validez de un instrumento público, como el del presente caso, que como lo determina el Art. 29 en concordancia, entre otras disposiciones con los Arts. 6 y 20 de la Ley Notarial, debe ser otorgado ante el Notario, en forma personal por todos quienes intervienen y comparecen al otorgamiento del instrumento y, lo que es más, es obligación del Notario, verificar la identidad y conocer a los comparecientes, lo cual en este caso no ha sucedido, como se recalca por las propias afirmaciones del propio Notario Dr. Echeverría. La Sala, no puede dejar de señalar la preocupación que existe por una práctica inaceptable, como la del caso, en la que un Notario afirma dar fe de un otorgamiento del instrumento, que en la realidad no se produce ni en el lugar ni en los hechos que el documento se otorga para acreditar como verídicos lo cual es grave, porque constituye una falsedad ideológica en instrumento público, al asentar fuera de tiempo y lugar, cláusulas y firmas que debían haberse estampado al otorgar el documento en unidad de acto, lo cual en el caso no sucede, por lo que además de posibles y eventuales hechos infracciones penales, que se deben investigar estos sirven de base para la acción fraudulenta que en la especie configura el acto colusorio demandado. (p. 325)

Nulidades relativas.-

1.2.1. El art. 45 de la Ley Notarial establece un caso de nulidad relativa que puede ser convalidado, pues la mencionada disposición establece que es nula la escritura en la que no se hubiese determinado la cuantía del acto o contrato. Sin embargo de lo cual,

dicha nulidad puede convalidarse si se pagan los impuestos sobre el verdadero valor del acto o contrato. De haber intervenido extranjeros, serán ellos los que pagarán tales impuestos, además de los daños y perjuicios. La sanción está contemplada en el inciso final de esta disposición en estos términos: El Servicio de Rentas Internas y la Contraloría General del Estado fiscalizarán lo que se hubiese hecho o hiciera contraviniendo la prohibición de este ordinal, y en lo sucesivo pedirán la destitución del notario a la respectiva Corte Superior. Desde la vigencia del Código Orgánico de la Función Judicial, la destitución debería ser pedida al Consejo de la Judicatura por ser éste el órgano nominador.

1.2.2 Otro caso de nulidad relativa es el previsto en el inciso segundo del artículo 48 de la Ley Notarial atinente a las procuraciones o documentos habilitantes cuyo requisito se entenderá cumplido siempre que ellos se agreguen en originales al registro del notario, o que se inserten en el texto de la escritura. Para Villalba Wladimiro, (citado en Martínez Andrade J., 2016):

Los documentos habilitantes son por su origen, de dos clases: “legales y voluntarios, ya sea exigidos por la ley o por voluntad de las partes”. Entre los primeros estarían: los nombramientos de los representantes de las personas jurídicas de derecho público o privado, como el Presidente de la República, los Ministros de Estado, el Procurador General del Estado, el Contralor General del Estado, los Prefectos Provinciales, Alcaldes; los gerentes de los Bancos y compañías, etc. La autorización judicial, los nombramientos de tutores y curadores. Existen otros que también tienen origen legal, aunque no representan la capacidad de los intervinientes sino que exige la ley, tales como las resoluciones de la Superintendencia de Bancos o de Compañías, de la Dirección Nacional de Cooperativas que deben agregarse en la escritura (p. 108).

En cambio, los documentos que se incorporen a las escrituras por voluntad de las partes como planos, balances o formularios no deberían ser considerados como habilitantes, en razón de que su omisión no anula la escritura ya que no “habilitan” la comparecencia de los que intervienen ni son exigidos por la ley. Para subsanar la falta

de documentos habilitantes se deberá protocolizar tales documentos y marginar en la escritura primitiva para corregir o enmendar así la omisión.

1.3. Otras sanciones.-

A más de la nulidad, la Ley Notarial ha contemplado otras sanciones como el caso contemplado en el artículo 46, cuyo texto establece: “La omisión de la formalidad establecida en el artículo 25 para los testamentos cerrados será penada con la destitución del notario quien además será responsable de los perjuicios”. La Ley Notarial prohíbe al Notario que mientras viva el testador alguien se informe de sus disposiciones. La omisión de este deber no anula ni podía anular el testamento sino que causa la destitución del notario, quien además se hace responsable de los perjuicios. Por tanto, para este caso, la ley previó una sanción distinta de la nulidad cual es la destitución del notario.

Ahora bien y una vez analizadas las nulidades que pueden afectar el instrumento notarial, es preciso preguntarse si en caso de demandarse la nulidad del instrumento público se debe demandar al notario autorizante. Y la respuesta categórica es sí, puesto que su actuación trae aparejada responsabilidades y, por tanto, debe ser oído en un justo o debido proceso y vencido en ese proceso, ya que de declararse nula la escritura el notario puede ser incluso destituido. Así lo corrobora la sentencia dictada el 17 de diciembre de 2002, dictada por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, dentro del Expediente 277, publicada en el Registro Oficial 44 de 20 de Marzo del 2003, que transcribe, a su vez, los fallos de triple reiteración que constituyen precedente obligatorio al respecto:

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.

En consecuencia, el notario tiene legitimación pasiva cuando se le imputan irregularidades en su actuación notarial y debe necesariamente intervenir como parte, para asegurar su legítimo derecho a la defensa por las graves responsabilidades civiles y penales que su actuación le podrían acarrear. De no ser citado con la demanda, el proceso devendría en nulo, por violación de la solemnidad sustancial común a todos los procesos previstos en el artículo 107 numeral 4 del Código Orgánico General de Procesos.

Falsedad en el Código Orgánico General de Procesos.-

El instrumento público puede ser así mismo falso o falto de autenticidad cuando contiene alguna suposición fraudulenta en perjuicio de terceros, en los casos taxativamente señalados en el artículo 214 del Código Orgánico General de Procesos que son: a) Por haberse contrahecho la escritura o la suscripción de alguno de los que se supone que la otorgaron o de los testigos o de notario; b) por haberse suprimido, alterado o añadido algunas cláusulas o palabras en el cuerpo del instrumento, después de otorgado; y c) en el caso de que haya anticipado o postergado la fecha de otorgamiento.

De conformidad con el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, lo falso es “lo opuesto o contrario a la verdad; inexacto, incierto” (Ossorio, 1984; p. 310). Documento falso sería por tanto aquel que compaginado con los hechos de la realidad no concuerda o no corresponde a ella. La falsedad puede ser ideológica o material y según el mismo autor, “la falsedad ideológica consiste en la inserción en un instrumento público de declaraciones deliberadamente inexactas, concernientes a un hecho que el documento deba probar, de modo que pueda resultar perjuicio”; mientras que la falsedad material es “la inmutación de la verdad, que recae materialmente sobre la escritura, y que es por ello susceptible de comprobación mediante la pericia correspondiente. Constituye un delito configurado por el hecho de hacer total o parcialmente un documento falso, o en adulterar uno verdadero, de modo que pueda resultar perjuicio” (p. 311)

En caso de existir falsedad ideológica en las declaraciones de voluntad de las partes, el notario debe quedar por fuera de cualquier clase de responsabilidad, pues las cláusulas contractuales fueron propuestas por las partes y el notario simplemente las plasmó en la escritura pública. Si hubo deslealtad, engaño o fraude en esas declaraciones, no podría ser el notario responsable de daño o perjuicio alguno, puesto que no son imputables a su ejercicio los defectos internos de las declaraciones de las partes. La fe notarial jamás puede penetrar en la voluntad interna de las partes. El notario únicamente conoce la voluntad declarada. Recordemos que la sinceridad de las declaraciones no es un requisito de validez de la escritura pública. Por ello, el artículo 208 del COGEP establece que el instrumento público no hace fe “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”. Y en el segundo inciso enfatiza: “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”. En consecuencia, el notario no podría responder por la falsedad, inexactitud o engaño de las declaraciones que las partes hicieron en presencia del notario.

De existir, en cambio, una falsedad material, el notario podría ser sujeto de un juicio de reproche. Según el artículo 214 del COGEP, la falsedad ocurre en los tres específicos casos allí señalados. Hasta antes de la vigencia del Código Orgánico General de Procesos, el Juez Penal no podía iniciar el proceso penal, sindicando a una a varias personas como presuntas responsables del delito de falsificación de instrumentos públicos, a menos que el Juez Civil se hubiera pronunciado declarando falso el instrumento público. Sin embargo, la Corte Nacional de Justicia, al comentar el fallo de 1946, publicado en la Gaceta Judicial No 3 de la Séptima Serie, llamó la atención sobre los siguientes puntos en relación al entonces artículo 184 del Código de Procedimiento Civil, según lo recoge Vaca en su libro *Derecho Procesal Penal Ecuatoriano, Tomo I*, (2014; p. 411):

- a) Que el Art. 184 no establece como regla la tesis de la prejudicialidad civil para todo caso de falsedad de un instrumento.
- b) Que el Art. 180 debe ser entendido y aplicado como un todo indivisible, por lo que la prejudicialidad existe en relación con los antecedentes determinados en el mismo artículo.
- c) Que la prejudicialidad sólo se aplica a los asuntos de falsedad material mediante alteración de un documento después de otorgado, puesto que el Art. 180 ordena la comparación de la copia con el original y la recepción de las declaraciones de los testigos instrumentales.
- d) Que la prejudicialidad es admisible solamente cuando exista un juicio pendiente de falsedad de instrumento en un juzgado civil.
- e) Que el castigo de la falsedad documental quedará siempre sujeto a la eventualidad de que la falsedad hubiera afectado algún interés particular que motive la demanda en el fuero civil.

Este criterio nos lleva a creer que solo hubiera existido prejudicialidad en el evento de que se hubiera demandado falsedad material (no ideológica) del instrumento público ante el Juez de lo Civil, pero debido a las sentencias contradictorias que al respecto se dieron, el Código Orgánico General de Procesos vino a saldar en definitiva los fallos

contradictorios que sobre este punto se dieron y ordenó en su artículo 214 que la falta de declaración de la falsedad de un instrumento público por parte del Juez Civil, NO impedirá el ejercicio de la acción penal. Pero iniciado el enjuiciamiento civil para el efecto, no se podrá promover proceso penal hasta la obtención de dicha declaración. Por tanto, queda claro que desde la publicación del COGEP, que si la falsedad de instrumento público es evidente y el autor del delito conocido, se puede iniciar la acción penal sin esperar el pronunciamiento previo del juez civil. La prejudicialidad quedaría para el único caso en que se hubiera demandado primeramente ante el juez civil la falsedad de instrumento público, todo ello de conformidad con el texto claro y expreso del artículo 214 antes mencionado.

Delitos contra la fe pública según el Código Orgánico Integral Penal

El COIP recoge dos tipos de ilícitos penales: a) La alteración de firmas que consta como delito en el artículo 327 inciso segundo en los siguientes términos: “La persona que altere o falsifique la firma de otra en un instrumento público, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años”. A nuestro modo de ver en esta previsión legal, el legislador recogió la FALSEDAD MATERIAL; y, b) La alteración o modificación de las cláusulas del instrumento, previsto en el artículo 328 del COIP así: “La persona que falsifique, destruya o adultere modificando los efectos o sentido de los documentos públicos (...) será sancionado con pena privativa de libertad de cinco a siete años”. En este apartado, la ley penal recogió la FALSEDAD IDEOLOGICA. Aquí el documento no es falso en sus condiciones esenciales, pero son falsas las ideas que en él se quieren afirmar como verdaderas, resultando un documento falso en su contenido.

En ambos casos, el Código Orgánico Integral Penal dispone que el documento objeto de la falsificación sea un “instrumento público” conforme a la ley. La ley penal no define lo que se ha de entender por instrumento público por lo que debemos recurrir al COGEP, el mismo que en el artículo 205 considera como documento público al autorizado con las solemnidades legales. Entre ellos están la escritura

pública (siempre que sea otorgada ante notario e incorporada al protocolo) y los mensajes de datos (expedidos por y ante autoridad competente y firmados electrónicamente). Las formas o medios como se alteran o falsifican esos instrumentos públicos son o bien falsificando la firma o bien falsificando, destruyendo o adulterando los efectos o sentido de tales documentos.

Es importante notar que el COGEP, en el artículo 208, al referirse al alcance probatorio de los documentos públicos, amplía el concepto que al respecto traía el Código de Procedimiento Civil en el artículo 166 y dice que el instrumento público hace fe no solo de su otorgamiento y fecha, sino también de “las declaraciones que en ellos haga la o el servidor público que los autoriza”. El Notario pasa a ser, pues, un testigo privilegiado, a cuyas declaraciones la ley otorga fe pública, fe que solo podría destruirse mediante la demostración de su falsedad. En consecuencia, toda declaración de notario goza de fe pública y cualquier adulteración de la misma, puede ser sujeto de reproche por falsificación.

Definición términos

1.- Contrato:

Según *el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales* (Ossorio, 1984) el contrato es un:

Pacto o convenio entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas (Dic. Acad.). En una definición jurídica, se dice que hay contrato cuando dos o más personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común destinada a reglar sus derechos. Capitant lo define como acuerdo de voluntades, entre dos o más personas, con el objeto de crear entre ellas vínculos de obligaciones; y también documento escrito destinado a probar una convención. Los contratos han de ser celebrados entre las personas capaces y no han de referirse a cuestiones prohibidas o contrarias a la moral o a las

buenas costumbres. Los contratos lícitos obligan a las partes contratantes en iguales términos que la ley

Por su parte, el art. 1454 del Código Civil lo define así: “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 partes”.

2.- Convalidar.-

Para Cabanellas de Torres (2005) la convalidación es

Hacer válido lo que no lo era. La convalidación constituye un acto jurídico por el cual se torna eficaz otro que estaba viciado de nulidad relativa. Ahora bien, si el acto que se intenta convalidar es nulo, de nulidad absoluta, también lo será la convalidación; de tal manera que sólo cabe realizarla en aquellos actos cuya nulidad sea subsanable

3.- Escritura pública:

El artículo 26 de la Ley Notarial define a la escritura pública como

“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”. En concordancia, la parte pertinente el artículo 205 del COGEP establece que 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”.

4.- Falsedad.-

Cabanellas de Torre, en su Diccionario Jurídico Elemental (2005), define la “falsedad” como:

Falta de verdad, legalidad o autenticidad. /Traición, deslealtad, doblez. / Engaño o fraude. / Falacia, mentira, impostura. / Toda la disconformidad entre las palabras y las ideas o las cosas. / Cualquier mutación, ocultación o desfiguración de la verdad y de la realidad que produce la nulidad de los actos jurídicos según las leyes civiles o sancionada como delito en los códigos penales (p. 165)

5.- Nulidad.-

El tratadista Ossorio (1984), define a nulidad como:

Ineficacia en un acto jurídico como consecuencia de carecer de las condiciones necesarias para su validez, sea ellas de fondo o de forma; o, como dicen otros autores, vicio de que adolece un acto jurídico si se ha realizado con violación u omisión para considerarlo como válido, por lo cual la nulidad se considera ínsita en el mismo acto, sin necesidad de que se haya declarado o juzgado.

Se entiende que son nulos: los actos jurídicos otorgados por personas incapaces a causa de su dependencia de una representación necesaria; los otorgados por personas relativamente incapaces en cuanto al acto, o que dependiesen de la autorización del juez o de un representante necesario; los otorgados por personas a quienes la ley prohíbe el ejercicio del acto de que se tratare; y aquellos en que los agentes hubiesen procedido con simulación o fraude presumido por la ley, o cuando estuviere prohibido el objeto principal del acto; cuando no tuviese la forma exclusivamente ordenada por la ley, o cuando dependiese para su validez de la forma instrumental y fuese nulos los respectivos instrumentos.

La nulidad se entiende que es siempre de pleno derecho, porque no necesita ser reclamada por parte interesada; inversamente a lo que sucede con la *anulabilidad*

(v) de los actos jurídicos, que se reputan válidos mientras no sean anulados; y sólo se tendrán por nulos desde el día de la sentencia que así los declarase. Y puede la nulidad ser completa, cuando afecta a la totalidad del acto; o parcial, si la disposición nula no afecta a otras disposiciones válidas, cuando son separables. (p. 941).

El artículo 1697 del Código Civil, por su parte, la define así:

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

6.- Prejudicialidad.-

Se define a la prejudicialidad como: “Que requiere decisión previa a la cuestión o sentencia principal/ De examen y decisión preliminar, referido a ciertas acciones y excepciones” (Cabanellas de Torre, 2005; p. 315).

7.- Simulación.-

Ossorio (1984) define la simulación como:

Alteración aparente de la causa, la índole o el objeto verdaderos de un acto o contrato. La simulación de los actos jurídicos tiene lugar cuando se encubre uno con la apariencia de otro, cuando contiene cláusulas que no son sinceras o fechas inexactas, o cuando por el acto se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmite. De esta definición se desprende que la simulación puede tener dos finalidades: aparentar un acto inexistente, u ocultar otro real; aspectos ambos que la legislación argentina recoge al expresar que la simulación es relativa cuando se emplea para dar al acto jurídico una apariencia que oculta su verdadero carácter; y absoluta, cuando el acto jurídico no tiene nada de real.

La ley civil argentina no reprueba la simulación cuando no perjudica a nadie ni contiene fin ilícito. Los actos jurídicos en que se hubiese procedido con simulación o fraude presumido por la ley, o cuando su objeto principal fuese prohibido, o cuando no tuviese la forma ordenada por la ley, son nulos; así como también cuando los respectivos instrumentos lo fuesen. Son anulables los actos jurídicos cuando sus agentes obrasen con una incapacidad accidental, como si por cualquier causa se hallasen privados de su razón; o cuando no fuere conocida su incapacidad impuesta por la ley al tiempo de firmarse el acto; o cuando la prohibición del objeto del acto no fuese conocida por la necesidad de alguna investigación de hecho; o cuando tuviesen el vicio de error, violencia, fraude o simulación; y si dependiesen para su validez de la forma instrumental, y fuesen anulables los respectivos instrumentos.

Con independencia del aspecto civil de la cuestión examinada, el acto simulado ilícito, por ser contrario a la ley o por perjudicar a tercero, puede configurar delito de falsedad o defraudación, así como el muy específico de simulación de estado civil, preñez o parto. (p. 707)

METODOLOGÍA

Modalidad

En el presente trabajo de investigación se ha empleado la modalidad cualitativa categórica interactiva debido a que la base para el desarrollo del trabajo han sido: 1. La Ley, esto es la Ley Notarial, el Código Civil, el Código General de Procesos y el Código Orgánico Integral Penal; 2. Estudios y opiniones de expertos tanto ecuatorianos como extranjeros; 3. Sentencias y precedentes jurisprudenciales.

Población

UNIDADES DE OBSERVACION	POBLACION	MUESTRA
<p>Ley Notarial</p> <p>Artículo 44.- La infracción de los ordinales 3 y 4 del artículo 20 determina la nulidad de la escritura y el notario será destituido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales a que hubiera lugar.</p> <p>Artículo 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.</p> <p>La Dirección General de Rentas y la Contraloría</p>	49	5

<p>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.</p> <p>Artículo 46.- La omisión de la formalidad establecida en el artículo 25 para los testamentos cerrados será penada con la destitución del notario quien además será responsable de los perjuicios.</p> <p>Artículo 47.- Es nula la escritura que no se halla página del protocolo donde, según el orden cronológico debía ser hecha.</p> <p>Artículo 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.</p> <p>La formalidad relativa a las procuraciones o documentos</p>		
---	--	--

<p>habilitantes, expresadas en el inciso anterior, quedará cumplida siempre que ellos se agreguen en 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, podrán subsanarse la omisión protocolizándose dichos documentos o procuraciones.</p>		
<p>Código Orgánico Integral Penal Artículo 327.- La persona que altere o falsifique la firma de otra en un instrumento privado, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. La persona que altere o falsifique la firma de otra en un instrumento público, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.</p> <p>Artículo 328.- La persona que falsifique, destruya o adultere modificando los efectos o sentido de los documentos públicos, privados, timbres o sellos nacionales, 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</p>	<p>730</p>	<p>2</p>

<p>las mismas penas previstas en cada caso.</p>		
<p>Código Orgánico General de Procesos Artículo 205.- 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 firmada electrónicamente.</p> <p>Artículo 214.- Es documento público falso. Es documento falso aquel que contiene alguna suposición fraudulenta en perjuicio de tercero, por haberse contrahecho la escritura o la suscripción de alguno de los que se supone que la otorgaron o de los testigos o del notario por haberse suprimido, alterado o añadido algunas cláusulas o palabras en el cuerpo del instrumento, después de otorgado y en caso de que haya anticipado o postergado la fecha del otorgamiento.</p> <p>La falta de declaración de la falsedad de un instrumento público no impedirá el ejercicio de la acción penal. Pero iniciado el enjuiciamiento civil para tal efecto, no se podrá promover proceso penal hasta la</p>	<p>439</p>	<p>2</p>

obtención de dicha declaración.		
<p>Código Civil</p> <p>Artículo 1697.- 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.</p> <p>Artículo 1698.- La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, 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.</p> <p>Hay asimismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.</p> <p>Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato.</p>	2424	2

<p>Jurisprudencia</p> <p>Sentencias que establecen diferencias entre nulidad de escritura pública y nulidad de actos y contratos:</p> <p>-Gaceta Judicial. Año</p>	3	3
--	---	---

<p>LXXIX. Serie XIII. No. 5. Pág. 1025. -Expediente 44, Registro Oficial Suplemento 373 de 3 de Julio del 2008: -Gaceta Judicial. Año XCVI. Serie XVI. Nro. 7, pág. 1784 -Expediente 44, Registro Oficial Suplemento 373 de 3 de Julio del 2008</p>		
<p>Sentencias atinentes a la nulidad absoluta: -Expediente 43, Registro Oficial Suplemento 41, 6 de Mayo del 2016. Resolución No. 43-2013-T. -Expediente 663, Registro Oficial Suplemento 435, 25 de Abril del 2013.</p>	2	2
<p>Sentencias sobre nulidad relativa: -Sentencia de 22 de agosto de 1991 (publicada en la Gaceta Judicial, Serie XV, No. 12, pp 3531 y 3532. -Sentencia de 18 de enero de 2000, dictada por la Primera Sala, dentro del expediente No. 9, publicada en el Registro Oficial No. 27 de 29 de febrero de 2000:</p>	2	2
<p>Sentencias relativas a nulidad de instrumentos notariales -En la Gaceta Judicial. Año XCVI. Serie XVI. Nro. 7. Pág. 1831, sentencia de 21 de noviembre de 1996. - Sentencia dictada el 22 de julio de 2002, que se halla publicada en la Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 10. Página 325. - Sentencia dictada el 17 de</p>	3	3

diciembre de 2002, por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, dentro del Expediente 277, publicada en el Registro Oficial 44 de 20 de Marzo del 2003		
Sentencias sobre falsedad de instrumento público Resolución de 22 de julio de 2002, dictada por la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, publicada en la Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 10. Página 3251:	1	1

MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN

Métodos teóricos

Inducción a partir de la organización y selección de una manera crítica de las diferentes resoluciones, fallos o sentencias que sobre la materia han expedido la ex Corte Suprema de Justicia y la Corte Nacional de Justicia para determinar y sistematizar los conceptos y teorías que existen sobre nulidad de actos y contratos, nulidad de instrumentos públicos y falsedad de instrumentos públicos y determinar así que se tratan de conceptos diferentes que no deben confundirse ni enmarañarse, permitiendo así mismo establecer y determinar los casos en los cuales se debe contar con el notario como parte procesal en un juicio.

Métodos empíricos

Análisis de contenidos de las sentencias expedidas dentro de los diferentes expedientes judiciales publicados en los Registros Oficiales y en las Gacetas Judiciales, con el objetivo de discernir su contenido y describir la tendencia que ha

ido tomando el máximo órgano de justicia en el Ecuador hasta llegar a constituir precedente jurisprudencial en algunos de los casos expuestos.

Procedimiento

Revisión crítica de las sentencias publicadas en el Registro Oficial y en las Gacetas Judiciales para eliminar la información no pertinente a los temas propuestos en este estudio y para insertar las que interesan a los temas que son parte del análisis, especialmente para determinar los precedentes jurisprudenciales en cuanto a la nulidad de los actos y contratos, nulidad de escrituras públicas y falsedad de instrumentos públicos. Sabiendo que la jurisprudencia es una de las fuentes del derecho se confirma que estos temas suceden dentro de la realidad jurídica por lo que deben ser abordados, estudiados y analizados para evitar entorpecer el tráfico económico y jurídico.

CAPITULO III
CONCLUSIONES

RESPUESTAS

Base de Datos

**ESTUDIO DE LOS ARTÍCULOS NORMATIVOS RELACIONADOS CON LA
NULIDAD DE LOS ACTOS Y CONTRATOS**

Casos del Objeto de Estudio	Unidades de Análisis
<p>NORMATIVA PREVISTA EN EL CODIGO CIVIL RESPECTO A LA NULIDAD DE LOS ACTOS Y CONTRATOS</p>	<p>Art. 1697.- 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.</p> <p>Art. 1698.- La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, 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. Hay asimismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces. Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato.</p>

**ESTUDIO DE LOS ARTÍCULOS NORMATIVOS RELACIONADOS CON LA
NULIDAD DE LA ESCRITURA PÚBLICA**

Casos del Objeto de Estudio	Unidades de Análisis
<p>NORMATIVA DE LA LEY NOTARIAL RESPECTO DE LAS NULIDADES DE LAS ESCRITURAS PÚBLICAS Y SUS SANCIONES</p>	<p>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.</p> <p>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 hiciera contraviniendo la prohibición de este ordinal, y en lo sucesivo pedirán la destitución del notario a la respectiva Corte Superior.</p> <p>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.</p> <p>Art. 47.- Es nula la escritura que no se halla en la página del protocolo donde, según el orden cronológico debía ser hecha.</p> <p>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</p>

	<p>penados por sus omisiones con multas que no pasen de mil sucres.</p> <p>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.</p>
--	--

**ESTUDIO DEL ARTÍCULO NORMATIVO RELACIONADO
CON LA FALSEDAD DE DOCUMENTO PÚBLICO**

<p>Caso del Objeto de Estudio</p> <p>NORMATIVA DEL CODIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS</p>	<p>Unidad de Análisis</p> <p>Art. 214.- Documento público falso. Es documento falso aquel que contiene alguna suposición fraudulenta en perjuicio de tercero, por haberse contrahecho la escritura o la suscripción de alguno de los que se supone que la otorgaron o de los testigos o del notario por haberse suprimido, alterado o añadido algunas cláusulas o palabras en el cuerpo del instrumento, después de otorgado y en caso de que haya anticipado o postergado la fecha del otorgamiento.</p> <p>La falta de declaración de la falsedad de un instrumento público no impedirá el ejercicio de la acción penal. Pero iniciado el enjuiciamiento civil para tal efecto, no se podrá promover proceso penal hasta la obtención de dicha declaración.</p>
---	--

**ESTUDIO DE LOS ARTÍCULOS NORMATIVOS
RELACIONADOS CON LOS DELITOS CONTRA LA FE
PÚBLICA**

Casos del Objeto de Estudio	Unidades de Análisis
<p>NORMATIVA DEL CÓDIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL RESPECTO A LOS DELITOS CONTRA LA FE PÚBLICA</p>	<p>Art. 327.- Falsificación de firmas.- La persona que altere o falsifique la firma de otra en un instrumento privado, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.</p> <p>La persona que altere o falsifique la firma de otra en un instrumento público, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.</p> <p>Art. 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, 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.</p> <p>Cuando se trate de documentos privados la pena será de tres a cinco años.</p> <p>El uso de estos documentos falsos, será sancionado con las mismas penas previstas en cada caso.</p>

Fuente: Investigación realizada por Paola Andrade Torres (2018)

CONCLUSIONES

1.- Las tesis jurisprudenciales que se han transcrito señalan claramente que los motivos que originan la nulidad del instrumento notarial, difieren de las causas que nulitan los actos y contratos y estos a su vez se diferencian de las razones o motivos que convierten en falso a un documento público.

2.- Las causas de nulidad absoluta y relativa de los actos y contratos prácticamente producen los mismos efectos. Lo que las diferencian son las personas que pueden alegarla y el tiempo de prescripción. En todo caso, las causas que producen la nulidad absoluta son el objeto o causa ilícita, la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos y la incapacidad absoluta de la persona (impúberes, dementes y la persona sorda que no puede darse a entender de manera verbal, por escrito o por lengua de señas). Las nulidades relativas están más bien referidas a las omisiones de ciertos requisitos en consideración de la calidad o estado de las personas (menor adulto, personas jurídicas y los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes), a los que habría que sumarse los actos relativos por uno de los cónyuges respecto de los bienes de la sociedad conyugal, sin el consentimiento del otro cónyuge cuando este sea necesario.

3.- En los casos de nulidad en las declaraciones propias de las partes, en las que el notario no intervino sino que simplemente las redactó, éste debe quedar por fuera de cualquier clase de responsabilidad tanto en el campo civil como en el campo penal. Recordemos que un principio fundamental del proceso civil es el Principio de Tutela Judicial Efectiva de los derechos, el que según el artículo 23 del Código Orgánico de la Función Judicial consiste en resolver las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes sobre la única base de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, la ley y los méritos del proceso. En este choque de intereses, en esta antítesis de pretensiones que el juez está llamado a resolver, no puede ser parte el fedatario. El notario ningún interés podría tener en que se declare válida o nula una escritura en el que el defecto está

en las cláusulas contractuales que las partes propusieron y aceptaron y por ello no podría entrar en controversia con ellas, pues ante todo su deber es actuar con imparcialidad. La fe notarial jamás puede penetrar en la voluntad interna de las partes, el notario solo conoce la voluntad declarada la que puede ser sincera o no, completa o incompleta, pero en ningún caso la sinceridad es requisito de validez del negocio jurídico, a tal punto que el artículo 208 del Código Orgánico General de Procesos dispone que el instrumento público no hace fe en cuanto a las declaraciones que en él hayan hecho las partes o los interesados, pues efectivamente las declaraciones concernientes a la moralidad o sinceridad del contrato son de responsabilidad exclusiva de las partes que plantearon y consintieron en su redacción.

4.- Los notarios tienen legitimación pasiva cuando se les reprocha irregularidades en su actuación notarial. Cuando se demanda la nulidad de una escritura pública por defectos de forma, el notario debe ser siempre oído y vencido en juicio, pues su actuación le acarrea responsabilidades civiles, penales y aún la destitución. En todo instrumento notarial hay cuestiones de fondo y de forma. Y la forma es siempre responsabilidad del notario. Si el notario actuó con impericia o negligencia deberá hacerse responsable de los daños y perjuicios que ocasionó. Si actuó además con dolo o mala fe, deberá también responder en el campo penal.

5.- Las nulidades establecidas en los artículos 44, 45, 46, 47 y 48 de la Ley Notarial son de dos clases: nulidades absolutas o relativas. Son nulidades absolutas no susceptibles de convalidación las siguientes: a) Las escrituras otorgadas por incapaces sin los requisitos legales; b) Las escrituras en que tenga interés directo el mismo notario o en que intervenga como parte su cónyuge o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; c) La escritura simulada; d) La escritura que no se halle en la página del protocolo donde, según el orden cronológico debía ser hecha; y e) las escrituras que no tengan 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.

Aunque no estén mencionadas en el Capítulo IV de la Ley Notarial, consideramos también que son nulas de nulidad absoluta aquellas escrituras públicas en que el Notario no da fe del conocimiento de los otorgantes o no suple ese conocimiento en la forma indicada en el numeral 7 del artículo 29 de la Ley de la materia; aquellas en que no se hubiera leído todo el instrumento a los otorgantes y la suscripción de los otorgantes y del notario en unidad de acto. Las nulidades relativas y que por tanto son susceptibles de convalidación son: a) autorizar escrituras en que se determine la cuantía del acto o contrato, o en que se estipule la alternación de ellas por cartas o documentos privados, pues tal nulidad puede ser convalidada pagando los impuestos sobre el verdadero valor del acto o contrato; y b) la falta de procuraciones o documentos habilitantes cuya omisión puede ser corregida siempre que se agreguen originales al registro del notario.

6.- Con la entrada en vigencia del Código Orgánico General de Procesos quedó en claro que existe prejudicialidad solo cuando la falsedad del instrumento público se hubiera demandado previamente ante el Juez Civil. La acción penal no podría entonces tomar curso en tanto el Juez Civil decida y evitar así la paradoja de que un juez califique como falso un instrumento y otro lo declare, a su vez, como plenamente válido.

7.- Son dos las finalidades del proceso penal: La determinación de la existencia de la infracción y la culpabilidad de la persona procesada como lo determina el artículo 610 del Código Orgánico Integral Penal. De haber algún juicio de reproche en contra de un notario se debería probar estos dos presupuestos: Que por un lado existió, por ejemplo, una falsificación de firma en un instrumento público y por otra, que fue el notario el que realizó tal falsificación. De no cumplirse copulativamente ambos requisitos, no podría ser el notario condenado por delito de falsificación.

RECOMENDACIONES

1.- Se recomienda a los jueces tomar especial consideración de las excepciones previas constantes en el artículo 153 del Código Orgánico General de Procesos y de éstas la atinente al numeral 3 que hace relación a la falta de legitimación en la causa de la parte actora o demandada, cuando surja manifiestamente de los propios términos de la demanda. Por tanto, si del propio texto de la demanda se colige que se está demandado al Notario sobre la base de un contrato que es atacado por un vicio no contemplado en los artículos 44, 45, 46, 47 o 48 de la Ley Notarial, el juez debe actuar de la manera establecida en el numeral 3 del artículo 295 del Código Orgánico General de Procesos, concediéndole al actor un término de diez días para subsanar el defecto, bajo apercibimiento de tener por no presentada la demanda y de aplicarse las sanciones pertinentes. De persistir el demandante en su acción contra el notario, recomiendo al juez que declare desde un inicio como no presentada la demanda respecto al fedatario y así impedir que el notario se distraiga de sus múltiples funciones y evitar así mismo sustanciar una demanda por estar mal formulada, volviendo ineficaz el proceso, cuestión que busca evitar tanto la Constitución de la República como el Código Orgánico General de Procesos.

2.- En razón de que la ley notarial no permite al notario revocar, rescindir, o modificar el contenido de una escritura pública por sí y ante sí, por ser ésta una atribución exclusiva de las partes según se desprende del texto del artículo 35 de la Ley Notarial, recomiendo que en todos los casos en que los jueces declaren nula a una escritura pública por defecto de forma, ordene a las partes que otorguen una nueva escritura que deje sin efecto la primera y que se anote ésta en forma marginal, garantizando así la seguridad jurídica.

3.- Sugiero también a los jueces que cuando acojan o estimen procedente una demanda de nulidad de instrumento público, no trasladen de forma automática esta nulidad al negocio jurídico que lo contiene. Por ello era tan importante distinguir entre las nulidades de los instrumentos notariales que sí pueden subsanarse de aquellas que

son de imposible subsanación. Por ejemplo, de no haberse establecido la cuantía del acto o contrato, se podría disponer a las partes que extiendan una escritura ampliatoria indicando el monto real de la cuantía y pagando los impuestos respectivos sobre el verdadero valor del acto o contrato, salvando así el negocio subyacente pues el tráfico jurídico y económico se nutre de negocios cumplidos y no de contratos fallidos.

4.- Igualmente recomiendo a los jueces que cuando declaren inválido el negocio jurídico, declaren nula también la escritura que lo contiene. Sin esta declaratoria, simplemente queda vaciado el contenido que es el negocio jurídico pero no se ha afectado a la escritura pública que sigue proclamando todo su valor al amparo de la fe pública.

BIBLIOGRAFIA

- ALESSANDRI BESA A.** (1990). *La nulidad y la rescisión en el derecho civil*. Santiago de Chile, Chile: Editorial Libromar.
- ALESSANDRI RODRIGUEZ, A.** (1976). *Derecho civil de los contratos*. Santiago de Chile, Chile: Zamorano y Caperan.
- ASAMBLEA CONSTITUYENTE.** (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi-Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- ASAMBLEA NACIONAL.** (2009). *Código Orgánico de la Función Judicial*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- ASAMBLEA NACIONAL.** (2015). *Código Orgánico General de Procesos*. Quito, Ecuador: Ediciones Legales.
- ASAMBLEA NACIONAL.** (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- CABANELLAS DE TORRES, G.** (2005). *Diccionario Jurídico elemental*. (18va ed.) Buenos Aires, Argentina: Heliasta S.R.L.
- CODIGO ORGANICO DE TRIBUNALES** (1943). Santiago de Chile-República de Chile.
- GACETA JUDICIAL 13.** (15 de enero de 1946). Serie 7.
- GACETA JUDICIAL 11.** (12 de abril de 1976). Serie 12
- GACETA JUDICIAL 12.** (22 de agosto de 1991). Serie 15.
- GACETA JUDICIAL 7.** (21 de noviembre de 1996). Serie 16.
- GACETA JUDICIAL 7.** (11 de diciembre de 1996). Serie 16.
- GACETA JUDICIAL.** (Año LXXIX). Serie XIII. No. 5.
- GACETA JUDICIAL 10.** (22 de julio de 2002). Serie 17
- GOMÁ SALCEDO, J. E.** (2011). *Derecho Notarial*. Barcelona-España: Editorial Bosch, S.A.
- H. CONGRESO NACIONAL.** (2005). *Codificación del Código Civil*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- H. CONGRESO NACIONAL** (2005). *Codificación del Código de Procedimiento Civil*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- LLERAS RESTREPO, C.** (1970). *Estatuto del Notariado*, República de Colombia.

- MARTINEZ ANDRADE, J** (2016). *Apuntes del Derecho Notarial Ecuatoriano*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- OSSORIO, M.** (1984). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Buenos Aires, Argentina: Claridad S.A.
- PARRAGUEZ, L.** (2012). Materiales para la Cátedra de Negocio Jurídico del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Primer borrador.
- REGISTRO OFICIAL No. 332.** (03 de diciembre de 1999). Expediente de Casación 467
- REGISTRO OFICIAL No. 27.** (29 de febrero de 2000). Expediente de Casación 9.
- REGISTRO OFICIAL No. 83.** (23 de mayo de 2000). Expediente de Casación 157.
- REGISTRO OFICIAL No. 44.** (20 de marzo de 2003). Expediente de Casación 277.
- REGISTRO OFICIAL Suplemento 373.** (03 de julio de 2008). Expediente de Casación 44.
- REGISTRO OFICIAL Suplemento 224.** (29 de junio de 2010). Expediente de Casación 134.
- REGISTRO OFICIAL Edición Especial 435.** (25 de abril de 2013). Expediente de Casación 663
- VACA ANDRADE, R.** (2014). *Derecho Procesal Penal Ecuatoriano Según el Código Orgánico Integral Penal*. Quito, Ecuador: Ediciones Legales EDLE S.A.
- YEROVI INDABURU, C.** (1966). *Ley Notarial*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

ANEXOS

1.- NULIDAD DE ESCRITURA Y NULIDAD DEL ACTO

Serie 13 Gaceta Judicial 5 de 15-feb.-1979 Estado: Vigente

Los actos o contratos realizados por cualquiera de los cónyuges, respecto de los bienes de la sociedad conyugal, sin el consentimiento del otro, cuando éste es necesario, son relativamente nulos y la nulidad relativa puede ser alegada por el cónyuge cuyo consentimiento era necesario y faltó. El Juez y la Corte de apelación, considerando que en el contrato de compraventa no hubo el consentimiento de la mujer, declaran, no la nulidad del contrato, porque evidentemente esto no se demandó, sino la nulidad de la escritura pública, declaración que es ilegal, ya que la falta de consentimiento del cónyuge no es causa o motivo de nulidad de un instrumento público, pues los motivos de nulidad de las escrituras públicas se encuentran señalados en los Arts. 180 y siguientes del Código de Procedimiento Civil y en la Ley Notarial sin que en ellos esté incluida tal falta de consentimiento de la cónyuge.

Gaceta Judicial. Año LXXIX. Serie XIII. No. 5. Pág. 1025.

(Quito, 15 de febrero de 1979)

TERCERA INSTANCIA

VISTOS: María Vicenta Fernández Ochoa comparece a juicio y expone que es esposa legítima de Aurelio María Arcentales Encalada, que durante el matrimonio adquirieron, mediante varios contratos de compraventa, el predio denominado San Juan de Pacaguayco, del que es dueña del cincuenta por ciento, por haber sido adquirido dentro de la sociedad conyugal. "Sentados estos antecedentes - dice - he llegado a tener conocimiento de que mi esposo el señor Aurelio María Arcentales Encalada, en fecha 27 de Enero de 1968, ante el señor Notario de Cañar, don Tarquino Padrón, ha procedido a dar en venta pública al señor Rafael Aurelio Campoverde Andrade, y su esposa, Olimpia Maza Castillo un cuerpo de terreno situado en el punto "San Juan de Pucuguayco" de la parroquia y cantón Cañar,

aduciendo en el texto escritural que este bien raíz es de su exclusiva propiedad por haberlo adquirido en tiempo de su soltería y desde hace treinta años a la fecha de la venta. En esta venta hace también constar mi referido esposo que vende derechos y acciones en otro lote de terreno denominado "Lluillán - Pucoloma", que también es adquirido dentro de la sociedad conyugal. Como esta escritura, adolece de nulidad total, por haber intervenido en el contrato solamente mi esposo, sin mi concurrencia, o con poder que demuestre mi expreso consentimiento, tengo a bien en defensa de mis derechos demandar ante su autoridad a los compradores y al vendedor mi esposo, por la nulidad que adolece la escritura a la que me refiero. Por lo expuesto señor Juez, sírvase acoger esta demanda, dar el curso de juicio ordinario y probados los fundamentos de esta acción, declarar la nulidad total de la escritura de fecha 27 de enero del año de mil novecientos sesenta y ocho, otorgada como tengo dicho por sólo la voluntad de mi esposo sin contar con mi consentimiento o haberse fundado en poder especial". Citados los demandados, dentro del término legal, contestan la demanda oponiendo entre otras excepciones, la de improcedencia de la demanda. Tramitado el juicio, el Juez Provincial declara con lugar la demanda y por lo tanto "la nulidad de la escritura pública de compraventa efectuada el 27 de enero del año de 1968, mediante la cual el señor Aurelio María Arcentales vende a los esposos Rafael Campoverde y Olimpia Maza, un cuerpo o dos cuerpos de terrenos denominados San Juan de Pucuguayco y Lluillán - Pucoloma". La Corte Superior de Azogues, que conoce el proceso en virtud de los recursos de apelación y nulidad interpuestos por los demandados, declara la validez del juicio, fallo que es confirmado por esta Sala, y en cuanto a la sentencia impugnada la confirma "únicamente en la parte en que se declara la nulidad relativa de la escritura pública". Para resolver el recurso de tercera instancia deducido por los demandados, al que se adhiere la demandante, porque no hay condena en costas, y como el conocimiento de este juicio ha correspondido a esta Sala, se hacen las consideraciones siguientes: PRIMERO: Hay fundamental diferencia entre la acción de nulidad de una escritura pública y la acción de nulidad del acto o contrato que en ella se contiene; SEGUNDO: La actora demanda la nulidad de la escritura celebrada el 27 de Enero de 1968, ante el Notario del Cañar, Tarquino Padrón, mediante la cual Aurelio María Arcentales Encalada vende a Rafael Aurelio

Campoverde Andrade y Olimpia Maza Castillo, un terreno situado en el punto "San Juan de Pucuguayco", de la parroquia y cantón Cañar. Fundamenta su acción en la falta de su consentimiento para la celebración de esta escritura pública, porque aduce que el bien vendido le pertenece en el cincuenta por ciento, toda vez que fue adquirido durante la sociedad conyugal formada con su esposo Aurelio María Arcentales Encalada; mas este hecho no constituye motivo de nulidad de escritura. Por otra parte aparece de autos que en el otorgamiento de la referida escritura de compraventa se han observado todos los requisitos formales previstos en la Ley Notarial y en el Código Adjetivo Civil, de manera que no es nula; y, TERCERO: Los actos o contratos realizados por cualquiera de los cónyuges, respecto de los bienes de la sociedad conyugal, sin el consentimiento del otro, cuando éste es necesario, son relativamente nulos y la nulidad relativa puede ser alegada por el cónyuge cuyo consentimiento era necesario y faltó. El Juez y la Corte de apelación, considerando que en el contrato de compraventa no hubo el consentimiento de la mujer, declaran, no la nulidad del contrato, porque evidentemente esto no se demandó, sino la nulidad de la escritura pública, declaración que es ilegal, ya que la falta de consentimiento del cónyuge no es causa o motivo de nulidad de un instrumento público, pues los motivos de nulidad de las escrituras públicas se encuentran señalados en los Arts. 180 y siguientes del Código de Procedimiento Civil y en la Ley Notarial sin que en ellos esté incluida tal falta de consentimiento de la cónyuge. Por lo expuesto, esto es porque la demanda es improcedente, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se revoca la sentencia impugnada y se declara sin lugar la demanda. Sin costas. Notifíquese.

2.- POR PROMESA DE VENTA

Expediente de Casación 157 Registro Oficial 83 de 23-may.-2000 Estado: Vigente.
Expediente 157, Registro Oficial 83, 23 de mayo del 2000.

Dentro del juicio ordinario por No.- 96-99 seguido por Segundo Manuel Ambuludi Vásquez y Rosa Emilia Japón Macas en contra de Angel Cristóbal Vásquez Ambuludi y Rosa Inés Saraguro, se ha dictado lo siguiente:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA PRIMERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

Quito, 6 de abril de 2000; las 09h00. VISTOS.- Segundo Manuel Ambuludi Vásquez y Rosa Emilia Japón Macas deducen recurso de casación en contra de la sentencia dictada por la Segunda Sala de la Corte Superior de Justicia de Loja en el juicio ordinario propuesto por ellos en contra de Angel Cristóbal Vásquez Ambuludi y Rosa Inés Saraguro, porque estiman que en dicha sentencia se han transgredido los Arts. 7, regla 18 a); 9; 10; 1724; 1725; 1726 y 1597, reglas segunda y tercera, del Código Civil, y los Arts. 67; 107 y 134 de la Ley de Reforma Agraria; transgresiones que las ubica en la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación, o sea, en la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho.- Concedido el recurso y subir, a la Corte Suprema de Justicia, previo el sorteo de ley, se ha radicado la competencia en esta Primera Sala de lo Civil y Mercantil, la que en providencia de 5 de mayo de 1999 acepta a trámite el recurso.- Concluida la substanciación atento el estado de la causa para resolver considera:

PRIMERO.- Acerca del cargo formulado por los recurrentes de que en la sentencia se han transgredido las normas de derecho contenidas en los Arts. 67 y 107 de la Ley de Reforma Agraria, se anota: 1.- La promesa de compraventa de bienes raíces es un contrato solemne en virtud del cual las partes que lo celebran se comprometen a concurrir a la celebración de un contrato de compraventa, una vez transcurrido el plazo o cumplida una condición, que necesariamente debe estipularse. 2.- Cuando los interesados han convenido en la compraventa de un bien raíz, ordinariamente, concurren a una notaría pública a fin de formalizar el contrato; pero hay casos en que, no obstante haberse llegado a un acuerdo sobre las estipulaciones de la compraventa, no es posible celebrar de inmediato este contrato, por motivos financieros, faltar ciertos requisitos de orden legal u otras circunstancias; entonces, los interesados proceden a celebrar un contrato de promesa de compraventa hasta poder solucionar los inconvenientes. El contrato de promesa es un medio eficaz para garantizar que se llegue a celebrar la compraventa, que es en definitiva el contrato que han querido formular, porque en los tiempos actuales se va haciendo cada vez más raro el

cumplimiento de lo prometido de solo bajo palabra, o por escrito sin las solemnidades legales. En este sentido, el contrato de promesa es un pre contrato o contrato preparatorio para celebrar el contrato definitivo, que es el de compraventa.- En el contrato de promesa de compraventa las partes contraen una obligación de hacer, que consiste en suscribir, dentro de un plazo o una vez que se haya cumplido una condición, una obligación de dar. 3.- En el caso sub lite, el contrato de promesa de compraventa, objeto de la demanda (fojas 1 del cuaderno de primer nivel), ha sido otorgado el 5 de febrero de 1985, ante el señor Benigno Armijos Notario Público del cantón Saraguro. A esa fecha se hallaba vigente la Ley de Reforma Agraria y, consiguientemente, el requisito previsto en el Art. 107 de que para el fraccionamiento de los predios rústicos debía obtenerse autorización del IERAC, el que la concederá una vez comprobado que la división no contraviene al espíritu de dicha ley, así como también el requisito del Art. 67 de que el IERAC autorizará la transferencia del minifundio únicamente cuando esta sea a favor de uno de los colindantes o con fines de integración asociativa.- Pero estos requisitos no eran necesarios para el pre contrato de promesa sino para el contrato definitivo de compraventa, que es el medio idóneo para la transferencia de dominio, no para el contrato de promesa que es un medio que conduce a la celebración del contrato de compraventa. Precisamente, los interesados conociendo estas exigencias legales no han celebrado de inmediato el contrato de compraventa, sino el de promesa hasta poder obtener la autorización del IERAC. Así, en la cláusula tercera del contrato de promesa las partes estipulan: "La venta efectiva se realizará tan pronto como el IERAC autorice dicha transferencia". Por lo dicho, no tiene sustentación legal el cargo de que la sentencia del Tribunal ha incurrido en error de juzgamiento al no haber considerado la omisión de los requisitos antedichos de la Ley de Reforma Agraria como productores de la nulidad del contrato de promesa de compraventa.

SEGUNDO.- En cuanto al cargo de que en la sentencia se han transgredido los Arts. 1724, 1725 y 1597 del Código Civil, se anota: 1.- El contrato de promesa de compraventa debe reunir los requisitos generales previstos para todo acto o contrato por los Arts. 1724, 1725 Código Civil y los requisitos especiales exigidos por el Art. 1597. La omisión de cualquiera de los requisitos, ya sea generales o ya sea especiales,

producen la nulidad del contrato de promesa. El recurrente alega la nulidad del contrato de promesa, específicamente, porque estima que se han omitido los requisitos puntualizados en las reglas segunda y tercera del Art. 1597 Código Civil.

2.- La regla segunda del Art. 1597 del Código Civil exige que el contrato prometido no sea de los que las leyes declaren ineficaces. Según la doctrina, la ineficacia a que se refiere esta regla concierne a los requisitos intrínsecos del contrato prometido en sí mismo. No sería eficaz, por ejemplo, el contrato prometido que tenga un objeto o una causa ilícita, porque estos son requisitos intrínsecos de todo acto o contrato. En cambio será válida la promesa a la que le faltan elementos formales del contrato de compraventa, porque tales elementos formales, tales como los que señalan los Art. 67 y 107 de la Ley de Reforma Agraria, pueden ser llenados hasta antes de la suscripción del contrato de compraventa. La compraventa de bienes raíces está expresamente permitida por la ley, de manera que no puede ser calificada de ineficaz.

3.- El plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación, y puede ser expreso o tácito (Art. 1537 del Código Civil). La condición es un acontecimiento futuro que puede suceder o no. La condición es positiva o negativa. La positiva consiste en que acontezca una cosa; la negativa en que una cosa no acontezca. La condición se llama suspensiva si, mientras no se cumple, suspende la adquisición de un derecho, y resolutoria cuando por su cumplimiento se extingue un derecho (Art. 1516, 1517 y 1522 del Código Civil).- Este requisito se ha establecido para que los contratantes sepan a ciencia cierta cuando deberán cumplir el contrato prometido; de esta manera las partes no quedan ligadas contractualmente en forma indefinida; requisito que determina el carácter transitorio de todo contrato de promesa, transitoriedad que depende de un plazo o condición. Por esta razón, una promesa en que falta un plazo o condición que fije la época de la celebración del contrato prometido está viciado de nulidad absoluta. En el contrato de promesa de compraventa celebrado entre los cónyuges Segundo Manuel Ambuludi Vásquez y Rosa Emilia Japón Macas, por una parte, y, Angel Cristóbal Vásquez Ambuludi, por otra, no existe omisión del requisito señalado en la regla tercera del Art. 1597 del Código Civil, porque en la cláusula tercera se establece de manera clara y expresa la condición de que se celebrará el

contrato de compraventa tan pronto el IERAC confiera la autorización respectiva, condición que tiene las características de positiva y suspensiva.

TERCERO.- En nuestro ordenamiento legal, la nulidad de escritura pública es distinta de la nulidad del contrato que la contiene, una escritura pública es nula cuando falta los requisitos taxativos señalados en el Capítulo IV de la Ley Notarial, mientras que un contrato es nulo cuando faltan los requisitos señalados en los Arts. 1724 y 1725 del Código Civil, y al tratarse del contrato de promesa, además, los requisitos especiales señalados en el Art. 1597.- El recurrente al atacar la sentencia porque en esta no se ha considerado su acción principal de nulidad de la escritura pública que contiene el contrato de promesa, confunde nulidad de escritura pública con nulidad de contrato, cuando no cita los artículos pertinentes de la Ley Notarial, sino indebidamente las normas de derecho sustantivo previstas en los artículos 1724, 1725 y 1579 del Código Civil y las normas de derecho formal previstas en los Arts. 67 y 107 de la Ley de Reforma Agraria.

CUARTO.- Finalmente, no habiendo nulidad alguna ni de la escritura pública ni del contrato de promesa de compraventa no tiene fundamento la alegación del recurrente de que en la sentencia se han violado los Arts. 9 y 10 del Código Civil, y 134 de la Ley de Reforma Agraria (actualmente derogada). Por las consideraciones expuestas, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, rechaza el recurso de casación interpuesto por Segundo Manuel Ambuludi Vásquez y Rosa Emilia Japón Macas. Por aparecer de manifiesto que se ha interpuesto el recurso sin base legal se impone a los recurrentes, con arreglo al Art. 18 de la Ley de Casación, la multa equivalente a dos salarios mínimos vitales del trabajador general. Sin costas. Notifíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Santiago Andrade Ubidia, Galo Galarza Paz y Tito Cabezas Castillo, Ministros Jueces.

3.- NULIDAD DE ESCRITURA Y NULIDAD DE CONTRATO

Serie 16

Gaceta Judicial 7 de 11-dic.-1996

Estado: Vigente

NULIDAD DE ESCRITURA Y NULIDAD DE CONTRATO

La Sala estima que al no existir identidad objetiva entre el primero y segundo juicio propuesto y tramitados entre los mismos litigantes, ésto es entre los juicios de nulidad de escritura pública y nulidad de contrato, no puede hablarse de cosa juzgada, puesto que la sentencia del inferior no ha violado norma legal alguna. SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL. Gaceta Judicial. Año XCVI. Serie XVI. Nro. 7. Pág. 1784. (Quito, 11 de diciembre de 1996)

VISTOS: Juan Manuel Rea Caspi, por sus propios derechos y en calidad de procurador común de los demandados Nelson Benigno, Olga María, Flor Morayma, Marcia Piedad, César Ernesto, Angel Oswaldo y María Rosa Rea Gavilánez y de Manuel Tandapilco, interpone recurso de casación respecto de la sentencia dictada por la Corte Superior de Justicia de Guaranda, que acepta la demanda ordinaria de nulidad de contrato de compraventa, propuesta por María Rosario Chela Corregidor contra los mencionados recurrentes dentro del juicio No. 212, tramitado en el Juzgado Tercero de lo Civil de Bolívar. Concedido que ha sido el recurso y una vez que se ha radicado la competencia en esta Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, por el sorteo de ley, para resolver se considera: PRIMERO: A la causa se le ha dado el trámite previsto en el Art. 11 de la Ley de Casación. SEGUNDO: Los demandados fundan su recurso en la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación, por cuanto consideran que la sentencia dictada por el Tribunal de Alzada, ha "infringido" los Arts. 299, 300 numeral 2 y 301 del Código de Procedimiento Civil, así como el Art. 1767 del Código Civil. Corresponde por tanto a esta Sala determinar si ha existido violación de dichos preceptos legales. TERCERO: Las normas citadas del Código Adjetivo Civil, se refieren a la cosa juzgada, que los demandados alegan

existe en este caso por cuanto con anterioridad a esta acción, María Rosario Chela Corregidor ha presentado una demanda ordinaria en la que pedía se declare la nulidad de las mismas escrituras públicas que contienen los contratos de venta cuya nulidad se demanda en este proceso, demanda que se dirigió contra las mismas personas que se demandan en este juicio, que esa demanda fue rechazada en primera instancia habiendo apelado ante la Corte Superior del Distrito, donde la actora desistió del recurso de apelación, habiendo en consecuencia quedado ejecutoriada la sentencia del juez a quo que rechazó la acción. Al respecto esta Sala observa: a) A fojas 50-52 y 150-155 del cuaderno de primera instancia, constan copias certificadas de la demanda y sentencia, respectivamente, del juicio ordinario que por nulidad de títulos escriturarios siguió la actora contra los demandados de la presente causa, en la que ésta ha interpuesto recurso de apelación de la sentencia de primer nivel que rechazó la acción, habiendo luego desistido del mismo. b) Si bien existe identidad subjetiva entre las dos causas, pues los litigantes son los mismos, no existe IDENTIDAD OBJETIVA en los términos del Art. 301 del Código de Procedimiento Civil, pues no se demanda la misma cosa, cantidad o hecho en ambos juicios; así, en el primero se pidió se declare la NULIDAD DE LAS ESCRITURAS PUBLICAS que contienen los contratos de compraventa, mientras que en este proceso la actora pide se declare la NULIDAD DE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA contenidos en dichas escrituras públicas, demandas diversas pues una cosa es la escritura pública y otra el contrato, como son diversos los motivos o causas legales para que se declare la nulidad de uno y otro. Así el Art. 1481 del Código Civil, establece que "contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa"; mientras que el Art. 26 de la Ley Notarial establece que "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 o contratos y negocios jurídicos ordenados por la ley o acordados por voluntad de los interesados". La nulidad y rescisión de los actos y contratos se contemplan en el Título XX del Libro Cuarto del Código Civil, mientras que la nulidad de los instrumentos públicos tienen que ver con las solemnidades prescritas por la ley (artículo 174 del Código de

Procedimiento Civil), siendo normas específicas de nulidad de las escrituras públicas las establecidas en el capítulo IV de la Ley Notarial. CUARTO: Al no existir identidad objetiva entre el primer pleito propuesto por María Rosario Chela Corregidor, y la presente causa, no puede hablarse de la existencia de cosa juzgada por lo que la sentencia pronunciada por la Corte Superior de Justicia de Guaranda no ha violado las normas relativas a esta institución jurídica. QUINTO: Finalmente, la alegación de que se ha violado el inciso segundo del Art. 1767 del Código Civil, que establece que la venta de bienes raíces no se reputa perfecta ante la ley, mientras no se ha otorgado escritura pública, carece también de asidero, pues la escritura pública es una solemnidad FORMAL de esta clase de contratos, que de ninguna manera puede convalidar los vicios que afecten al contrato mismo, como en la especie lo es la falta de consentimiento de la mujer casada, asentimiento que es exigido por el inciso segundo del Art. 1727 del Código Sustantivo Civil para la validez de los contratos de venta de bienes raíces adquiridos a título oneroso durante la sociedad conyugal, cuya omisión produce la nulidad relativa del contrato, aun cuando se haya otorgado por escritura pública. Por las consideraciones expuestas, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, rechaza el recurso de casación interpuesto por los demandados, toda vez que la sentencia dictada por el Tribunal de Alzada se encuentra ajustada a derecho. Con costas a cargo de los recurrentes, regulándose en cien mil sucres los honorarios del Abogado defensor de la actora por su actuación ante la Sala. Notifíquese y devuélvase.

4.- NULIDAD ESCRITURA

Expediente de Casación 44

Registro Oficial Suplemento 373 de 03-jul.-2008

Estado: Vigente

NULIDAD ESCRITURA. Expediente 44, Registro Oficial Suplemento 373, 3 de Julio del 2008. No. 44-2007

Dentro del juicio ordinario Nro. 155-05 (recurso de casación), que por nulidad de acto escriturario ha propuesto Alberto Sper Saúd, en contra de Gary Marini, Iván López Saúd y Hugo Burbano Jácome, en calidad de Juez Segundo de lo Civil de Esmeraldas de ha dictado lo siguiente:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

PRIMERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

Quito 23 de enero del 2007; las 16h10.

VISTOS: Alberto Sper Saúd deduce recurso de casación contra la sentencia dictada por la Sala Unica de la Corte Superior de Justicia de Esmeraldas, dentro del juicio ordinario que, por nulidad de acto escriturario, sigue recurrente contra Gary Marini Quiñónez, Iván López Saúd y Hugo Burbano Jácome, en su calidad de Juez Segundo de lo Civil de Esmeraldas. Dicho recurso es concedido, por lo que el proceso pasa a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia; habiéndose radicado la competencia en esta Sala por el sorteo legal y una vez que ha concluido la etapa de sustanciación de este proceso de casación, para resolver se considera:

PRIMERO: El ámbito de competencia dentro del cual puede actuar este Tribunal de Casación está dado por la propia recurrente en la determinación concreta, completa y exacta de las normas que estiman transgredidas y de las causales en que se halla incurso el fallo impugnado; por lo tanto, debe limitarse a analizar las normas indicadas como infringidas: artículos 1595 [1568 en la codificación actual], 1597 [1570], 1725 [1698], 1759 [1732], 1764 [1737], 1767 [1740], 1772 [1745], 1778 [1751], 1840 [1813] y 1877 [1850] del Código Civil; 109 [105], 277 [273], 280 [276], 423 [413], 425 [415] y 450 [440] del Código de Procedimiento Civil; 18, 23 numerales 20, 23, 26 y 27; 20, 24 numeral 13; 31, 32 y 272 de la Constitución Política de la República; artículo 20 de la Ley Notarial, así como las causales primera y cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación en las cuales ha fundamentado su impugnación.-

SEGUNDO: Como lo ha dicho esta Sala en múltiples resoluciones, la acusación de que se han vulnerado disposiciones constitucionales reviste especial gravedad, pues la Carta Política se halla en la cúspide del ordenamiento jurídico, y su desconocimiento implicaría que las actuaciones que la contravienen carecen de valor; ahora bien, es preciso señalar que no con poca frecuencia los recurrentes acostumbran invocar violaciones a las normas constitucionales sin determinar con claridad cómo es que se ha cometido tal vicio, por lo que es necesario reiterar que no se puede, sin más, citarlas como fundamento de la insatisfacción que provoca una resolución judicial: si a todo juzgador se le exige, en su calidad de funcionario público, sujetar sus decisiones al texto constitucional, también es preciso requerir a los justiciables que respeten esas normas. En la especie, el recurrente acusa al tribunal de última instancia haber inaplicado el artículo 18 de la Constitución, porque la sentencia restringe abiertamente sus derechos y garantías constitucionales al imponer un "despojo judicial" de sus derechos hereditarios; así como el artículo 20, sobre la responsabilidad civil del Estado, sus delegatorios y concesionarios por la inadecuada prestación de servicios públicos; el artículo 23 número 20, relativo al derecho de toda persona a gozar de una calidad de vida que le asegure salud, alimentación y nutrición entre otros derechos; número 23, que consagra el derecho a la propiedad; los numerales 26 y 27 del mismo artículo, que se refieren al derecho a la seguridad jurídica y al debido proceso; el artículo 24 número 13, sobre la obligación de toda autoridad de motivar sus resoluciones; el artículo 272, pues se ha desconocido en la sentencia el principio de supremacía de la norma constitucional por sobre cualquier otra disposición del ordenamiento jurídico: concluye el recurrente que al haber vulnerado las garantías constitucionales del derecho a la propiedad, a la seguridad jurídica y al debido proceso, "[...] al contener la orden de entregar por reconvención bienes hereditarios de la familia Sper Saúd, los mismos que no son materia sobre la que se trabó la litis, ni objeto de reclamación, contradice el mandato de la supremacía constitucional..." Al respecto se anota: 1) El artículo 18 de la Constitución se refiere al deber de toda autoridad pública de no imponer condiciones restrictivas a la interpretación constitucional; así, en cuando exista una duda acerca de cómo aplicar una norma constitucional, se estará al sentido que más favorezca su efectiva

aplicación. Por supuesto, ello no quiere decir que cuando un tribunal no falle a favor de las pretensiones del demandante, le está conculcando un derecho constitucional, y mucho menos, que se haya atentado contra este principio de interpretación; habrá que demostrarse en todo caso cómo es que se ha interpretado restrictivamente un derecho constitucional determinado. En relación con esta norma, se ha acusado la inaplicación del artículo 23, numerales 23, 26 y 27. El primero de estos numerales garantiza el derecho a la propiedad "en los términos que señala la ley", en concordancia con los tratados internacionales sobre la materia de los cuales el Ecuador es suscriptor; pero debe observarse que este no es un derecho absoluto ni mucho menos, porque se sujeta al interés social y a las disposiciones del ordenamiento jurídico; que el tribunal haya fallado a favor de la parte demandada no significa que haya conculcado al recurrente este derecho de ninguna manera ni haya ejercido un "despojo judicial" de sus derechos sobre el bien materia de la controversia, argumento que resulta por demás absurdo. Respecto a los numerales 26 y 27 se observa: a) En la impugnación formulada, no se ha indicado concretamente cómo es que se ha vulnerado el derecho del recurrente a la seguridad jurídica. Este concepto se refiere principalmente a la factibilidad de anticipar cuál será el comportamiento de las autoridades públicas en relación con el ordenamiento jurídico y la aplicación que de sus normas realicen, la que, atendiendo al principio, debería ser de completa certidumbre; lo mismo cabe decir para la expedición de una norma: ella deberá ajustarse a las disposiciones de la Carta Política, en cumplimiento del principio de supremacía constitucional, el cual finalmente otorga coherencia al ordenamiento jurídico de un Estado. Si en el ejercicio de las facultades otorgadas por ese ordenamiento las autoridades cambian de parecer arbitrariamente, sea porque no aplican las mismas reglas para todos los casos, o porque sus resoluciones no guardan coherencia con la Constitución, no habrá seguridad jurídica ni Estado de derecho; por ello, es deber del justiciable que invoque la violación a este derecho fundamental determinar al mismo tiempo con toda claridad cómo es que se han cometido las violaciones antes anotadas, lo que no sucede en la especie. b) El numeral 27 del artículo 23 garantiza el derecho al debido proceso; esta disposición encuentra un amplio desarrollo en el artículo 24, por lo que es preciso establecer cuál de las garantías que integran tal disposición ha sido violada.

No puede constituir fundamento del recurso de casación una acusación tan general; este recurso extraordinario, por sus características de control de la legalidad, exige de los recurrentes la máxima individualización y precisión de los cargos que formulan, de manera tal que el tribunal de casación pueda efectivamente realizar su labor controladora de la recta interpretación de la norma jurídica. 2) Las mismas consideraciones son aplicables a la acusada falta de aplicación del artículo 272 de la Constitución; debía indicarse con toda precisión cómo es que el tribunal de último nivel inaplicó el principio de supremacía constitucional, pues la sola insatisfacción con el pronunciamiento judicial no puede servir de fundamento a una alegación de tal trascendencia: tal como se precisó al inicio de este considerando, es deber de los recurrentes precisar cómo es que se aplicaron disposiciones contrarias a la Carta Política. 3) No se determina cómo es que el tribunal ha vulnerado el artículo 20 de la Constitución, que reconoce el deber del Estado, sus concesionarios y delegatarios de indemnizar a los particulares por la prestación deficiente de un servicio público. 4) Finalmente, se acusa de manera muy genérica que la sentencia carece de motivación, porque en ella no se indican normas ni preceptos jurídicos en los que se basó para concretar lo que el recurrente llama "despojo judicial", pero tampoco se señala cómo es que la decisión de último nivel incurre en este vicio. Se desecha, por todas estas razones, los cargos de que se han violado las disposiciones constitucionales citadas.-

TERCERO: Con fundamento en la causal. cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación, aunque no la cita en forma explícita, el recurrente insistentemente a lo largo de su impugnación sostiene que el tribunal de última instancia concedió lo que no fue materia de la controversia (vicio de extra petita) y que inaplicó los artículos 277 [273] y 280 [276] del Código de Procedimiento Civil en relación con el artículo 109 [105] del mismo Código, porque no debió aceptar la "improcedente" reconvencción propuesta por el demandado, la que, según dice, debía tramitarse en un proceso separado. Alega que con ello se vulneró flagrantemente la garantía constitucional del derecho a la propiedad, a la seguridad jurídica y al debido proceso, "[...] pues al contener la orden de entregar por reconvencción bienes hereditarios de la familia Sper Saúd, los mismos que no son materia sobre la que se trabó la litis, ni objeto de reclamación, contradice el mandato de la supremacía constitucional. " En la

especie, consta a foja 39 el escrito presentado por Iván López Saúd, quien al contestar a la demanda reconviene además al actor "a que me devuelva el solar y casa materia de la compraventa cuya nulidad de la escritura que la contiene solicita; con el pago justo por todo el tiempo que ha venido ocupando dicho predio luego que se ha perfeccionado la transferencia de dominio de dicho bien inmueble, lo cual se liquidará conforme las evidencias que introduciré en el momento del término de prueba, valor que no será inferior a cinco mil dólares americanos." Tanto el juez de primer nivel (sentencia a fojas 230-230 vta.) como el tribunal de última instancia (resolución a fojas 19-21 del cuaderno de segundo nivel) han declarado con lugar la reconvencción por las consideraciones constantes en cada uno de los fallos revisados, y por lo tanto, no ha rebasado los límites de la controversia; al parecer, el recurrente olvida que también la reconvencción es materia del *thema dedidendum* (el contenido de la litis), y que mediante ella no se hace más que presentar una contrademanda, y que el Código de Procedimiento Civil ha previsto tal posibilidad en el juicio ordinario, por una evidente cuestión de economía procesal, para que las reclamaciones que están directamente relacionadas con la pretensión puedan ejercerse a través de este medio. Se cita, con evidente sesgo, la disposición del artículo 105 (109 a la interposición del recurso) del mismo Código, para sustentar la alegación de que el demandado Iván López no podía reconvenir al actor con la entrega del inmueble; pero este argumento cae por las razones antes señaladas: el artículo 106 del Código de Procedimiento Civil dice expresamente que tanto las excepciones como la reconvencción se discutirán al propio tiempo y en la misma forma que la demanda, y serán resueltos en la sentencia. Y ello viene de la naturaleza jurídica de la reconvencción: al ser un "ataque" y no un medio de defensa como lo es la excepción, por ella se busca, como bien precisa el profesor ecuatoriano Armando Cruz Bahamonde, una declaración de certeza para las pretensiones en ella contenidas, "aprovechándose del ámbito procesal señalado por el actor. Para este efecto, la reconvencción sólo puede proponerse junto con la contestación a la demanda, so pena de tener que actuar el derecho que en ella se ejerce, por separado, como podemos verlo en el Art. 109 [105]..." (Estudio crítico del Código de Procedimiento Civil, volumen II, Guayaquil, Editorial Edino, segunda edición, p. 139). Este es el sentido

de la norma y no el que equivocadamente sostiene el recurrente. Se rechaza, por lo tanto, el cargo de que la sentencia ha infringido los artículos 109 [105] y 277 [273] del Código de Procedimiento Civil.-

CUARTO: Con sustento en la causal primera, se acusan varios cargos. Para analizarlos, es preciso relatar los fundamentos de hecho citados por el hoy recurrente en su demanda (fojas 16-18 del cuaderno de primer nivel) así como en su recurso de casación: Gary Marini Quiñónez (en su calidad de apoderado de Iván López Saúd), suscribió conjuntamente con el Juez Segundo de lo Civil de Esmeraldas (hoy codemandado), la escritura definitiva de compraventa de los derechos y acciones sobre un inmueble perteneciente al actor. Dicha celebración tuvo como antecedente la orden judicial dictada por la Corte Superior de Justicia de Esmeraldas que, vista la ejecutividad de la promesa de compraventa suscrita entre Alberto Sper Saúd e Iván López Saúd, resolvió en apelación ordenar, con fundamento en el artículo 450 (hoy 440) del Código de Procedimiento Civil, que el señor Juez Segundo de lo Civil de Esmeraldas ocupe el lugar del promitente vendedor Sper Saúd y suscriba con el promitente comprador López Saúd el contrato de compraventa prometido. En la demanda, se pide la declaratoria de nulidad (no se indica si relativa o absoluta) de este "acto escriturario", para lo cual se invocan las disposiciones sustantivas que hoy se reclama han sido inaplicadas. Como fundamentos del recurso, se alega: 1) Inaplicación del artículo 1595 [1568] del Código Civil, porque al haber incurrido tanto promitente vendedor como promitente comprador en mora, no era procedente que éste demande a aquél el cumplimiento de la promesa de compraventa suscrita; 2) Falta de aplicación del artículo 1764 [1737], pues ni el abogado Gary Marini López, quien según afirmación del recurrente ha venido actuando como defensor de Iván López Saúd, ni el señor Juez Segundo de lo Civil de Esmeraldas, podían suscribir la escritura definitiva materia de la controversia, por así prohibirlo expresamente la disposición citada: "Gary Marini Quiñónez jamás debió firmar dicha escritura de compraventa como comprador, ni el Juez Segundo de lo Civil de Esmeraldas, Dr. Hugo Burbano, debió firmar dicha escritura como vendedor, sin ser legítimo propietario..." 3) Inaplicación del artículo 1759 [1732], norma que define lo que es la compraventa, pues en el caso sub lite existe falsedad ideológica en la escritura

impugnada, al haberse "pactado" en ella el precio de cuatrocientos dólares, cuando en la promesa de compraventa antes mencionada dicho precio se fijó en once millones de sucres, "de los cuales Iván López Saúd abonó al promitente vendedor Alberto Sper Saúd, cinco millones de sucres olvidándose para siempre del saldo." 4) Falta de aplicación del artículo 1767 [1740] inciso segundo, que señala los requisitos para que la venta de bienes raíces de una sucesión hereditaria se repute válida, los cuales en la presente causa nunca concurrieron, porque en la escritura impugnada no consta el auto de adjudicación protocolizado e inscrito que determine que Alberto Sper Saúd es el titular del dominio de los derechos y acciones que prometió dar en venta a Iván López Saúd. 5) Falta de aplicación del artículo 1877 [1850], porque "En la Ley no consta la institución de compraventa de derechos y acciones hereditarios, no así la cesión de derecho de herencia a título oneroso, es decir, por precio." 6) Inaplicación del artículo 423 [413] del Código de Procedimiento Civil, norma que define a los títulos ejecutivos: el recurrente alega que la promesa de compraventa es una "aspiración", y si contiene la obligación de dar, "entregar" un bien raíz, "[...] no crea ninguna obligación mientras no se halle inscrita legalmente en el registro de la propiedad... no es título ejecutivo por contener una expectativa, por lo tanto la sentencia impugnada infringe esta norma." 7) Inaplicación del artículo 20 de la Ley Notarial, porque en la escritura suscrita por los codemandados Juez Segundo de lo Civil de Esmeraldas y Gary Marini Quiñónez, no constan los requisitos exigidos por la Ley Notarial. Se analizarán a continuación cada uno de estos cargos.-

QUINTO: En la especie, se trata de una demanda de nulidad de la escritura de compraventa suscrita que, tal como se ha señalado, tuvo como origen la orden judicial de última instancia que mandó aplicar el artículo 450, hoy 440, del Código de Procedimiento Civil. Dicha norma establece en su inciso segundo: "Si el hecho consistiere en el otorgamiento y suscripción de un instrumento, lo hará el juez en representación del que deba realizarlo. Se dejará constancia en acta, suscrita por el juez, el beneficiario y el secretario, en el respectivo juicio." Aun cuando se trate de un negocio jurídico en el que la voluntad del vencido se ve suplida por la del juez, al igual que en cualquier escritura pública, se han de observar los requisitos legales

necesarios para su validez. En la Ley Notarial, ellos están establecidos en los artículos 20 y 27 a 33: en el artículo 20 encontramos dos requisitos de fondo, relativos a la prohibición de autorizar escrituras de personas incapaces sin los requisitos legales o negocios en los que tengan 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, y cuando se prohíbe a los notarios autorizar, a sabiendas, escrituras simuladas; en el artículo 27 se señala la obligación del notario de constatar los requisitos generales de capacidad, libertad y conocimiento de los otorgantes, así como el pago de los correspondientes impuestos que genera el negocio jurídico; en el artículo 29 se determinan los requisitos de forma de la escritura. En caso de incumplimiento de estos y otros requisitos, según el negocio jurídico de que se trate, el acto escriturario será pasible de una declaratoria de nulidad. En esta causa, entonces, era preciso demostrar cómo es que se incumplieron con estos requisitos y los relativos a la compraventa, que fueron incumplidos por los otorgantes; en la especie, si se contravino o no el mandato judicial de celebrar la escritura pública impugnada, con fundamento en el actual artículo 440 del Código de Procedimiento Civil ante la negativa del hoy recurrente a suscribirla, lo cual sin embargo ni siquiera se menciona. Ya en reiterada jurisprudencia, la Corte Suprema de Justicia ha determinado que unas son las causas para demandar la nulidad de un contrato y otras las que sustentan la declaratoria de nulidad del acto escriturario que lo contiene: en su recurso, el casacionista argumenta que el negocio jurídico prometido no podía celebrarse porque las partes que suscribieron la promesa de compraventa incurrieron en mora; que esta promesa tenía que ser inscrita para constituir título ejecutivo; que el precio establecido en la compraventa celebrada por el ministerio de la ley en aplicación del artículo 440, hoy 450 del Código de Procedimiento Civil hubo una simulación de precio y por ende una falsedad ideológica; que no podía procederse a la celebración del contrato de compraventa definitivo porque no constaba de él el acto de adjudicación de los derechos y acciones que fueron prometidos en venta; requisitos todos que hacen relación al negocio jurídico compraventa y no a la escritura -instrumento público otorgado y autorizado por los funcionarios competentes con las solemnidades requeridas por la ley que lo contiene. El recurrente

ha planteado como pretensión la nulidad de un instrumento público, pero cita como fundamento de dicha nulidad vicios que afectarían al acto que en aquel se contiene. Las diferencias entre una y otra cuestión son absolutamente claras, y para ello hay que partir de la distinción entre la escritura pública y el negocio jurídico instrumentalizado mediante ella. Este último "es la manifestación de voluntad directa y reflexivamente encaminada a producir efectos jurídicos" como lo manifiestan Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta (Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos, Bogotá, Temis, cuarta edición, 1994, p. 17); para que sea eficaz ha de reunir todos los requisitos esenciales previstos de manera general para todo acto jurídico (capacidad, consentimiento libre y sin vicios de la voluntad, objeto y causa lícitos) y los demás que la ley exige en forma específica para cada negocio según sea el caso, y cuya falta provoca, como lo prescribe el artículo 1697 del Código Civil, su nulidad absoluta o relativa. En cambio, la escritura pública es el instrumento público o auténtico revestido de las solemnidades legales, otorgadas ante notario e incorporadas en un protocolo o registro público (artículo 164 del Código de Procedimiento Civil), y las reglas para su validez se encuentran recogidas en el Código de Procedimiento Civil y en la Ley Notarial. Por ello, como dijera esta Sala en Resolución Nro. 472 de 3 de septiembre de 1999, publicada en el Registro Oficial 332 de 3 de diciembre del mismo año, "[...] para argumentar la nulidad o falsedad de éste o de cualquier instrumento público se debe atender a las causales de la ley; el contenido y el continente se someten a reglas de validez independientes las unas de las otras, por ello pretender invocar como nulidad de una escritura la causal de nulidad del acto que ella contiene es improcedente." La sentencia de última instancia determina, aunque con deficiente motivación, que no existen vicios que afecten al acto escriturario impugnado con sustento en la Ley Notarial y el Código de Procedimiento Civil. Así finalmente lo reconoce también el propio recurrente, cuando en el cargo identificado con el número 7 del considerando que antecede, establece que la escritura pública impugnada no cumple con ninguno de los requisitos señalados en la Ley Notarial, aunque no determina concretamente cuál de ellos es el que ha sido incumplido, refiriéndose en toda su fundamentación -como también a lo largo del proceso- a requisitos que atañen al negocio jurídico contenido en dicha

escritura. Como no se ha indicado concretamente cuál de los requisitos previstos por el artículo 20 de la Ley Notarial para la validez de una escritura pública ha sido inaplicado, el cargo de que se ha infringido esta disposición carece de sustento.-

SEXTO: Se argumenta que la promesa de compraventa en cuestión, para constituirse en título ejecutivo, debía ser inscrita en el registro de la propiedad. En ninguna norma sustantiva o adjetiva consta tal exigencia; la fuerza ejecutiva de un documento está dada en cuanto reúne los requisitos señalados por el artículo 415 del Código de Procedimiento Civil ("Para que las obligaciones fundadas en algunos de los títulos expresados en los artículos anteriores, sean exigibles en juicio ejecutivo, deben ser claras, determinadas, líquidas, puras y de plazo vencido cuando lo haya..."). Tampoco cabe decir que la promesa únicamente genera "expectativas", y que de ella no se deriva ninguna obligación: precisamente, lo que motivó que Iván López Saúd a su tiempo propusiera el juicio de cumplimiento de este contrato contra el hoy actor, es que en esa promesa se pactó la celebración de un contrato de compraventa: la razón de ser del contrato preparatorio radica en que en ese momento, las partes no pueden o no quieren suscribir el contrato prometido, y para ello, adquieren el obligación de hacerlo conforme el plazo y forma prescritos en la promesa. Señala el recurrente que no se podía suscribir el contrato prometido porque él también incurrió en mora. Pero olvida que para invocar a su favor el precepto del artículo 1568, antes 1595 del Código Civil (más conocido como "la mora purga a la mora"), él había de demostrar que cumplió o estuvo dispuesto a cumplir en el tiempo y forma debidos. No se ha dejado de aplicar, por lo tanto, este artículo, ni el 423 [413], del Código de Procedimiento Civil.

SEPTIMO: La promesa, como contrato preparatorio, genera obligaciones de hacer y no de dar, como argumenta el recurrente; es por ello que si el deudor se resiste a cumplir, el acreedor puede escoger entre pedir que se le autorice a su ejecución por un tercero, a costa del deudor, o bien que éste le indemnice por el incumplimiento. Así lo ha señalado en forma reiterada la jurisprudencia: el juez puede ocupar el lugar del deudor renuente, y otorga de esta manera eficacia al contrato, suscribiendo el instrumento respectivo (véase, al respecto, lo que indica Juan Larrea Holguín en su

Derecho Civil del Ecuador, tomo XII, Contratos, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, cuarta edición, s/a, pp. 34-35). Por consiguiente, no tiene ningún sentido argumentar que en la causa se inaplicó el artículo 1764 [1737] del Código Civil, porque el apoderado del demandado López Saúd no podía suscribir la escritura impugnada, "sin ser legítimo propietario". Ello equivaldría a negar la institución del mandato, reconocida expresamente por nuestro ordenamiento jurídico.-

OCTAVO: Hay que recordar que la promesa de compraventa no nace la obligación de pagar el precio ni de entregar la cosa, como erróneamente sostiene el casacionista, por lo cual deviene en improcedente la alegación de que se ha inaplicado el artículo 1759 [1732] del Código Civil.

NOVENO: Resulta también absurdo que el recurrente alegue que no podía celebrarse la escritura prometida porque no se había consolidado su dominio sobre la cosa, al no constar que se haya otorgado el correspondiente "auto de adjudicación" de los derechos y acciones que correspondían al casacionista en la sucesión de su madre. En nuestro ordenamiento jurídico, la venta de cosa ajena es permitida, naturalmente con las consecuencias que realizar una negociación en estas condiciones conlleva para quien así procede. No es causal de nulidad, como en múltiples sentencias ha dicho la Corte Suprema de Justicia; otorga acciones al perjudicado mas no a quien vende la cosa ajena, a sabiendas; recuérdese que nadie puede invocar a su favor su propia torpeza o negligencia (*nemo auditur propiam turpitudinem allegans*), por lo que tampoco cabía acusar a la sentencia de haber inaplicado los artículos 1767 [1740] inciso segundo y 1877 [1850] del Código Civil. Nuevamente, pues, se está haciendo relación al negocio jurídico contenido en el acto escriturario y no propiamente a éste. En definitiva, bien hizo el tribunal de última instancia en rechazar la demanda porque no se probó conforme a derecho que el acto escriturario impugnado carezca de los requisitos necesarios para su validez conforme a la Ley Notarial y al Código de Procedimiento Civil.

DECIMO: Finalmente, no se precisa cómo es que se infringieron los artículos 1597 [1570], 1725 [1698], 1772 [1745], 1778 [1751] y 1840 [1813] del Código Civil y 425

[415] del Código de Procedimiento Civil. Por las consideraciones que anteceden, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, NO CASA LA SENTENCIA, dictada por la Corte Superior de Esmeraldas. En cumplimiento de lo que dispone el artículo 12 de la Ley de Casación, entréguese en su totalidad la caución constituida por el recurrente a la parte demandada perjudicada por la demora en la ejecución de la sentencia. Con costas a cargo del recurrente, en 100 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica se regulan los honorarios del abogado defensor de Iván López Saúd por su actuación en este proceso de casación.- Notifíquese, publíquese y devuélvase.

Fdo.) Dr. Mauro Terán Cevallos, Dr. Héctor Cabrera Suárez, Dr. Viterbo Zevallos Alcívar, Magistrados.-Certifico.- Dra. Isabel Garrido Cisneros, Secretaria Relatora.

RAZON: Es fiel copia de su original. Certifico.

Quito, a 23 de enero del 2007.

f.) Dra. Isabel Garrido Cisneros, Secretaria Relatora de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia.

5.- POR CUMPLIMIENTO DE PROMESA DE COMPRAVENTA

Expediente de Casación 43 Registro Oficial Edición Jurídica 41 de 06-may.-2016
Estado: Vigente

POR CUMPLIMIENTO DE PROMESA DE COMPRAVENTA. Expediente 43, Registro Oficial Suplemento 41, 6 de Mayo del 2016.

RESOLUCION No. 43-2013-T

Dentro del juicio ordinario No. 388-20] 1 que por cumplimiento de promesa de compraventa, siguen GLEY BETTY ERAZO SAMANIEGO, en contra de MAGDALENA MARIA VALENCIA TORRES, se ha dictado lo siguiente:

Razón: Siento como tal el presente juicio fue estudiado en relación por los doctores: María Rosa Merchán Larrea, Paúl Iñiguez Ríos y Paulina Aguirre Suárez, Jueces Nacionales de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia.- Certifico,- Quito, a 24 de enero de 2013.- ff) Dra. Krasmaia Revelo Bravo, Secretaria Relatora Encargada.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL
JUEZA PONENTE: DRA. MARIA ROSA MERCHAN LARREA Quito, 24 de enero de 2013, las 09h00

VISTOS:(388-2011)

ANTECEDENTES

En el juicio ordinario que por nulidad de contrato de promesa de compraventa sigue Gley Betty Erazo -Samaniego en contra de María Magdalena Valencia Torres, la demandada interpone Recurso de Casación impugnando la sentencia dictada el 30 de noviembre del 2010, las 11h50 por la Sala Especializada de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo, que confirma el fallo de primer nivel que declara con lugar la demanda.

La recurrente determina como infringidas las normas de derecho contenidas en los artículos 1704 incisos primero y segundo y 1706 del Código Civil; 349, 346.3.4 y 273 del Código de Procedimiento Civil. Fundamenta el recurso en las causales 2 y 4 del artículo 3 de la Ley de Casación.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Con fundamento en la causal 2 del artículo 3 de la Ley de Casación, la recurrente acusa a la sentencia de falta de aplicación del artículo 349 del Código de Procedimiento Civil, alegando que no se demandó al promitente vendedor señor Alonso Nery Arguello Ruiz, que fue quién suscribió el contrato privado de promesa de compra venta, razón por la cual los jueces falladores debían haber declarado la nulidad por omisión de las solemnidades establecidas en los numerales 3 y 4 del Art.

346 *ibídem*, que hacen relación a las nulidades sustanciales comunes a todos los juicios, "habiendo dicha omisión ser insubsanable y haber influido en la causa."(Sic). Con amparo en la causal 4 del artículo 3 de la Ley de Casación, la recurrente alega que se ha producido una incongruencia resultante del cotejo o confrontación en la parte resolutive del fallo con las pretensiones del actor y las excepciones deducidas por la recurrente. Además expresa que se ha violentado por parte del Tribunal fallador el principio de congruencia, ya que ha otorgado algo distinto a lo pedido y que para llegar a dicho error interpreta erróneamente el inciso primero del artículo 1704 del Código Civil, que establece que al declararse la nulidad da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían sí no hubiese existido el acto o contrato nulo, esto es, que las cosas vuelvan a su estado anterior, razón por la cual se ha dejado de aplicar lo dispuesto en el 1706 *ibídem*, que establece que la nulidad judicialmente declarada da lugar a la acción reivindicatoria contra terceros poseedores; que la recurrente al ser poseedora de buena fe, lo legal sería que la actora inicie acción reivindicatoria en su contra, siempre y cuando demuestre ser legítima propietaria.

Acusa además al fallo recurrido del vicio del mínima petita, por no haberse resuelto en las prestaciones mutuas el reclamo sobre el pago de las mejoras realizadas al inmueble, previstas en el inciso segundo del artículo i 704 del Código Civil, mejoras que se dicen realizadas como poseedora de buena fe, luego de haber entregado al cónyuge de la demandante la suma de cincuenta y dos mil dólares, mejoras que sostiene se avaluaron en dieciocho mil dólares, por parte del perito que interviene en la causa.

Fijados así los términos objeto del recurso, queda delimitado el ámbito de análisis y decisión de este Tribunal de Casación, en virtud del principio dispositivo consagrado en el Art. 168.6 de la Constitución del Ecuador, normado por el Art. 19 del Código Orgánico de la Función Judicial.

1. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1.1 JURISDICCION Y COMPETENCIA

Corresponde el conocimiento de esta causa, al Tribunal que suscribe, constituido por Jueces Nacionales, nombrados y posesionados por el Consejo Nacional de la Judicatura, en forma constitucional, mediante resolución número 004-2012 de 25 de enero de 2012; designados por el Pleno para actuar en esta Sala de lo Civil y Mercantil, por resolución de 30 de enero de 2012 y en este proceso en mérito al sorteo realizado de conformidad a lo dispuesto en el penúltimo inciso del Art. 183 del Código Orgánico de la Función Judicial, su competencia para conocer el recurso de casación interpuesto se fundamenta en lo dispuesto en los Art.184.1 de la Constitución de la República del Ecuador, 190.1 del Código Orgánico de la Función Judicial y 1 de la Ley de Casación.

2. DE LA CASACION Y SUS FINES

2.1. En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el recurso de casación, en la forma que lo estructura la Ley, constituye un recurso de carácter [imitado, extraordinario y formal; limitado, porque procede solo contra sentencias y autos que ponen fin a procesos de conocimiento y contra providencias expedidas en su ejecución; extraordinario, porque se lo puede interponer solo por los motivos que expresamente se señalan como causales para su procedencia; y, forma, porque debe cumplir obligatoriamente con determinados requisitos, De las causales que delimitan su procedencia, devienen sus fines, el control de legalidad de las sentencias y autos susceptibles de recurrirse. control de legalidad que se materializa en el análisis de la adecuada aplicación de las normas de derecho objetivo, procedimental y precedentes jurisprudenciales obligatorios, a la situación subjetiva presente en el proceso, constituyendo otro de sus fines según la estructura de la ley, la formulación de tales precedentes jurisprudenciales.

3. ANALISIS MOTIVADO DE LOS FUNDAMENTOS QUE SUSTENTAN LA CAUSAL

3.1 ORDEN EN EL QUE SE ANALIZARAN LAS CAUSALES. Este Tribunal considera que el orden que debe seguirse en el análisis de las causales, está dado por el efecto que cada una de aquella comporta en la resolución a tomarse, y la jerarquía de la norma que se acusa como infringida, en consecuencia examinará en primer término las acusaciones por las causales que provocan la nulidad del proceso y su reenvío, referidas a violaciones del debido proceso y omisiones sustanciales insanables; para continuar con el análisis de las acusaciones de resolución en la sentencia de lo que no fue materia del litigio y la omisión de resolver sobre uno de los puntos de la Litis.

3.2 En la interposición del recurso se ha invocado la causal 2 del Artículo 3 de la Ley de Casación, que configura los vicios de: "Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, cuando hayan viciado el proceso de nulidad insanable o provocado indefensión, siempre que hubieren influido en la decisión de la causa y que la respectiva nulidad no hubiere quedada convalidada legalmente. ", al respecto la recurrente acusa a la sentencia de falta de aplicación del artículo 349 del Código de Procedimiento Civil, que expresa: "Las juezas y jueces y tribunales declararán la nulidad aunque las partes no hubieren alegado la omisión, cuando se trate de las solemnidades 1, 2, 3, 4, 6 y 7 del artículo 346, comunes a todos los juicios e instancias; siempre que pueda influir en la decisión de la causa, salvo que conste en el proceso que las partes hubiese convenido en prescindir de la nulidad y que no se trate de la falta de jurisdicción. ", alegando que la acción también se la debió haber dirigido en contra del promitente vendedor, el cónyuge de la actora, señor Alonso Nery Arguello Ruiz, quien suscribió el contrato privado de promesa de compraventa; pues, los jueces falladores debían haber declarado la nulidad, por existir omisión de las solemnidades sustanciales establecidas en los numerales 3 y 4 del artículo 346 ibídem, que señala: "Son solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias: ...3. Legitimidad de personería; y 4.Citación de la demanda al demandado o a quién legalmente le represente... ", ya que dicha omisión ha sido insubsanable y ha influido en la decisión de la causa. Acusada de ese vicio la

sentencia recurrida, procede su análisis en los siguientes términos: La legitimidad de personería, establecida como solemnidad sustancial común a todos los juicios e instancias en el Art. 346.3 del Código de Procedimiento Civil, constituye la capacidad procesal para comparecer en juicio por sí mismo, como actor o demandado. Todos pueden comparecer a juicio, por regla general, con las excepciones que establece el Art. 33 del Código de Procedimiento Civil. La ilegitimidad de personería es, entonces, causa de nulidad procesal. La legitimación en causa se refiere a la calidad que debe tener la parte en relación con el derecho discutido en el proceso; para que exista la legitimación en causa el actor debe ser el titular del derecho en litigio, y el demandado la persona llamada por la ley a contradecirlo, mediante las excepciones. Por lo dicho "...no existe debida legitimación en la causa en dos casos: a) Cuando el demandante o el demandado no tenía en absoluto legitimación en la causa, por ser personas distintas a quienes correspondía formular esas pretensiones o contradecirlas, y b) Cuando aquéllas debían ser parte en esas posiciones, pero en concurrencia con otras personas que no han comparecido al proceso" (Hernando Devis Echandía, Teoría General del Proceso, 38 Edición. Buenos Aires, Editorial Universal, 2004 p. 259). La falta de legitimación en causa implica el rechazo de la demanda, no la nulidad procesal. "La legitimación de causa o legitimo contradictor no es un presupuesto o solemnidad sustancial cuya omisión anula el proceso, sino una condición para el éxito de la demanda, omisión que solo puede ser advertida por el juzgador al momento de dictar la sentencia" (GJS. XVIII. No. 5. Pág. 1736). El fallo objeto del recurso de casación, hace un pronunciamiento de fondo y ordena prestaciones mutuas entre las partes procesales, que no son las partes contractuales, sin considerar que quién suscribió el contrato nulo es un tercero ajeno al proceso, no por falta de interés en él, sí porque la actora omitió demandarlo. En el caso en análisis, la alegación de nulidad, con fundamento en que uno de los suscriptores del contrato, el promitente vendedor no fue llamado a juicio, no constituye falta de personería que provoque la nulidad de la causa, sino falta de legitimo contradictor por Litis consorcio incompleta, la que produce efectos distintos a la nulidad procesal configurada en la causal invocada. Por las razones expuestas, no

se acepta el cargo. Con respecto a la alegación que con fundamento en la causal 4 del Artículo 3, formula la demandada, alegando que la sentencia se pronuncia sobre un asunto que no fue materia de la acción y deja de pronunciarse sobre el pago de las mejoras reclamadas en la contestación a la demanda, este Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, acepta el cargo, pues efectivamente la sentencia a pesar de ordenar indebidamente prestaciones mutuas entre quienes no fueron parte del contrato nulo, nada dice sobre la reclamación de pago de mejoras formulado por la demandada, cuando al respecto debió haber aplicado el artículo 1704 del Código Civil, en su inciso segundo prescribe: "En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro de los intereses y frutos y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos y la posesión de buena o mala fe de las partes; todo según las reglas generales..." y señalar que aquellas solo proceden entre los contratantes; incurriendo el fallo en la causal de casación prevista en el numeral 4 del artículo 3 de la Ley de la materia, razón por la cual, se acepta el cargo.

3.3 El artículo 1698 del Código Civil, prescribe: "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 las ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas"; el artículo 1699 ibídem dispone que: "La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez; aún sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba... y, el artículo 1570 ordena que: "La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna; salvo que concurren las circunstancias siguientes: 1. Que la promesa conste por escrito; y por escritura pública, cuando fuere de celebrar un contrato para cuya validez se necesita de tal solemnidad...", Por otra parte, el inciso segundo del artículo 1740 del Código Civil, establece que la venta de bienes raíces, servidumbres y la de una sucesión hereditaria, no se reputan perfectas ante la Ley

mientras no se ha otorgado escritura pública, esto, en concordancia con lo establecido en el inciso cuarto del artículo 166 del Código Procedimiento Civil, que establece; "Se otorgará por escritura pública la promesa de celebrar un contrato, si, para su validez, se necesita de aquella solemnidad, conforme a las prescripciones del Código Civil; y, artículo 9 del Código Civil que estipula que los actos que la ley prohíbe son nulos y de ningún valor, y el artículo 10 ibídem que dispone: "En ningún caso puede el Juez declarar válido un acto que la ley ordena que sea nulo". De lo manifestado en líneas anteriores y al tenor de las disposiciones legales antes citadas, se llega a la conclusión de que: el contrato celebrado entre la demandada y el cónyuge de la actora señor Alonso Nery Arguello, es un contrato privado de promesa de compraventa de bienes inmuebles; que por no haber sido celebrado mediante escritura pública adolece de nulidad absoluta, por haberse omitido un requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de la promesa de compraventa, y "en consideración a la naturaleza de ellos (de los actos y contratos), y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas", nulidad que por mandato del artículo 1699 del Código Civil "puede y debe ser declarada por el Juez aún sin petición de parte, cuándo aparece de manifiesto en el acto o contrato...". Al respecto, Arturo Alessandri en el tomo que trata "De los Contratos", pág. 79, dice: "Puede suceder que el que ejecutó el acto nulo, por el hecho de haberlo ejecutado, a sabiendas del vicio que lo invalidaba, no puede solicitar su nulidad absoluta, pero que ésta, por aparecer de manifiesto en el acto o contrato, sea declarada de oficio por el Juez en su sentencia. Supongamos un acto que adolece de nulidad absoluta y en que ésta aparece de manifiesto; y supongamos que el acto ha sido ejecutado a sabiendas del vicio que lo invalidaba; es incuestionable en esta situación que el actor no puede pedir la nulidad del acto; pero como ésta aparece de manifiesto, el Juez al propio tiempo que desechará la demanda, declarará nulo el acto de oficio; por aparecer la nulidad de manifiesto..."

DECISION

Por las consideraciones expuestas, este Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia "ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA

CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA", CASA la sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo y en su lugar declara sin lugar la demanda de nulidad de contrato propuesta por Gley Betty Erazo Samaniego en contra de María Magdalena Valencia, por falta de legítimo contradictor, (Litis consorcio incompleta) al no haberse demandado a uno de los contratantes, y de oficio en atención a lo dispuesto en el artículo 1699 del Código Civil, por aparecer de manifiesto en el documento, este Tribunal declara la nulidad absoluta del contrato de promesa de compraventa de inmuebles celebrado entre Alfonso Nery Arguello y María Magdalena Valencia Torres, por no cumplir con la solemnidad prevista en el artículo 1570.1, ibídem; sin que corresponda pronunciarse sobre prestaciones entre los contratantes, al no ser uno de ellos parte procesal. Sin costas. Devuélvase la caución conforme lo previsto en el Alt. 12 de la Ley de Casación. Hágase saber.-

ff) Dra. María Rosa Merchán Larrea, Dr. Paúl Iñiguez Ríos y Dra. Paulina Aguirre Suárez.- Jueces de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia.- Certifico.- Dra. Krasmaia Revelo Bravo, Secretaria Relatora Encargada. -

RAZON: Siento por tal que la copia que antecede es igual a su original. Certifico.- Dra. Krasmaia Revelo Bravo SECRETARIA RELATORA (E).

6.- NULIDAD DE CONTRATO

Expediente de Casación 663Registro Oficial Edición Especial 435 de 25-abr.-2013
Estado: Vigente

NULIDAD DE CONTRATO. Expediente 663, Registro Oficial Suplemento 435, 25de Abril del 2013. No. 663-2010.Juicio No. 290-2006 ex 2a. Sala WG

ACTORA: Ilustre Municipalidad de Cuenca.

DEMANDADO: Patricio Cárdenas Cifuentes, representante legal de la Compañía. AGA DEL ECUADOR S.A.

JUEZ PONENTE: Dr. Manuel Sánchez Zuraty.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA SALA DE LO CIVIL, MERCANTIL Y FAMILIA

Quito, 23 de noviembre del 2010; las 09H20. VISTOS (Juicio No. 290-2006 ex 2a Sala WG):

Conocemos la presente causa como Jueces de la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, en mérito a lo dispuesto en la segunda disposición transitoria del Código Orgánico de la Función Judicial publicado en el suplemento del Registro Oficial No. 544 de 9 de marzo del 2009; en el numeral 4, literales a) y b), del apartado IV, DECISION, de la Sentencia interpretativa 001- 08-SI-CC, dictada por la Corte Constitucional el 28 de noviembre de 2008, publicada en el Registro Oficial No. 479 de 2 de diciembre del mismo año, debidamente posesionados el día 17 de diciembre del 2008, ante el Consejo Nacional de la Judicatura; y, en concordancia con el Art. 5 de la Resolución Sustitutiva tomada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia tomada en sesión de 22 de diciembre del 2008, publicada en el Registro Oficial No. 511 de 21 de Enero del 2009; y, los artículos 184 de la Constitución de la República del Ecuador y 1 de la Ley de casación. En lo principal, el demandado Patricio Cárdenas Cifuentes como representante legal de la compañía AGA DEL ECUADOR S.A., en el juicio ordinario por nulidad de contrato planteado por la Ilustre Municipalidad de Cuenca, deduce recurso de casación contra la sentencia dictada por la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Superior de Justicia de Cuenca, el 28 de abril de 2006, a las 08h00 (fojas 19 a 24 vuelta del cuaderno de segunda instancia), que revoca la sentencia subida en grado y declara con lugar la demanda. El recurso se encuentra en estado de resolución, para hacerlo, se considera: PRIMERO.- Esta Sala es competente para conocer y resolver la presente causa en virtud de la Disposición Transitoria Octava de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008, las normas señaladas en la parte expositiva del presente fallo y la distribución en razón de la materia, hecha mediante Resolución del Pleno de la Corte Nacional de Justicia en sesión realizada el día 22 de diciembre de 2008,

publicada en el Registro Oficial No. 511 de 21 de enero de 2009. El recurso de casación ha sido calificado y admitido a trámite mediante auto de 18 de octubre de 2006, las 15h50. SEGUNDO.- En virtud del principio dispositivo contemplado en el Art. 168, numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador, desarrollado en el Art. 19 del Código Orgánico de la Función Judicial, son los recurrentes quienes fijan los límites del análisis y decisión del Tribunal de Casación. TERCERO.- El peticionario considera infringidas las siguientes normas de derecho: Artículo 23 numerales 26 y 27; 24 numeral 10; y 30 de la Constitución de la República. Artículos 2392, 2393, 2397, 2414, 2415 y 1699 del Código Civil. Artículos 114, 115, 165 del Código de Procedimiento Civil. Las causales en la que funda el recurso son la primera y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación. CUARTO.- Se procede al estudio de la causal tercera porque la lógica jurídica exige analizarla en forma anterior a la causal primera y porque contiene impugnaciones de constitucionalidad que de ser aceptadas volvería innecesario analizar las demás. La causal tercera se refiere a la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto. Esta causal permite casar el fallo cuando el mismo incurre en inaplicar, aplicar indebidamente o interpretar en forma errónea las normas relativas a la valoración de la prueba, cuando ello ha conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en el fallo impugnado; el recurrente en su fundamentación deberá demostrar el error de derecho en que ha incurrido el Tribunal de instancia, ya que nuestro sistema no admite la alegación del error de hecho en la valoración de la prueba, como causal de casación, ya que pertenece al llamado sistema de casación puro. En el caso de la causal tercera, la configuración de la llamada "proposición jurídica completa", en el supuesto de la violación indirecta, requiere que se señale: a) La norma relativa a la valoración de la prueba que ha sido inaplicada, indebidamente aplicada o erróneamente interpretada; y, b) La norma de derecho sustantivo que, como consecuencia del vicio en la aplicación de la norma de valoración de la prueba, ha sido equivocadamente aplicada o inaplicada. Para integrar la proposición jurídica completa conforme lo requiere esta causal, se deben: a) Citar

las normas relativas a la valoración de la prueba que el tribunal de instancia ha infringido (aplicado indebidamente, omitido aplicar o interpretado erróneamente), en aquellos casos en los cuales nuestro sistema de derecho positivo establece el sistema de prueba tasada; y, de ser del caso, citar los principios violados de la sana crítica en los casos en los cuales se aplica la misma; y, b) Citar las normas sustantivas infringidas (aplicación indebida o falta de aplicación) como consecuencia del error en las normas y principios reguladores de la prueba, requisito indispensable para la integración de la proposición jurídica completa y para la procedencia del cargo al amparo de la causal tercera, porque no basta que en la sentencia haya vicio de derecho en la valoración probatoria sino que es indispensable este otro requisito copulativo o concurrente.

4.1. El peticionario dice que existe falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, contenidos en los artículos 114, 115 y 165 del Código de Procedimiento Civil, lo que ha conducido a una equivocada aplicación de normas de derecho sustantivo como son los artículos 9, 10, 1480, 1698, 604 del Código Civil y la no aplicación de las normas de la Constitución de la República de 1998, contenidas en los numerales 26 y 27 del artículo 23, la contenida en el numeral 10 del Art. 24, y el Art. 30, que han sido determinantes en la presente causa. Explica que el considerando tercero del fallo impugnado dice que los demandados como prueba han adjuntado documentación pertinente a justificar que la Municipalidad a través de su Alcalde y como presidente del Parque Industrial, intervino en la celebración del contrato y que por esta razón no está facultada legalmente para plantear la acción de nulidad, y que la Municipalidad reconociendo el dominio privado estuvo a punto de permutarlo con otro de propiedad municipal "sin demostrar de forma alguna que el inmueble que adquirieron a través del contrato de compraventa referido, dejó por alguna disposición expresa del Concejo Cantonal, o de la Ley a ser área verde por destinación, desde el momento de la aprobación de la lotización". Expresa que este razonamiento es totalmente contrario a la realidad de la prueba aportada, pues se demostró, con documentos públicos legalmente conferidos y certificados, constantes de fs. 79 a 86, que efectivamente fue el Consejo Provincial del Azuay, como sede administrativa de última instancia, quien ya había conocido y resuelto antes, que el predio materia de

este litigio no es área verde, sino que por el contrario es propiedad privada de AGA S.A.; de tal manera que el Tribunal ad quem, encasillándose en la causal tercera del Art. 3 de la Ley de Casación, no aplicó el precepto jurídico referente a la adecuada valoración integral de la prueba, que se halla contenido en el Art. 115 del Código de Procedimiento Civil, pues al no observar los principios de la sana crítica y la integridad de la prueba aportada, comete el yerro manifiesto de no percatarse y justipreciar la existencia probada en autos de la Resolución clara y contundente del H. Consejo Provincial del Azuay, misma que se halla ejecutoriada, esto es que causó estado, pues, dice, no fue impugnada en su momento por la Municipalidad, y que trae como consecuencia jurídica obvia a más de "cosa juzgada", que el predio sobre el que litigamos no tiene las características del bien de dominio público, ni goza de las prerrogativas legales de las que erróneamente pretende beneficiarse la Municipalidad, y que como es evidente condujo a la equivocada aplicación en la sentencia de varias de las normas de derecho que tienen que ver con las potestades y prerrogativas legales de las que sólo gozan los bienes de dominio público como son los señalados en los artículos 9, 10, 1480, 1698, 604 del Código Civil, y no los de dominio privado, como en el presente caso. Continúa explicando que en los considerandos siguientes del fallo, existe igualmente falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, porque el Tribunal ad quem omite la aplicación del artículo 114 del Código de Procedimiento Civil, que en su segundo inciso dispone: "Cualquiera de los litigantes puede rendir pruebas contra los hechos propuestos por su adversario", el Art. 115 del mismo cuerpo legal que concomitantemente con este tema dice: "La prueba deberá ser apreciada en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica" y se termina obligando al juez a "expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas", sin embargo de esto, el Tribunal no ha hecho el debido análisis, omitiendo su obligatoria valoración de la abundante prueba documental, que de todas y cada una de las excepciones deducidas fueron efectivamente presentadas. Así, concretamente, dice, del escrito de excepciones constante de fojas 40 y 41, en su numeral 3, improcedencia de la acción y falta de derecho del actor, se aportó de fojas 68 a 77, la prueba de la autorización del Alcalde Municipal, quien previo a la suscripción, conoció, aprobó y autorizó la celebración

del contrato de compraventa que ahora pretenden nulitar en su beneficio; y de la misma escritura pública legalmente conferida e inscrita obrante de fojas 3 a 7, también consta transcrita textualmente esta autorización Municipal previa a la celebración del contrato; del mismo modo, expresa, de fojas 87 a 103, se presentó las "cartas de pago del predio urbano", con clave catastral, como prueba plena del dominio privado de AGA S.A., sobre el predio en cuestión; a más de estas pruebas irrefutables, de conformidad con lo expuesto en el numeral 5 de las excepciones planteadas de fojas 40 y 41, tampoco valoraron y se pronunciaron sobre la Resolución del H. Concejo Cantonal, de permutar el predio materia de la litis: fojas 104 a 112, que a su propio decir es de propiedad de AGA, con uno del Municipio. Dice que si se hubiere estudiado la integridad de estas pruebas (documentos públicos) con seguridad el Tribunal no hubiere afirmado erróneamente, "que AGA S.A. no ha demostrado de forma alguna que el inmueble no sea área verde". Concluye mencionando que como consecuencia de esta falta de aplicación se inobservaron las normas de los numerales 26 y 27 del artículo 23; la contenida en el numeral 10 del Art. 24, y el Art. 30, todos de la Constitución Política de la República; referentes a la seguridad jurídica, la observancia del debido proceso, el derecho a la defensa, y la garantía del respeto a la propiedad privada legalmente adquirida; pues si no se valoran todas las pruebas, sino solo una parte de ellas, "de qué seguridad jurídica o derecho a la legítima defensa podemos hablar en la administración de justicia". 4.2.- Al respecto, la parte pertinente del fallo impugnado, sobre la valoración de la prueba, dice: "TERCERO. Los accionantes como prueba de su parte han introducido a los autos la certificación que obra a fs. 55 del cuaderno de primera instancia con el que justifican que el inmueble sobre el cual se ha otorgado el título cuya nulidad se demanda es parte del espacio verde entregado en la lotización del Parque Industrial a la Municipalidad de Cuenca, lo cual queda plenamente justificado además con el plano de fs. 12 de los autos, del que consta la razón de su aprobación, protocolización e inscripción. Consta además del informe emitido por el perito que interviene a la inspección judicial efectuada en primera instancia a fs. 148 numeral 8 "Que el terreno materia de la litis está dentro del espacio verde que contempla el plano de la Lotización del Parque Industrial Cuenca que obra a fs. 12...". Los demandados como prueba de su parte solicitan se

reciban declaraciones testimoniales y adjuntan documentación pertinente a justificar que la Municipalidad a través de su Alcalde y como Presidente del Parque Industrial intervino en la celebración del contrato y que por tal razón no está facultado legalmente para plantear la acción de nulidad, así mismo actúa prueba tendiente a demostrar que la Municipalidad reconociendo su dominio sobre el inmueble estuvo a punto de permutarlo con otro de propiedad municipal, sin demostrar de forma alguna que el inmueble que adquirieron a través del contrato de compraventa referido, dejó por alguna disposición expresa del Consejo (sic) Cantonal o de la Ley de ser área verde por destinación desde el momento de la aprobación de la lotización". 4.3.- Del cotejamiento del fallo con los cargos del recurso de casación, se tiene que el Tribunal ad quem, solo los menciona de manera vaga y generalizada, pero no valora los siguientes medios de prueba: a) Expediente con número 008546 de 25 de septiembre de 2002, que obra de fojas 79 a 86 del cuaderno de primera instancia, referente al Recurso de Apelación presentado por el Ingeniero Patricio Cárdenas Cifuentes, representante legal de AGA del Ecuador S.A., que se refiere a una multa y orden de demolición del cerramiento del inmueble porque supuestamente es de propiedad municipal; b) Documentos que constan de fojas 68 a 77, del primer cuaderno, que se refiere a las sesiones del Directorio de la Compañía Parque Industrial Cuenca, celebradas el seis de diciembre de 1993 y el lunes 27 de diciembre de 1993, las dos presididas por el Dr. Xavier Muñoz Chávez, Alcalde de Cuenca; en la primera de las cuales se ratifica la negociación con AGA del Ecuador, y en la segunda se autoriza la venta; c) Las cartas de pago del predio urbano que constan de fojas 87 a 103, pagadas por AGA a favor del Municipio de Cuenca; d) Documentos que obran de fojas 104 a 112 también del cuaderno de primera instancia, sobre el trámite de permuta del terreno de propiedad de AGA, objeto de este juicio, con una propiedad Municipal.

4.4.- El inciso segundo del Art. 115 del Código de Procedimiento Civil, invocado por el recurrente como no aplicado, dice: "El juez tendrá obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas". Los numerales 26 y 27 del Art. 23 de la Constitución Política de 1998, dicen: "Art. 23. Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes: (...) 26. La

seguridad jurídica; y, 27. El derecho al debido proceso y a una justicia sin dilaciones". El numeral 10 del Art. 24, de la misma Carta Fundamental, dice: "Art. 24. Para asegurar el debido proceso deberán observarse las siguientes garantías básicas, sin menoscabo de otras que establezca la Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia: (...) 10. Nadie podrá ser privado del derecho de defensa en ningún estado o grado del respectivo procedimiento. El Estado establecerá defensores públicos para el patrocinio de las comunidades indígenas, de los trabajadores, de las mujeres y de los menores de edad abandonados o víctimas de violencia intrafamiliar o sexual, y de toda persona que no disponga de medios económicos". El Art. 30 de la Constitución de 1998, dice: "La propiedad, en cualquiera de sus formas y mientras cumpla su función social, constituye un derecho que el Estado reconocerá y garantizará para la organización de la economía (...)". El Art. 9 del Código Civil se refiere al valor de los actos prohibidos por la ley; el Art. 10 ibídem, ordena que en ningún caso el juez puede declarar válido un acto que la ley ordena que sea nulo; el Art. 1480 ibídem, tiene que ver con el objeto ilícito en la enajenación; el Art. 1698 ibídem, habla de las causales de nulidad; y, el Art. 604 contiene la definición de bienes nacionales, bienes públicos y bienes del Estado. En el caso es evidente que el Tribunal ad quem no ha valorado todas las pruebas que constan mencionadas en el numeral "4.3", lo que ha conducido a la no aplicación de las normas constitucionales y a la equivocada aplicación de normas de derecho invocadas; por lo que hay motivo para aceptar el cargo y casar la sentencia.

QUINTO.- Debido a que existe motivo para casar la sentencia, de conformidad a la norma del Art. 16 de la Ley de Casación, esta Sala procede a expedir la que corresponde.

5.1.- A fojas 13 de los autos comparecen el Ing. Marcelo Cabrera Palacios y el Dr. José Peña Ruiz, en sus calidades de Alcalde y Procurador Síndico Municipal del Cantón Cuenca, calidades justificadas con los documentos que adjuntan, con su demanda en la cual manifiestan: 1.- Que la Municipalidad de Cuenca, conforme consta del plano que acompaña, a través del I. Concejo Cantonal, en el mes de julio de 1988, aprobó los planos de lotización de propiedad del Parque Industrial Cuenca C.E.M, ubicados en el sector Machángara de la Parroquia El Vecino de este Cantón, plano protocolizado en la Notaria Cuarta e inscrito en el

Registro de la Propiedad bajo el No. 5012 del Registro de la Propiedad, del 17 de agosto de 1988, que con las diligencias de protocolización, inscripción de los planos, al amparo de lo determinado en el penúltimo artículo innumerado, agregado a continuación del Art. 224 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, han pasado a dominio Municipal las áreas correspondientes a áreas verdes, calles, márgenes del río en calidad de dominio público. Que mediante escritura pública otorgada ante el Notario Segundo del Cantón, el 28 de diciembre de 1993, el Parque Industrial Cuenca procede a dar en venta a favor de AGA del Ecuador C.A., un cuerpo de terreno de la cabida de 1.271, 16 m², bajo los siguientes linderos y dimensiones: por el Norte, con la Avenida Octavio Chacón Moscoso en 59,40 ml; por el Sur, con espacio verde en 57,50 ml; por el Este con espacio verde en 11 ml; y, por el Oeste, con el lote No. 502 de MAQUIMICA en 16 ml; y con el lote No. 501 de Propiedad de PRODENTEC, en 19,40 ml. Esta venta ha sido inscrita en el Registro de la Propiedad con el No. 6581 de 31 de diciembre de 1993; Que se cita en la escritura como antecedente de propiedad del lote de terreno objeto de la venta un convenio suscrito por la I. Municipalidad de Cuenca y el Parque Industrial Cuenca, de fecha 28 de mayo de 1993, convenio que en ningún momento reconoce dominio a favor del Parque Industrial sobre el área materia de la compraventa menos aún autoriza enajenación alguna, teniendo como objeto dicho documento según la cláusula segunda, se transcribe en forma textual: "... Crear un espacio propicio para la co-gestión Municipio; Empresas Privadas, cuya finalidad será la arborización, la conservación de las áreas verdes y la vegetación de los retiros frontales de la empresa, margen Norte del Río Machangara, áreas verdes públicas del parque industrial, optimizar los servicios del departamento de Parques y Jardines a través de su sección de arborización. Incrementar la vegetación en el margen Norte del Río Machangara así como en los espacios verdes de los referidos frontales de cada empresa y de las áreas verdes ubicadas dentro del Parque Industrial. Que el predio objeto de la compraventa entre el Parque Industrial Cuenca y AGA del Ecuador C.A., se encuentra dentro de los terrenos de la lotización del Parque Industrial y corresponde dentro de esa planificación a una parte del espacio verde ubicado en la esquina formada por la Avenida de las Américas y Avenida Octavio Chacón Moscoso, transferido a favor de

la I. Municipalidad de Cuenca en calidad de dominio de uso público a consecuencia de la protocolización e inscripción del plano de lotización del Parque Industrial; es decir, que este contrato de compraventa celebrado entre el Parque Industrial y AGA del Ecuador C.A., versa sobre un inmueble que a la época de la venta no era del Parque Industrial Cuenca, por cuanto anteriormente fue ya transferido a la Municipalidad de Cuenca, como espacio verde en consecuencia en calidad de bien de uso público; que por lo dicho el contrato referido adolece de nulidad absoluta, en razón de lo que determina el Art. 1725 del Código Civil, en relación con el Art. 1507 numeral primero del mismo cuerpo legal en el que establece que existe objeto ilícito en la enajenación de las cosas que no están en el comercio, de acuerdo al Art. 262 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal; que con estos antecedentes, con fundamento en los artículos 1505, 1507 numeral primero, 1512, 1725, 1726, 1731 del Código Civil, en relación con el Art. 224, innumerado tercero agregado a continuación del Art. 224 y Artículos 262, 263 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, demandan en la persona de sus representantes al Parque Industrial Cuenca C.E.M, y AGA del Ecuador C.A., la nulidad absoluta del contrato celebrado entre el Parque Industrial Cuenca, como vendedor y AGA del Ecuador C.A., como comprador, contenido en la escritura pública de fecha 28 de diciembre de 1993, e inscrita en el Registro de la Propiedad del cantón Cuenca con el No. 6581 de 31 de diciembre de 1993; que en el supuesto no consentido de que no prospere la acción de nulidad, con fundamento en el Art. 224 de los innumerados a continuación del Art. 224 y específicamente Art. 262 inciso segundo de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, en relación con el Art. 263 inciso segundo ibídem, demandan alternativamente se declare que el contrato carece de valor legal alguno y en consecuencia de eficacia jurídica, ordenando la restitución del inmueble a favor de la Municipalidad como área verde de recreación u ordenamiento público, pues que AGA del Ecuador ha construido un cerramiento sin permiso municipal lo que motivado un juzgamiento. 5.2.- La demanda fue aceptada en trámite ordinario; fue inscrita en el Registro de la Propiedad; los demandados fueron citados en legal forma; y, se ha contado con el Representante del Procurador General del Estado. 5.3.- A fojas 33 de los autos comparece el Ing. Edgar Marcelo Lasso Guerra, en calidad de Representante Legal del Parque Industrial Cuenca,

compañía de Economía Mixta, lo que acredita con la copia del poder que adjunta, y contesta la demanda exponiendo que la Municipalidad de Cuenca en forma infundada ha procedido a demandar la nulidad absoluta del contrato de compraventa sobre un bien inmueble, celebrado entre el Parque Industrial y AGA del Ecuador, mismo que se ha celebrado hace más de diez años, que no se puede permitir que la Municipalidad después de diez años, siendo accionista del Parque Industrial, proponga dicha nulidad, cuanto más que la Municipalidad en fecha 27 de diciembre de 1993, en aquella época como Presidente del Directorio de la Compañía a través de su representante, en sesión en el punto quinto expresamente señala: "... PUNTO QUINTO. VARIOS. En lo referente a la solicitud formulada por la Empresa AGA del Ecuador, la resolución del Directorio textualmente dice: "El Directorio del Parque Industrial Cuenca, en concordancia con la solicitud presentada por la empresa AGA del Ecuador, para que se le adjudique el lote de terreno descrito anteriormente, resuelve por unanimidad ratificar la autorización hecha al Gerente para que se proceda a vender este lote de terreno a la empresa AGA del Ecuador, la misma que emplazará en este cuerpo de terreno una estación de llenado y producción de gases medicinales e industriales, así como la construcción de bodegas e instalaciones para la comercialización de los mismos, esta venta se realizará al contado, al precio de sesenta mil sucres para cada metro cuadrado lo que da un total de sesenta y seis millones doscientos sesenta y nueve mil seiscientos sucres". Es decir, este contrato se lo realizó con la autorización y consentimiento de la Municipalidad no solo por su concurso en la autorización del Directorio del cual formaba parte y que ha dejado expresado sino además porque se ha transferido el dominio en forma legal con la inscripción en el Registro de la Propiedad del cantón Cuenca, emitiéndose desde hace más de diez años cartas de pago del predio, y además tasas e impuestos lo que demuestra su legalidad. Por lo que deduce las siguientes excepciones: prescripción extintiva de la acción ordinaria de nulidad, ya que han transcurrido más de diez años desde que se celebró el contrato materia de la acción; falta de derecho del actor, quien a través de su representante en el Directorio de la empresa autorizó la celebración del contrato; inexistencia de la acción subsidiaria o alternativa planteada por el actor, ya que lo que se solicita solo se puede producir con la declaración de nulidad absoluta.

Igualmente a fs. 40 de los autos comparece el Ing. Patricio Cárdenas Cifuentes en su calidad de apoderado general y representante legal de AGA S.A., calidad que también justifica en el proceso, y dando también contestación a la demanda propone las siguientes excepciones: 1. Prescripción extintiva de la acción ordinaria; 2. Improcedencia de la acción y falta de derecho del actor; 3. Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y derecho de la demanda; 4. Que se manifiesta que el bien inmueble es un bien inalienable, inembargable e imprescriptible, esta alegación carece de fundamento jurídico pues la misma Comisión de la Municipalidad sobre excusas y calificaciones y la posterior resolución emitida por el H. Consejo Provincial del Azuay, considera AGA del Ecuador como propietaria del inmueble; 5. Que existe reconocimiento expreso de la propiedad privada de parte del accionante. Que con estas excepciones también reconviene la reintegración a su representada de los valores que en la actualidad tiene la heredad, los valores que como mejoras ha introducido en el inmueble. 5.4.- Trabada la litis, se ha corrido traslado con la reconvencción, a la que se da contestación con la negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y derecho de la reconvencción; improcedencia de la acción; falta de derecho de AGA del Ecuador para proponer la reconvencción y falta de legítimo contradictor. Encontrándose en ese estado el proceso, se convoca a junta de conciliación, luego se recibe la causa a prueba y concluido el respectivo término, el Juez de Primera Instancia resolvió declarar sin lugar la demanda y sin lugar la reconvencción. Por apelación de la parte actora, Ing. Marcelo Cabrera Palacios y Dr. José Peña Ruiz, Alcalde de la ciudad y en cantón Cuenca, y Procurador Síndico, en su orden, el proceso fue conocido en segunda instancia por la Primera Sala Especializada de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la H. Corte Superior de Justicia de Cuenca, que luego del trámite correspondiente, para resolver se considera. 5.5.- En la tramitación de la causa no se ha omitido solemnidad sustancial ni se ha violado el trámite por lo que se declara la validez del proceso. 5.6.- Corresponde al actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio y que ha negado el reo; el demandado no está obligado a producir pruebas, si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa (Art. 113 Código de Procedimiento Civil), pero cada parte está obligada a probar los hechos que alega,

excepto los que se presumen conforme a la ley (Art. 114 *ibídem*).- Como prueba la Municipalidad presenta una certificación conferida por el Director del Departamento de Avalúos, Catastros y Estadísticas de la Municipalidad de Cuenca, del que se determina que el terreno que es materia de la litis es parte del espacio verde entregado en la lotización del Parque Industrial a la I. Municipalidad del Cantón. La empresa demandada AGA del Ecuador, por su parte reproduce como prueba a su favor la escritura pública legalmente inscrita en el Registro de la Propiedad, con la que se demuestra la propiedad sobre el predio en litigio y solicita una inspección judicial al mismo; y, acompaña documentación que se refiere a las actas y oficios realizados con la intervención del entonces Alcalde de la ciudad de Cuenca Dr. Xavier Muñoz Chávez, como parte integrante del Directorio del Parque Industrial Cuenca, dentro del cual al referirse a asuntos varios, y al tratarse sobre la comunicación enviada por AGA del Ecuador, se ratifica la negociación del lote de terreno ubicado en la Avenida Octavio Chacón y Avenida de las Américas, acta que es celebrada el 6 de diciembre de 1993, y ratificada en sesión de fecha 27 de diciembre del mismo año, y también con la intervención del entonces Alcalde de la Ciudad en su calidad de Presidente del Directorio del Parque Industrial, en la que se ratifica la venta efectuada a AGA del Ecuador y se le concede el plazo de un mes para presentar la documentación y se concrete la negociación; esta acta tiene una aclaración complementaria en la que el Directorio del Parque Industrial resuelve por unanimidad ratificar la autorización hecha al Gerente para que venda el lote de terreno a la Empresa AGA del Ecuador, estableciéndose en ella el destino para el cual debe ser utilizado y su precio. De esta manera se llegó a celebrar la escritura pública que hoy es materia de la litis. Se incorpora también el acta de sesión ordinaria del Concejo Cantonal de Cuenca de 29 de junio del 2000, en la que se resuelve aprobar el trámite de permuta entre un terreno de propiedad Municipal con el terreno de Propiedad de AGA del Ecuador, ubicado en el Parque Industrial; copias de los pagos de impuestos del predio urbano, entre otras.

5.7. El Art. 1699 del Código Civil establece la regla general de que la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o

debiendo saber el vicio que lo invalidaba; puede asimismo pedirse por el Ministerio Público, en interés de la moral o de la ley; y no puede sanearse por la ratificación de las partes, ni por un lapso que no pase de quince años. De lo que se desprende la excepción importante de que no puede alegar nulidad del acto o contrato el que al ejecutarlo o celebrarlo sabía o debía saber del vicio que lo invalidaba. En el caso, en la escritura pública celebrada el día 28 de diciembre de 1993, e inscrita en el Registro de la Propiedad el 31 de diciembre de 1993, en la que el Parque Industrial Cuenca vende a favor de la empresa AGA del Ecuador el lote de terreno materia de la litis, entre los documentos habilitantes que se acompañan para la celebración de la escritura, constan copias certificadas de las actas referidas en el considerando "5.6", de esta sentencia, de las cuales se conoce que interviene el Alcalde del cantón Cuenca Dr. Xavier Muñoz Chávez, como Presidente del Directorio del Parque Industrial Cuenca, concediendo la autorización para la venta del inmueble; dicha autorización causó estado, no pudiendo por lo tanto anularla la misma autoridad que emitió esa resolución, lo contrario sería violar el derecho a la seguridad jurídica que, de acuerdo al Art. 82 de la Constitución de la República del Ecuador, se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes; lo que significa que cuando una autoridad, en uso de sus atribuciones ha aplicado la ley para emitir una resolución, no puede anularla ella misma, sino que el acto de autorización solo puede quedar sin efecto vía impugnación administrativa o ante los órganos de la Función Judicial, como así lo determina el Art. 173 de la Constitución de la República. La demanda de nulidad del contrato de compraventa por nulidad absoluta, contiene una falacia porque el contrato no pudo realizarse sino en virtud de la autorización en la que intervino el Alcalde de Cuenca, y por tanto la nulidad de la compraventa conlleva necesariamente la impugnación de la autorización, por la misma persona jurídica (Municipalidad) que intervino en su emisión, todo lo cual contraviene el principio de buena fe y lealtad procesal que dispone que "en los procesos judiciales las juezas y jueces exigirán a las partes y a sus abogadas o abogados que observen una conducta de respeto recíproco e intervención ética, teniendo el deber de actuar con buena fe y lealtad (...)"; pues no otra cosa que transgresión a estos principios establecidos en el Art. 26 del Código

Orgánico de la Función Judicial, sería permitir que quien coadyuvó a la celebración del contrato nulo, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba, pueda ejercer la acción de nulidad y beneficiarse de su propia falta, dolo o culpa. 5.8. En lo referente a la reconvención planteada por el demandado Ing. Patricio Cárdenas Cifuentes, en su calidad de apoderado general y representante legal de la Compañía AGA, no se ha aportado prueba alguna. Por la motivación que antecede, la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, casa el fallo dictado por la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Superior de Justicia de Cuenca, el 28 de abril de 2006, a las 08h00, y en su lugar se confirma en todas sus partes la sentencia de primera instancia. Léase y notifíquese. f.) Dr. Manuel Sánchez Zuraty, Juez Nacional. f.) Dr. Carlos Ramírez Romero, Juez Nacional.) Dr. Galo Martínez Pinto, Juez Nacional, (VOTO SALVADO).f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator, que certifica.- Es fiel copia de su original.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator.

VOTO SALVADO DEL DOCTOR GALO MARTINEZ PINTO, JUEZ NACIONAL DE LA SALA CIVIL, MERCANTIL Y FAMILIA.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA SALA DE LO CIVIL, MERCANTIL Y FAMILIA

Quito, 23 de noviembre de 2010; las 09h20.

VISTOS: (Juicio No. 290-2006 ex 2a. Sala WG) Conocemos la presente causa como Jueces de la Sala Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, en mérito a lo dispuesto en la segunda disposición transitoria del Código Orgánico de la Función Judicial publicado en el suplemento del Registro Oficial No. 544 de 9 de marzo de 2009; en el numeral 4 literales a) y b) del apartado IV, DECISION, de la sentencia interpretativa 001-08-SI-CC pronunciada por la Corte Constitucional el 28 de noviembre de 2008, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 479 de 2 de diciembre del mismo año, debidamente posesionados el 17 de diciembre último

ante el Consejo de la Judicatura; y, en concordancia con el artículo 5 de la resolución sustitutiva adoptada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia el 22 de diciembre de 2008, publicada en el Registro Oficial No. 511 de 21 de enero de 2009; y los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador y 1 de la Ley de Casación. En lo principal, en el juicio ordinario que por nulidad contractual sigue la parte actora, esto es Municipalidad de Cuenca contra la compañía AGA S.A. y Parque Industrial de Cuenca, la compañía anónima en referencia deduce recurso extraordinario de casación respecto de la sentencia expedida el 28 de abril de 2006, a las 08h00 por la Primera Sala Especializada de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la entonces Corte Superior de Justicia de Cuenca, que revocó la sentencia que le fue en grado, declarando, entre otros aspectos, con lugar la demanda planteada dentro del juicio ya expresado seguido contra la parte recurrente. Aceptado a trámite el recurso extraordinario de casación y, encontrándose la causa en estado de resolución, para hacerlo, la Sala efectúa las consideraciones previas siguientes: PRIMERA.- Declarar su competencia para conocer el recurso extraordinario de casación en virtud de lo dispuesto en los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador y 1 de la Ley de Casación y por cuanto esta Sala calificó el recurso de la relación por cumplir los requisitos de procedencia, oportunidad, legitimación y formalidades exigidas por el artículo 6 de la ley de la materia, admitiéndolo a trámite. SEGUNDA.- La parte recurrente, fundamenta su recurso extraordinario aduciendo la trasgresión de las normas jurídicas contenidas en los artículos siguientes: 23 numerales 26 y 27, 24 numeral 10 y 30 de la Constitución Política de la República del Ecuador, vigente a la época; 2392, 2393, 2397, 2114, 2415 y 1699 del Código Civil; y 114, 115 y 165 del Código de Procedimiento Civil. Las causales en que sustenta su impugnación son la primera y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, específicamente por falta de aplicación de las normas mencionadas; todo lo cual analizaremos pormenorizadamente más adelante. De este modo, queda circunscrito los parámetros dentro de los cuales se constriñe el recurso planteado y que será motivo de examen de este Tribunal de Casación, conforme al principio dispositivo consignado en los artículos 168.6 de la Constitución de la República del Ecuador, actualmente en vigencia y 19 del Código Orgánico de la

Función Judicial. TERCERA.- Corresponde efectuar el análisis al amparo de la causal tercera invocada, aunque como la parte recurrente efectúa su impugnación amparada además en normas de orden constitucional presentándola de modo indisoluble a la comentada causal, se efectuará el estudio en principio, en lo que podría atañer a vulneraciones supremas por aquello del principio de la supremacía constitucional. Se menciona, así, los artículos 23 numerales 26 y 27, 24 numeral 10 y 30. La disposición primeramente mencionada está contenida en el capítulo II del título III bajo el epígrafe de los derechos, garantías y deberes, enunciándose de modo general y abstracto la declaratoria del Estado Ecuatoriano como filosofía política de acción de reconocer y garantizar a todo habitante del territorio los derechos civiles allí consagrados; entre ellos, la seguridad jurídica así como el derecho al debido proceso y a una justicia sin dilaciones. Mas, en la especie, no se advierte ni se demuestra que se hubiese producido trasgresión de esas normas; por tanto, se rechaza el cargo por dicho motivo. La causal tercera propiamente dicha, consignada en el artículo 3 de la Ley de Casación, dice relación a la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto. El propósito aquí, no es revalorar las pruebas actuadas ni tampoco volver en torno de hechos ya fijados y que se los ha dado por aceptados con antelación. El objetivo, la finalidad aquí, consiste en establecer la vulneración indirecta de normas sustanciales o materiales como consecuencia de la afectación directa de disposiciones de orden procesal. Aduce, específicamente trasgresión de los artículos 114, 115 y 165 del libro procesal civil, por "falta de aplicación" de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba lo cual condujo, en su decir, a una equivocada aplicación de normas de derecho sustantivo como son los artículos 9, 10, 1480, 1698 y 604 del Código Civil - citados así en ese orden-, conduciendo a una equivocada aplicación de las normas de derecho en el fallo pronunciado y que cuestiona. Esta causal dice relación a la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o

auto. La esencia o el fundamento de esta causal no es, entonces, volver a revisar la prueba actuada ni fijar nuevos hechos de los ya establecidos por el juzgador de instancia, atento a sus potestades jurisdiccionales. Se invoca entonces en el memorial del recurso extraordinario básicamente los artículos ya mencionados del Código de Procedimiento Civil, cuya vulneración directa habría primero que establecer. La norma citada inicialmente, versa acerca de la obligación de probar los hechos alegados, excepción de los que se presumen conforme a la ley; norma que en realidad de verdad no contiene precepto sobre valoración de la prueba, como equivocadamente aduce la parte recurrente y, por lo mismo, no es verdad que se hubiese trasgredido. El siguiente artículo, esto es, el 115 del libro procesal civil dice relación a un precepto de valoración de la prueba mandando que se aprecie en conjunto, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, como norma de carácter procesal atinente a la valoración antedicha; releva que debe ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos. Y el artículo 165 del mismo código procedimental en materia civil, referido también como atinente a la valoración de la prueba, no contiene precepto en ese sentido, y más bien consigna cuáles son los efectos de los instrumentos públicos y obviamente que hacen fe y constituyen prueba, como dice la norma, lo cual no quiere significar que no sean cuestionables y, en ciertos casos, como el de la relación, ser declarados nulos absolutamente. Por otra parte, no existe en la causal atacada la proposición jurídica completa pues, no habiéndose demostrado vulneración directa de normas procesales no es posible que funcione el silogismo que aquí se contiene por no poderse comprobar que, como consecuencia de lo anterior, indirectamente, se hubiese trasgredido las normas sustanciales o materiales mencionadas, esto es, las contenidas en los artículos 9, 10, 1480, 1698 y 604 del Código Civil toda vez que no siquiera se consigna, en modo alguno, en el memorial el fundamento de la supuesta vulneración, no pudiéndose presumir o suponer dónde la afectación que no señala ni fundamenta la parte recurrente. Volviendo a la norma procesal supuestamente vulnerada a juicio de la casacionista, apreciada en conjunto, y de acuerdo con las reglas de la sana crítica consignamos que no es otra cosa que un método de valoración de la misma. Para el

efecto, pretender apoyarse la parte recurrente -sin demostrarlo- en la vulneración del artículo 115 del libro procesal civil, según afirma, es inocuo por lo antes expresado; y así entonces, la premisa lógico jurídica además, luce incompleta como ya se ha dicho, y de otra parte, que tampoco está demostrado la vulneración de la norma procesal atinente a la valoración probatoria aducida, como insistentemente se ha manifestado. Y es que en la configuración de esta causal concurren dos trasgresiones sucesivas por así decirlo: la primera, violación de preceptos jurídicos aplicables a la valoración probatoria por cualquiera de los tres supuestos antes mencionados; y, la segunda afectación de normas de derecho como consecuencia de la primera y que conduce a la equivocada aplicación o no aplicación de estas normas materiales en la sentencia o auto, como ya está expresado. Por tanto, la parte recurrente, al invocar esta causal debe determinar lo siguiente: 1. Los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba que pudiesen haber sido violentados; 2. El modo por el que se comete el vicio, esto es, aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación; 3. Qué normas de derecho han sido equivocadamente aplicadas o no aplicadas como consecuencia de la trasgresión de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba; y, 4. Explicar y demostrar, cómo la aplicación indebida, falta de aplicación o la errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a dicha valoración probatoria han conducido a la afectación de normas de derecho, ora por equivocada aplicación o por su falta de aplicación. La norma procesal en cuestión, aducida en el memorial del recurso extraordinario, versa, reiteramos, en torno a un precepto de valoración de la prueba como ya está expresado, donde se contiene, a su vez, dos reglas por así expresarlo: una primera, la referente a la sana crítica (apreciación de las pruebas en conjunto) que es una especie de método valorativo -que se expresa a través de la experiencia del juzgador y las reglas de la lógica formal, entre otros-; y, la otra, la obligación del administrador de justicia de valorar todas las pruebas. Apreciar en conjunto, como dice la norma procesal, quiere decir analizar toda una "masa de pruebas" como denominan los jurisconsultos anglosajones; y, las reglas de la sana crítica -que es un método de valoración de la prueba- son, para Couture, "las reglas del correcto entendimiento humano" y por eso intervienen allí las reglas de la lógica formal y la experiencia del juzgador (Fundamentos de Derecho Procesal Civil;

Buenos Aires, 1997, 3era. Edición, p. 270) y, apreciar en conjunto la actividad probatoria según Toboada Roca, constituye "...aquella actividad intelectual que realiza el juzgador de la instancia analizando y conjugando los diversos elementos probatorios aportados por los litigantes..." y por virtud de ello concluye que son ciertas algunas de las alegaciones fácticas; y es que en verdad debe estarse a las pruebas cuya "...estimación conjunta de todas las articuladas,..." debe resultar conducente al objetivo del caso (Murcia Ballén, Recurso de Casación, 6ta. Edición, Bogotá, pp. 409 y 410). De allí que, para nuestra ex Corte Suprema de Justicia, las reglas de la sana crítica no están consignadas en códigos ni leyes; tampoco han sido elaboradas por la doctrina ni por la jurisprudencia; y, por lo mismo, sostiene que no se puede invocar "falta de aplicación" del precepto en general y por tanto de las "reglas de la sana crítica", como en la especie. Por lo demás, esa es una facultad privativa, exclusiva como se ha expresado ya del juez de instancia, y por tanto, no le está permitido al Tribunal de Casación pretender algún cuestionamiento en torno a aquello que no es de su ámbito y competencia. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que: "El sistema procesal de las libres convicciones, también llamado de las pruebas morales o materiales, por oposición al sistema procesal de los pruebas legales, es aquel en el cual el juzgador resuelve con absoluta libertad, según su leal saber y entender (...) según el régimen que se llama de libres convicciones, el juez sólo está obligado a expresar sus conclusiones respecto de la prueba de los hechos; mientras que según el denominado de la sana crítica, debe expresar, además, cuál ha sido el razonamiento que ha seguido para llegar a tales conclusiones" (A. Noceitti Fasolino, Enciclopedia Jurídica Omeba, t. XVII, p.p. 655, 657, Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L. B. Aires, 1964). Por lo demás, debe tenerse presente que cuando el Juez decide con arreglo a la sana crítica, como en el caso de la norma contenida en el artículo 115 del libro procesal civil (antes 119) "no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente", como señala Eduardo Couture, conspicuo tratadista uruguayo citado, pues, eso sería libre convicción; sistemas en suma distintos al de la tasación o tarifa legal, de tanta importancia en el derecho germánico y que, en el fondo, automatiza la función jurisdiccional; lo cual es también demostración inequívoca que indebidamente se pretende, a más de las deficiencias

técnicas antes dichas, una revalorización de la prueba y que no es posible al tenor de la causal tercera invocada. En suma, en el memorial no se advierte dónde la fundamentación del mismo en lo que a dicha norma se refiere, esto es, en qué parte está la vulneración de la disposición que trae a colación por lo que no es posible hacer control de legalidad dado que el Tribunal de Casación no puede suponer o presumir cuestiones de trasgresión normativa que la parte recurrente está obligada no sólo a mencionar sino a fundamentar. En el tema en estudio, recapitulamos, no se advierte ni se ha demostrado, por tanto, que hubiese habido vulneración de las normas procesales de la relación, a más que, como ya se ha expresado, esa potestad discrecional para valorar la prueba corresponde exclusivamente a los jueces de instancia. Por las consideraciones y motivaciones precedentes, se rechaza el cargo por la causal comentada. QUINTA.- Se esgrimen cargos al amparo de la causal primera. Esta causal imputa vicios "in iudicando" y puede darse por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva. Aquí, tampoco se permite revalorar la prueba ni fijar nuevamente hechos ya establecidos, que se dan por aceptados pues, la esencia de esta causal apunta a demostrar, jurídicamente, la vulneración propiamente dicha de derecho. Es que cuando el juzgador dicta sentencia y llega a la convicción de la veracidad de determinados hechos, alegados ora por el actor ora por el demandado (demanda y contestación); luego de reducir los hechos a los tipos jurídicos conducentes, busca una norma o normas de derecho sustantivo que le sean aplicables (subsunción del hecho en la norma y que es una operación de abstracción mental propia del intelecto humano). Una norma material, estructuralmente hablando, tiene dos partes por así decirlo: un supuesto y una consecuencia. En ocasiones, la norma carece de estas dos partes pero se complementa con una o más normas con las que forma una proposición jurídica completa. La subsunción no es sino la operación o encadenamiento lógico mental, propio de la lógica formal, de una situación fáctica, específica, concreta en la previsión abstracta, genérica o hipotética contenida en la norma en cuestión. El vicio de juzgamiento o "in iudicando" contemplado en esta causal se da en tres casos: 1. Cuando el juzgador deja de aplicar la norma sustantiva

al caso controvertido y que, de haberlo hecho, habría determinado que la decisión en la sentencia sea distinta; 2. Cuando el Juez entiende rectamente la norma pero la aplica a un supuesto fáctico diferente del hipotético contemplado en ella, incurriendo así en un error en la equivocada relación del precepto con el caso controvertido; y, 3. Cuando el juzgador incurre en un yerro de hermenéutica, de exégesis jurídica al interpretar la norma, atribuyéndole un sentido y alcance que no tiene. En la especie, la parte recurrente aduce vulneración de las normas de derecho contenidas en los artículos 2392, 2393, 2397, 2414, 2415 y 1699 del Código Civil. La disposición primeramente referida hace alusión a la definición de que es el instituto de la prescripción y que, en opinión de la Sala no ha sido violentada en el pronunciamiento de segundo nivel, cuestionado, pues, la noción general que trae el código no hace diferenciación sobre este modo de adquirir las cosas ajenas o extinguir las acciones y derechos ajenos, por haberse poseído las cosas o no haberse ejercido dichas acciones o derechos; y sitúa su argumento la parte recurrente, bajo un supuesto que no se ha dado al decir "...es lógico que al estar el bien en litigio desprovisto de las prebendas legales que en materia de prescripción tienen solo los bienes de dominio público, se dejó de aplicar las reglas respecto de la prescripción de la acción ordinaria."; lo cual no demuestra violación de la norma referida. En lo tocante a las demás disposiciones, están únicamente citadas ni siquiera transcritas y peor fundamentadas por lo que respecto de las mismas y su vulneración alegada tampoco cabe hacer control de legalidad. Finalmente, en relación a la norma contenida en el artículo 1699 del mismo Código (mezclada en la causal primera cuando está citada a propósito de la causal tercera, ya estudiada), supuestamente vulnerada y que hace relación a la nulidad -y que por lo tanto quizá debió haberse argumentado al amparo de la causal segunda-; hace mención a quiénes pueden alegar la nulidad absoluta de algún acto o contrato cuando aparezca de manifiesto, y cuya declaratoria puede hacerla el juzgador aún sin que medie expresa petición de parte interesada; y, puede hacerlo quien tenga interés en ello, excepto quien ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, "sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba" . Esta norma, traída a colación por la parte recurrente como supuestamente vulnerada por el juzgador de segundo nivel, no viene al caso, esto es, la situación fáctica ocurrida no queda subsumida en la disposición en

cuestión, pues, en realidad de verdad la Municipalidad de Cuenca, que es una institución jurídica distinta, no intervino en la celebración del contrato cuya nulidad absoluta se demanda y resuelve por contener un objeto ilícito sino el Parque Industrial Cuenca C.E.M. que es otra entidad jurídica diferente a las personas naturales que las representan o conforman, en su orden y quien vende, ilícitamente, un inmueble que estaba fuera del comercio humano independientemente que AGA del Ecuador S.A., la compradora, pudiese haber actuado de buena fe, que no es el tema que se discute. Por tanto, no se ha demostrado que la norma en cuestión hubiese sido afectada al momento de expedirse el fallo que se reprocha, y, por lo mismo, se desestima el cargo por la causal antedicha. Por lo expuesto, se rechaza el cargo al amparo de la causal primera. Por las consideraciones y motivaciones precedentes y sin que sea menester abundar, esta Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, "ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA", no casa la sentencia de la que se ha recurrido y que fuera expedida por la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la entonces Corte Superior de Justicia de Cuenca, el 28 de abril de 2006, a las 08h00. Sin costas ni multas. Léase, notifíquese y devuélvase.f.) Dr. Manuel Sánchez Zuraty, Juez Nacional. f.) Dr. Carlos Ramírez Romero, Juez Nacional. f.) Dr. Galo Martínez Pinto, Juez Nacional, (VOTO SALVADO). f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator, que certifica.

CERTIFICO:

Que las once (11) copias que anteceden son iguales a sus originales tomadas en el juicio No. 290-2006 ex 2a. Sala WG (Resolución No. 663-2010) que sigue Ilustre Municipalidad de Cuenca contra Patricio Cárdenas Cifuentes, representante legal de la compañía AGA DEL ECUADOR S.A. Quito, 9 de diciembre de 2010.-

f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator.

7.- NULIDAD ABSOLUTA O RELATIVA

Serie 15 Gaceta Judicial 12 de 22-ago.-1991 Estado: Vigente

NULIDAD ABSOLUTA O RELATIVA

Cada una de las dos clases de nulidad, absoluta y relativa, está sujeta a un régimen Jurídico diverso, en algunos aspectos aún contrario, incompatible, conforme determinan los Arts. 1725, 1726 y 1727 del Código Civil. Pero en lo que toca a la materia de las referidas excepciones, es de precisar que, mientras la nulidad absoluta puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vacío que lo invalidaba, la relativa no puede alegarse sino por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, o por sus herederos o cesionarios; y que, en punto a prescripción, la nulidad absoluta requiere un lapso que pase de quince años, en tanto que el plazo para pedir rescisión, proveniente de nulidad relativa, es de solamente cuatro años, según los Arts. 1726, 1727, 1735 del Código Civil. Hay que saber para decidir el caso en Derecho, a qué suerte de nulidad se refiere la actora y cuál es la acción que ha querido ejercer. No es explícita la demanda en este aspecto, que tanto importa: exige, simplemente, se declare la nulidad del contrato por el motivo que se deja indicado, y, al hacerlo, cita disposiciones que atañen a una y otra especie de nulidad, lo cual ya llega a resultar equívoco. La causa de nulidad que aduce tiene que ver, no con el objeto o causa del contrato, tampoco con la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor del mismo en consideración a su naturaleza, y menos con la intervención en él de persona o personas absolutamente incapaces. Hay que concluir, por vía de exclusión, que la acción propuesta es rescisoria, al tenor del último inciso del Art. 1725 del Código Civil, el cual dispone que cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato.

Gaceta Judicial. Año XCI. Serie XV. No. 12. Pág. 3529. (Quito, 22 de Agosto de 1991)

TERCERA INSTANCIA

VISTOS: La Corte Superior de Tulcán confirma la sentencia de primer nivel y, aceptando la demanda ordinaria incoada por Aura Elisa Ibarra Arteaga contra Segundo Carapaz, Blanca Paucar y los Herederos de José Azael Carapaz, declara la nulidad del contrato de compra - venta celebrado, según escritura pública de 17 de julio de 1.981, por los mencionados Carapaz, respecto al predio "los Capulíes", situado en la parroquia González Suárez del cantón Tulcán. Los demandados Segundo Carapaz y Blanca Paucar han interpuesto recurso de tercera instancia, a que ha adherido la actora. Para resolver, radicada que se halla la competencia en esta Sala, se considera: PRIMERO.- La demandante plantea la nulidad del referido convenio, pues dice que el vendedor lo otorgó atribuyéndose la calidad, que no tenía, de único heredero de quien fuera su cónyuge Rosa Ibarra Arteaga; y que, en faltándole esa calidad, que a la actora le pertenece por ser hija única de la señora Ibarra Arteaga, el contrato es nulo y pide que así se lo declare, dirigiendo su demanda contra los compradores, Segundo Carapaz y Blanca Paucar, y contra los herederos del fallecido vendedor, José Azael Carapaz. A fs. 40 contesta los compradores requeridos, oponiéndose: niegan los fundamentos de la demanda, alegan su improcedencia, cosa juzgada, falta de derecho de la actora procede fraudulentamente pues carece de la filiación que aduce, manifiestan, falta de legítimo contradictor, falta de personería de la demandante, prescripción de la acción, nulidad del juicio. Aseveran, en suma, que la escritura cuestionada tiene todo el valor legal. Los herederos del vendedor no han contestado. Y de esta forma se ha trabado la litis. SEGUNDO.- Nulidad del juicio, no existe, porque no hay omisión de solemnidad sustancial ni vicio de trámite capaces de influir en la decisión. Cosa juzgada tampoco, desde luego que no se ha probado que existiese sentencia firme decisoria del mismo asunto, entre las mismas partes, conforme al Artículo 301 del Código de Procedimiento Civil. Ni aparece que la actora fuese incapaz de comparecer en este juicio, que eso significa la ilegitimidad de personería. TERCERO.- Las de falta de legítimo contradictor y prescripción resultan, en cambio, excepciones que vienen a lo esencial del caso y en cuya dilucidación cabe detenerse, por lo mismo. Vinculadas se hallan, las dos, al extremo relativo a la especie de nulidad de que se trate: si absoluta o relativa, en los términos de la

clasificación que indica el inciso 2o. del Artículo 1724 del Código Civil. Cada una de las dos clases de nulidad está sujeta a un régimen Jurídico diverso, en algunos aspectos aún contrario, incompatible, conforme determinan los artículos 1725, 1726 y 1727 ibídem. Pero particularmente, en lo que toca a la materia de las referidas excepciones, es de precisar que, mientras la nulidad absoluta puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vacío que lo invalidaba", la relativa no "puede alegarse sino por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, o por sus herederos o cesionarios"; y que, en punto a prescripción, la nulidad absoluta requiere un lapso que pase de quince años, en tanto que el plazo para pedir rescisión, proveniente de nulidad relativa, es de solamente cuatro años - artículos 1726, 1727, 1735 del Código Civil -. Hay que saber, pues, para decidir el caso en Derecho, a qué suerte de nulidad se refiere la actora y cuál es la acción que ha querido ejercer.

CUARTO.- No es explícita la demanda en este aspecto, que tanto importa: exige, simplemente, se declare la nulidad del contrato por el motivo que se deja indicado, y, al hacerlo, cita disposiciones que atañen a una y otra especies de nulidad, lo cual ya llega a resultar equívoco. Empero, pues la causa que aduce tiene que ver, no con el objeto o causa del contrato, tampoco con la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor del mismo en consideración a su naturaleza, y menos con la intervención en él de persona o personas absolutamente incapaces. Hay que concluir, por vía de exclusión, que la acción propuesta es rescisoria, al tenor del último inciso del Artículo 1725 del Código Civil, el cual dispone que "Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato". Conclusión corroborada por la mención expresa que hace la demanda del artículo 1494 del Código Civil, referente a los vicios del consentimiento, que constituyen causa de rescisión.

QUINTO.- Bien entendido, entonces, que se trata de acción rescisoria; teniendo en cuenta, además, la causa invocada de nulidad y la fecha del contrato, 17 de julio de 1.981 fs. 29 a 31., así como la de citación con la demanda, 14 de junio de 1.987, es fuerza deducir que la acción efectivamente ha prescrito, conforme al Artículo 1735 del Código Civil y que la excepción respectiva, expresamente alegada, procede. Por añadidura, también se anota que quien dedujo la

demanda no se encuentra en la condición Jurídica de legítimo contradictor en este juicio, como quiera que la nulidad relativa no la puede alegar sino las personas en cuyo beneficio la han establecido las leyes; o sus herederos o cesionarios y tal no es su caso. "Dadas las causas que produce la nulidad relativa escribe don Luis Claro Solar. "Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado", Editorial Jurídica de Chile, VI, pág. 620, que son la falta de capacidad legal para obligarse por sí mismo y sin la intervención o autorización de otra persona, la falta de requisitos o formalidades exigidas para la validez del acto o contrato en atención a la calidad o estado de las partes, y el error, fuerza o dolo de que puede ser víctima una de las partes, son solamente dichas personas incapaces o cuyo consentimiento ha sido viciado las únicas en cuyo beneficio establece la ley la nulidad relativa y las únicas, por lo mismo, que tienen derecho a demandar la rescisión del acto contrato". En virtud de lo expuesto y sin que sean menester más, consideraciones, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se revoca la sentencia venida en grado y se rechaza la demanda. Sin costas.

8.- INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

Expediente de Casación 9 Registro Oficial 27 de 29-feb.-2000
Estado: Vigente

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. Expediente 9, Registro Oficial 27, 29 de Febrero del 2000. Dentro del juicio ordinario No. 652-94 (Recurso de Casación) que por indemnización de daños y perjuicios, sigue Carlos Enrique Jara, en su calidad de representante legal de la Compañía Comercial Prodehierro Cía. Ltda. en contra de Gustavo Eduardo Falconí Peet, por sus propios derechos y por los que representa de Laboratorio Electrónico Electrolab Cía. Ltda. Se ha dictado lo siguiente:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA PRIMERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

Quito, 18 de enero del 2000; las 15h00.

VISTOS: Carlos Enrique Jara, en su calidad de representante legal de la Compañía Comercial Prodehierro Cía. Ltda., dentro del juicio ordinario que, por indemnización de daños y perjuicios, sigue en contra de Gustavo Eduardo Falconí Peet, por sus propios derechos y por los que representa de Laboratorio Electrónico Electrolab Cía. Ltda., interpone recurso de casación de la sentencia dictada por la Sexta Sala de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, la misma que revocando la sentencia dictada por el inferior acepta la demanda y declara sin lugar la reconvención. Concedido el recurso extraordinario por el Tribunal ad quem, sube el proceso a conocimiento de esta Corte Suprema de Justicia y en virtud del sorteo de ley, se radica la competencia en la Primera Sala de lo Civil y Mercantil, la cual para resolver considera:

PRIMERO: El recurso de casación se ha interpuesto dentro del término legal respecto de una sentencia ejecutoriada que pone fin a un proceso de conocimiento sustanciado por la vía ordinaria, por quien ha recibido agravio en la misma; por su parte el escrito de interposición y fundamentación del recurso reúne los requisitos de forma exigidos por el artículo 6 de la Ley de Casación en su texto vigente a la época de interposición del recurso.

SEGUNDO: A este proceso de casación se le ha dado el trámite dispuesto por la ley de la materia.

TERCERO: El recurrente ha señalado como normas infringidas las contenidas en los artículos 9, 10 y 1753 del Código Civil, 121, 211, 212, 220, 278 y 319 del Código de Procedimiento Civil. Fundamenta su recurso de casación en las causales primera y tercera del artículo 3 de la ley de la materia. Al análisis de estos cargos formulados contra la sentencia de última instancia se contrae la competencia de este Tribunal de Casación.

CUARTO: La Sexta Sala de la Corte Superior de Guayaquil, considerando que la prueba de testigos es admisible en los negocios mercantiles, salvo en aquellos casos en que la ley disponga otra cosa (Código de Comercio, artículo 168); y que el contrato celebrado entre la Compañía Comercial Prodehierro Cía. Ltda. y Laboratorio Electrónico Electrolab Cía. Ltda., sobre el cual se entabla la litis, es un contrato mercantil, pues ha sido celebrado entre dos sociedades mercantiles sujetas a la Ley de Compañías, fundamenta su fallo en los testimonios rendidos por Eduardo Palacios Burnhan y Francisco Herrero Sión, admitiendo que este caso no corresponde a ninguna situación en que la ley prevea excepcionalmente un principio de prueba por escrito. Este razonamiento del Tribunal ad quem es acertado y por ello no resulta aceptable la alegación del recurrente de que se haya violado el artículo 1753 y demás normas pertinentes del Código Civil respecto a la prueba de las obligaciones.

QUINTO: Pero también el recurrente fundamentó su recurso en la causal tercera "aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto"; y, al amparo de esta causal alega la violación de los artículos 319 y 121 del Código de Procedimiento Civil en cuanto las declaraciones de Eduardo Palacios Burnhan y Francisco Herrero Sión, fueron tomadas luego de seis días de haber fenecido el término probatorio. Señala además el recurrente que esta violación produjo indirectamente la violación de normas sustantivas (artículos 9, 10 y 1753 del Código Civil). Esta causal limita la atribución jurisdiccional del Tribunal de Casación a fiscalizar que el Tribunal de instancia no haya infringido las normas de derecho que regulan la valoración de la prueba. Uno de los casos que puede darse con motivo de esta causal se produce cuando el Juez yerra al admitir como válidas pruebas que han sido introducidas al proceso sin los requisitos legales necesarios para ello; por ejemplo, una vez concluido el término de prueba. De darse este caso, simplemente no hay prueba legalmente producida y, en consecuencia, es procesalmente inexistente. Este supuesto es el provocado por la violación del artículo 121 del Código de Procedimiento Civil que señala el recurrente. Por su parte, el artículo 319 del mismo

cuerpo legal es concordante con el artículo citado, ya que contiene el principio de la oportunidad y pertinencia de la prueba, cuya violación acarrea como efecto el que la prueba, introducida a juicio fuera de los términos establecidos para ello, no pueda ser valorada por el Juez.

SEXTO: En la especie, se observa lo siguiente: a) A fojas 6 del cuaderno de segundo nivel, los Ministros de la Sexta Sala de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, mediante auto de 1 de noviembre de 1993, notificado el 5 del mismo mes y año, abren la causa a prueba por el término de diez días; b) El término probatorio vencía el 19 de noviembre de 1993; c) El demandado, ese mismo día, 19 de noviembre de 1993, presenta un escrito solicitando se recepcionen los testimonios de Eduardo Palacios Burnhan y de Francisco Herrero Sión; d) Mediante auto dictado también ese mismo día, 19 de noviembre de 1993, a las 18h15, el Tribunal ad quem señala el día 25 de noviembre de 1993, para que rindan prueba testimonial Eduardo Palacios Burnhan y Francisco Herrero Sión; testimonios que efectivamente los rinden en la fecha señalada, es decir una vez fenecido el término de prueba. Esto significa simplemente que el Tribunal de instancia fundamentó su sentencia en una prueba procesalmente inexistente, situación especialmente grave frente a la cual no resulta admisible invocar ni aplicar el principio de equidad. El fallo de última instancia se funda en éstas testimoniales como prueba determinante para que se admita la pretensión de la parte actora, por lo tanto este error ha sido determinante en la parte resolutive del fallo.

SEPTIMO: Al haber aplicado indebidamente el Tribunal de instancia las normas relativas a la valoración de la prueba, es procedente casar la sentencia de segunda instancia y dictar la que corresponda, en cumplimiento de lo que dispone el artículo 14 de la Ley de Casación, asumiendo esta Sala, desde este momento, las facultades de un Tribunal de instancia, conforme así lo expresa la doctrina y entre ellos el autor español Manuel de la Plaza, quien en su obra "La Casación Civil" dice: "una vez dictada la sentencia que se llama de fondo, dicta la de instancia y, por un momento, se convierte en Tribunal de esa clase, y señala en la expresada resolución, los efectos que la casación ha determinado en la resolución de los Tribunales a quo" (Editorial

Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944, Pág. 464), coincidente con este criterio es lo expresado por Fernando de la Rúa, que dice: "Si el Tribunal estimare que la resolución impugnada ha violado o aplicado erróneamente la ley, la casará y resolverá el caso conforme a la ley y a la doctrina cuya aplicación se declara... se concede al Tribunal de Casación la función francamente positiva de aplicar concretamente la norma debida al caso sometido a su decisión, a la manera de una tercera instancia in jure" ("El Recurso de Casación en el Derecho Positivo Argentino", editor Víctor P. De Zavala, Buenos Aires, 1968, Pág. 250) y lo escrito por el autor colombiano Alvaro Pérez Vives, que manifiesta: "Cuando la Corte halla que es del caso invalidar el fallo recurrido, así lo declara y procede a continuación a dictar la sentencia de instancia. En tal evento, la parte resolutive estará compuesta por una decisión de casación y un fallo de instancia". ("Recurso de Casación", Editorial Centro - Instituto Gráfico Limitada-, Bogotá, 1946, Págs. 144, 145).

OCTAVO: La parte actora en su demanda pide: "a).- Que se declare la nulidad del contrato que en forma dolosa se me indujo a aceptar relatado en esta demanda. O, a la rescisión del mismo por lo relatado en esta demanda; b).- A la indemnización de los daños y perjuicios causados a mi representada "Prodehierro" Cía. Ltda., que deberán ser pagados por los demandados en forma solidaria y que se los estima en el valor de S/. 15.000.000,00 (Quince millones de sucres); c).- Independientemente del pago de los daños y perjuicios los demandados deben ser condenados a restituir a mi representada el valor de S/. 2.975.000,00 que en forma injustificada se hicieron entregar en fecha 28 de agosto de 1991 mediante cheque No. 000427 girado por mi representada. Con sus respectivos intereses al máximo de tasa legal hasta el día que se pague; ch).- Al pago de los gastos judiciales, costas procesales y honorarios de mi abogado defensor". La demanda va dirigida, primordialmente, a alcanzar la declaratoria de nulidad o de rescisión del contrato que dice haber celebrado con la parte demandada. La conjunción "o" empleada por el actor en su libelo de demanda puede ser copulativa o disyuntiva; será copulativa si es que utiliza indistintamente las expresiones "nulidad" o rescisión "como sinónimos, será disyuntiva si utiliza la palabra "nulidad", como la acción pertinente ante la existencia de un vicio de nulidad absoluta, y "rescisión" como la acción, que corresponde ante la presencia de vicios de

nulidad relativa. De conformidad con el artículo 1724: "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" y según el artículo 1725: "La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, 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. Hay asimismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces. Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato". "Cuando se pide la declaratoria de nulidad absoluta, la acción se denomina de nulidad, y cuando se pide la declaratoria de nulidad relativa, la acción es de rescisión. El autor chileno Arturo Alessandri Besa en su obra "La Nulidad y la Rescisión en el Derecho Civil" Universidad Santiago de Chile, I Reimpresión 1990, Tomo 1, Pág. 69 dice: "Términos que emplea el Código Civil Chileno.- Es ésta una materia confusa, sobre la cual las legislaciones positivas y los autores discrepan considerablemente, y no existe un criterio único que pudiera servir de pauta general. El Código Civil de Chile, habla de nulidad absoluta y de nulidad relativa o rescisión, haciendo una diferencia clara en cuanto a su concepto y a las reglas que las rigen. Por otra parte, cuando el Código habla de "nulidad" simplemente, sin otro adjetivo, quiere significar, por regla general, la nulidad absoluta; pero como en materia de términos, el Código Civil no ha sido muy exacto ni preciso, habrá que entrar a aplicar en cada caso, los principios generales que ha dado sobre la materia, para determinar a qué especie de nulidad se está refiriendo". Son causales de nulidad absoluta, de conformidad con el artículo 1725 antes citado, la intervención de un absolutamente incapaz, el objeto o causa ilícita y la producida por 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. El mismo autor, en la obra citada Pág. 114 señala como causales de nulidad absoluta las siguientes: "1.- Objeto ilícito; 2.- Falta de objeto; 3.- Causa ilícita; 4.- Falta de causa; 5.- Omisión de ciertas formalidades exigidas en consideración a la naturaleza del acto

o contrato que se ejecuta o celebra; 6.- Falta de voluntad o consentimiento; 7.- Incapacidades especiales para ejecutar ciertos actos", y en la Pág. 689 (Alessandri Besa, Tomo II) enumera las causas de nulidad relativa que producen la rescisión del acto o contrato "1.- Vicios del consentimiento; 2.- Lesión; 3.- Actos de los relativamente incapaces; 4. Incapacidades especiales, y 5.- Omisión de otras formalidades habilitantes", y en la Pág. 653 determina que "por regla general, las partes, al alegar la nulidad, la califican de absoluta o relativa.- La parte demandante, al alegar la nulidad, y el demandado al oponerla como excepción, acostumbran calificar la nulidad de absoluta o relativa, señalando, al mismo tiempo, las causales que la producen, requisito exigido por el Código de Procedimiento Civil para que sea procedente la acción o la excepción deducidas. Sin embargo, la cuestión de calificación de la nulidad en absoluta o relativa ha dado origen a diversos problemas, que dicen relación, sea con la falta de calificación por parte de los litigantes, sea con la errada calificación hecha por éstos". Respecto de la falta de calificación por parte del que alega la nulidad o del Juez que la declara, afirma: "No es necesario calificar la nulidad ni en la solicitud en que se alega, ni en la sentencia.- Si la parte que alega la nulidad no la califica de absoluta o relativa, sino que se limita a pedir que se anule un acto o contrato por tal o cual motivo, su petición es perfectamente aceptable, y si el juez la acoge, tampoco necesita calificarla; la ley no lo exige. Esto no obsta para que el tribunal, al acoger la nulidad alegada, la califique de absoluta o relativa, según sea la causal que se haya hecho valer, ya que su misión es fallar con arreglo a la ley". En las Págs. 662 a 663 (Alessandri Besa, Tomo 1) habla sobre la importancia procesal de la calificación.- "De la calificación dependen las características de la nulidad.- Como dijimos, la calificación de la nulidad en absoluta o relativa puede omitirse cuando ella es declarada, pues la nulidad, sea de una u otra especie, produce unos mismos efectos. Sin embargo, la determinación de si la causal invocada produce nulidad absoluta o relativa tiene importancia en el juicio, porque de ella dependen las personas que pueden alegar la nulidad, y el plazo en que se sanea. Es lo que puede suceder si quien no tiene el derecho de alegar la nulidad relativa deduce la acción de nulidad absoluta, fundándola en una causal que sólo da origen a aquélla; la acción sería improcedente, porque el actor no estaría facultado para solicitar la nulidad, debido a que el

verdadero carácter de la nulidad alegada es el de relativa, y ésta no puede ser pedida por cualquier interesado, sino únicamente por la persona en cuyo beneficio la ha establecido la ley. Lo mismo sucede si el que alega la nulidad, creyéndola absoluta, lo hace después de transcurrido el plazo de cuatro años contado desde que desapareció su causa, y se trata; en realidad, de una rescisión; en este caso, la acción o la excepción de nulidad se encuentran extinguidas por haberse saneado el acto o contrato. A la inversa, si quien tiene derecho de alegar la nulidad relativa, lo hace antes de transcurrido el plazo de saneamiento de la rescisión, y de la calificación que hace el Tribunal resulta que dicha nulidad es absoluta, su acción o excepción puede ser rechazada por ser quien la alega uno de los que intervinieron en la celebración del acto o contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba. Hay, sin embargo casos en los cuales el Tribunal debe calificar la nulidad por una circunstancia propia de la especie a que ella pertenece. Si por ejemplo, después de vencido el plazo de prescripción de la acción rescisoria, se alega una nulidad que se presume absoluta, cuando en realidad es relativa, el Tribunal, para poder rechazar la rescisión, debe calificar la nulidad solicitada, ya que sólo puede negar lugar a ella si es relativa". De autos no aparece que se haya probado la existencia de vicio alguno que pueda producir la nulidad o la rescisión del contrato celebrado entre actor y demandado (el cuales admitido por las dos partes).NOVENO: No se planteó la acción resolutoria, por lo que al haberla concedido el Juez de primer nivel en su fallo incurrió en el vicio de extra petita, y la Corte Superior al no haber anotado este error en la sentencia de primera instancia sino haber entrado a resolver sobre la acción resolutoria "también planteada en forma alternativa o subsidiaria" según su afirmación la que no se compadece con la verdad procesal, hace un análisis impertinente y si bien rechaza la acción, lo hace por motivaciones que nada tienen que ver con el controvertido, y que de admitirse produciría cosa juzgada sobre algo que no fue demandado, lo cual es contrario a la lógica y al derecho.

DECIMO: Respecto de la reconvencción se anota: la empresa demandada reclama el pago del saldo insoluto del valor de la propaganda contratada y los intereses respectivos. La parte actora se excepciona alegando que el contrato no se cumplió conforme el compromiso. Examinados los autos, aparece que efectivamente la

animación no tuvo la idoneidad suficiente y fue inadecuada para la campaña publicitaria pretendida por la actora (inspección judicial de fojas 57 y vta. e informe pericial de fojas 53 y 54), de manera que el cumplimiento no fue satisfactorio y por lo tanto mal puede reclamar el pago completo de un servicio prestado insatisfactoriamente, o sea sin que se haya realizado la prestación de lo debido. Por las consideraciones, esta Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, casa parcialmente la sentencia y rechaza la acción de nulidad o rescisión planteada por Comercial Prodehierro Cía. Ltda. Por no haberse probado la existencia de causa de nulidad o de rescisión en el contrato que celebró con Electrolab Cía. Ltda. Y que fue objeto de la acción. Se confirma el rechazo de la reconvenición propuesta por Electrolab Cía. Ltda. En contra de Comercial Prodehierro Cía. Ltda. Por no haber acreditado que el cumplimiento se realizó de conformidad con lo estipulado en el contrato. Se llama la atención a los Ministros integrantes de la Sexta Sala de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil por haber dado validez a una prueba incorporada al proceso en clara violación de las normas legales pertinentes. Sin costas. Notifíquese, publíquese y devuélvase. Fdo.) Dres. Tito Cabezas Castillo, Santiago Andrade Ubidia y Gonzalo González Real, Ministros Jueces y Conjuez Permanente de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia.

9.- NULIDAD DE COMPRAVENTA

Expediente de Casación 467 Registro Oficial 332 de 03-dic.-1999
Estado: Vigente

NULIDAD DE COMPRAVENTA. Expediente 467, Registro Oficial 332, 3 de Diciembre de 1999.

En el juicio ordinario (recurso de casación) No. 133-98 que, por nulidad de contrato de compraventa, sigue Julio Andrés Rojas Minuche en contra de Manuel Francisco Déleg Sasaguay, Wilson Fernando Déleg Remache, Francisco Leonardo Déleg Remache y Deifilia Damiana Flores, se ha dictado lo siguiente:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA PRIMERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

Quito, a 3 de septiembre de 1999; las 09h10. VISTOS: Agréguese los escritos que anteceden. En lo principal: Manuel Francisco Déleg Sasaguay, Wilson Fernando Déleg Remache y Francisco Leonardo Déleg Remache, interponen recurso de casación de la sentencia dictada por la Primera Sala de la H. Corte Superior de Justicia de Machala, que revoca el fallo de primera instancia y acepta la demanda, dentro del juicio ordinario que, por nulidad de contrato de compraventa, sigue Julio Andrés Rojas Minuche en su contra y de Deifilia Damiana Flores. Dicho recurso es concedido, permitiendo con ello que la Corte Suprema de Justicia conozca del mismo, y por el sorteo de ley, la competencia se radica en esta Primera Sala de lo Civil y Mercantil, la que en auto de 28 de mayo de 1998 admite a trámite el recurso de casación. Una vez concluida la etapa de sustanciación de este proceso de casación, para resolver se considera:

PRIMERO.- Este Tribunal de Casación, reafirmandose en lo resuelto en casos anteriores, considera que el ámbito de competencia dentro del cual puede actuar está dado por el propio recurrente en la determinación concreta, completa y exacta de una o más de las causales sustentadas por el artículo 3 de la Ley de Casación. El tribunal no está facultado para entrar a conocer de oficio o rebasar el ámbito señalado por las causales citadas por el recurrente, aunque advierta que en la sentencia impugnada existen otras infracciones a las normas de derecho positivo. En esta virtud, en el caso sub judice, esta Sala se limita a analizar las causales invocadas por la recurrente, es decir, la primera, segunda y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, así como las normas señaladas como infringidas (artículos 21, 67 y 88 de la Ley de Registro Civil y Cedulación; artículos 27, 28, 29, 44, 47 y 48 de la Ley Notarial; artículos 1724 y 1726 del Código Civil, y artículos 119, 120, 180, 355 y 358 del Código de Procedimiento Civil) y la fundamentación que el mismo formula.

SEGUNDO.- Como fundamentos de su recurso, los recurrentes señalan que en la sentencia dictada por el tribunal ad quem, con respecto a la causal primera del

artículo 3 de la Ley de Casación, se ha producido una "falta de aplicación de las normas de derecho, en la sentencia, lo que ha sido determinante en su parte dispositiva; que el actor confunde "...lo que es nulidad de escritura pública y lo que constituye nulidad del contrato de compraventa. La nulidad de los contratos se haya (sic) contemplada en los Arts. 1724 y siguientes del Código Civil y la nulidad de la escritura pública se encuentra prescrita en el Art. 48 de la Ley Notarial, en concordancia con el Art. 174 del Código de Procedimiento Civil. Es importante destacar que el actor demanda a Deifilia Damiana Flores, y sin fundamento invoca el Art. 989 del Código Civil. Por ende existe falta de aplicación de las normas de derecho en la sentencia (Artículo 3 de la Ley de Casación, causal primera)."; respecto a la causal segunda, alegan también falta de aplicación "de las normas procesales que han generado que se produzca la nulidad del proceso, pues provocó la indefensión de la Notaria Pública del cantón El Guabo, abogada Bertha Elvira Romero Tandazo, situación que influyó en la decisión de la causa", pues "En este proceso se ha demandado la nulidad de la escritura pública de la escritura de compraventa, celebrada el 2 de enero de 1995, ante la Notaria del cantón El Guabo, Abg. Bertha Romero Tandazo, siendo la vendedora la señora Deifilia Damiana Flores y los compradores Manuel Francisco Déleg Sasaguay, Wilson Fernando Déleg Remache y Francisco Leonardo Déleg Remache; la escritura pública está debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad del cantón El Guabo, con fecha 20 de enero de 1995... En el momento en que no se cuenta con la señorita Notaria del cantón El Guabo como parte procesal obligatoria nos encontramos ante la nulidad procesal, conforme lo disponen los Arts. 355 y 358 del Código de Procedimiento Civil... Se ha olvidado el Tribunal del principio imperativo que consagra el Art. 180 del Código de Procedimiento Civil. Existe falta de aplicación de las normas procesales porque han viciado el proceso de nulidad insanable, con el agravante que provocaron indefensión de parte de la señorita Notaria Ab. Bertha Romero Tandazo (Art. 3 de la Ley de Casación, causal segunda)"; finalmente, en lo que concierne a la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, los recurrentes afirman que "El Tribunal incumple con lo prescrito en los Arts. 119 y 120 del Código de Procedimiento Civil, lo que configura la causal tercera del Art. 3 de la Ley de Casación, esto es errónea

interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba...", porque "El Tribunal Superior, declara la nulidad del contrato de compraventa basado en una sentencia dictada por el señor Juez Primero de lo Civil de El Oro, en donde con expresa violación de la Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación a petición de Julio Rojas, declara el Juez Primero Civil con fecha 11 de junio de 1993, la nulidad de la inscripción de nacimiento posterior a la primera, constante a nombre de Deifilia Damiana Flores. La sentencia antes mencionada es nula por contravenir lo preceptuado en los Arts. 21 y 88 de la Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación, en donde el competente para declarar la nulidad a solicitud de parte interesada o de oficio es el Director General del Registro Civil del Ecuador. De acuerdo con el Art. 67 de la mencionada Ley, la identidad personal de un sujeto se acredita por la cédula de ciudadanía que la otorga la Jefatura Provincial de Cedulación. Es más, el Art. 88 de la misma ley es terminante cuando sostiene que el acto judicial o extrajudicial que beneficie, perjudique u obligue a la persona que ha cambiado de apellido surtirá todos sus efectos aun después del cambio sin que pueda alegarse que se trata de otra persona. La misma norma señala que el cambio de nombre o apellido no alterará los derechos y obligaciones personales o patrimoniales. Es más, en autos consta en el cuaderno de segunda instancia que el tribunal aceptó que la demandada Deifilia Damiana Flores existió, cuando ameritando el certificado de defunción ordena que se cite a los herederos conocidos y desconocidos y presuntos de la aludida Deifilia Damiana Flores. La señora Deifilia Damiana Flores se presentó ante la señorita Notaria del cantón El Guabo, se identificó con su cédula de identidad y ciudadanía, presentó el certificado No. 873 del Registro de la Propiedad del cantón El Guabo que justificaba plenamente que heredó los predios rústicos materia de la compra venta; exhibió el certificado de avalúo municipal del cantón El Guabo y cumplió con todos y cada uno de los requisitos señalados en los Arts. 27, 28 y 29 de la Ley Notarial..."

TERCERO.- Cuando se invocan varias causales y entre ellas la segunda del artículo 3 de la Ley de Casación, o sea la "aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, cuando hayan viciado el proceso de nulidad insanable o provocado indefensión, siempre que hubieren influido en la decisión de la

causa y que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente", ésta debe ser analizada en primer lugar, ya que de ser admitida el Tribunal de Casación declarará la nulidad procesal y dispondrá el reenvío del proceso, al tenor de lo que dispone el artículo 15 de la ley de la materia, sin entrar a conocer el fondo de la controversia. En nuestro sistema legal, las causas de nulidad procesal se hallan especificadas en el artículo 355 del Código de Procedimiento Civil, que se refiere a la omisión de solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias, y en el artículo 1067 ibídem, que concierne a la violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto o al de la causa que se está juzgando. En la especie, se alega que se han transgredido los artículos 355 y 358 del Código de Procedimiento Civil, porque no se ha contado como parte procesal obligatoria con la Notaria del cantón El Guabo. Al respecto, se observa que esta alegación carece de fundamento, por cuanto la pretensión de la parte actora es la de que se declare la nulidad del contrato de compraventa contenido en la escritura pública otorgada ante la Notaria del cantón El Guabo el 2 de enero de 1995; por lo tanto, no se precisaba contar con ella como legítimo contradictor, y, en consecuencia, no se ha producido la violación de las normas procesales señaladas, tampoco se ha violado el artículo 180 del Código de Procedimiento Civil, ya que en momento alguno se divide la fuerza probatoria de instrumento alguno ni se lo acepta en parte y se lo niega en otra.

CUARTO.- Respecto de la causal primera, se anota que el argumento invocado por la parte recurrente es el mismo que el de la causal segunda, o sea que la acción se dirigió a solicitar la nulidad de la escritura pública celebrada por los demandados con Deifilia Damiana Flores; pero los recurrentes nuevamente olvidan que la pretensión del actor se condujo a que se declare la nulidad del contrato de compraventa contenido en la escritura pública otorgada ante la Notaria del cantón El Guabo el 2 de enero de 1995, por lo que no procede el análisis del vicio acusado.

QUINTO.- Respecto de la causal tercera, la Sala anota que la sentencia dictada el 11 de junio de 1993 por el Juez Primero de lo Civil de El Oro, en la cual se contó con Damiana Reyes y con el Jefe Provincial de Registro Civil, Identificación y Cedulación de El Oro, se halla ejecutoriada por el ministerio de la ley y ejecutada

mediante la respectiva marginación, sin que se la haya impugnado por los medios legales correspondientes, constituyendo cosa juzgada formal y material y de ella aparece que Deifilia Damiana Flores no existe, y se trata de una doble inscripción fraudulenta, en violación del artículo 21 de la Ley de Registro Civil, realizada por Damiana Reyes, conforme así lo declara el tribunal ad quem. La disposición legal antes citada en su inciso segundo dice: "La resolución que declare la nulidad se anotará al margen de la partida de que se trate, al igual que en todas las inscripciones de los diferentes actos y hechos de una misma persona, si estuvieren afectados por esa declaración." El juez de lo civil que en sentencia declaró nula la segunda inscripción actuó en todo conforme a la ley, ya que lo hizo con estricto apego a lo que dispone el artículo 61 de la Ley de Registro Civil. No se trata de un caso de rectificación de partida, con cambio de nombres o apellidos, como afirman los recurrentes. Lo que Damiana Reyes hizo fue fraguar una falsa inscripción como vía para en fraude a la ley, aparecer como heredera de Rosa del Carmen Flores y bajo la cobertura de tal calidad disponer de bienes de su sucesión. El contrato, de compraventa contenido en la escritura otorgada el 2 de enero de 1995 ante la Notaria del cantón El Guabo, se lo ha celebrado con persona simulada, como resultado de la utilización de la segunda inscripción con distintos datos, para aparentar que la vendedora ostentaba la calidad de heredera de Rosa del Carmen Flores, cuando en realidad carecía de dicha calidad. Por lo tanto, al ser simulada la identidad de la parte vendedora, no hay tal parte y en consecuencia el contrato de compraventa carece de uno de los elementos estructurales del mismo, y por lo mismo de la esencia, esto es, que haya un vendedor. Como conclusión, el fallo de último nivel dictado por la Primera Sala de la H. Corte Superior de Justicia de Machala se encuentra ajustado a derecho, por lo que, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se rechaza el recurso de casación interpuesto por Manuel Francisco Déleg Sasaguay, Wilson Fernando Déleg Remache y Francisco Leonardo Déleg Remache, dentro del juicio ordinario que, por nulidad de contrato de compraventa, propuso en su contra Julio Andrés Rojas Minuche. Con costas. En cien mil sucres se regulan los honorarios del defensor del actor. En cumplimiento de lo que dispone el artículo 17, reformado, de la Ley de Casación, entréguese en su

totalidad la caución constituida por los recurrentes a la parte perjudicada por la demora en la ejecución de la sentencia. Notifíquese.

Fdo.) Dres. Tito Cabezas Castillo, Santiago Andrade Ibadia y Galo Galarza Paz, Ministros Jueces.

10.- NULIDAD CONTRATO

Expediente de Casación 134 Registro Oficial Suplemento 224 de 29-jun.-2010
Estado: Vigente NULIDAD CONTRATO. Expediente 134, Registro Oficial Suplemento 224, 29 de Junio del 2010.

ACTOR: María del Carmen Sánchez Cumba, María Margarita, María Rosa, María Dolores, José Ignacio, Manuel María Cuesaca Sánchez y José Miguel Coesaca Sánchez, con el mismo Procurador Judicial Dr. Hugo Vega Sánchez.
DEMANDADO: Rosa Andrade y del señor José Miguel Coesaca Sánchez.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SEGUNDA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

Quito, 19 de mayo del 2008; las 16h20.VISTOS: Avocamos conocimiento de la presente causa en nuestras calidades de magistrados titulares de esta Sala, designados por el Comité de Calificación, Designación y Posesión de Magistrados y Conjuces de la H. Corte Suprema de Justicia, mediante Resolución No. 199 de 29 de Noviembre del 2005, publicada en el Registro Oficial No. 165 de 14 de Noviembre del mismo año y el Dr. Rigoberto Barrera Carrasco, mediante Resolución del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, en sesión de 9 de Enero del 2008. En lo principal, en el juicio ordinario de nulidad de contrato de compraventa y de escritura pública planteado por la señora María del Carmen Sánchez Cumba, y posteriormente por su fallecimiento, a través de sus herederos señores María Margarita, María Rosa, María Dolores, José Ignacio, Manuel María Cuesaca Sánchez y José Miguel Coesaca Sánchez, con el mismo Procurador Judicial Dr. Hugo Vega Sánchez, en contra de la señora Rosa Andrade y del señor José Miguel Coesaca Sánchez, éste último

inconforme con la sentencia dictada por la Primera Sala de la Corte Superior de Justicia de Ibarra, interpone recurso de casación (fs. 10 a 13 de segunda instancia), al ser negada la casación, el demandado interpone el Recurso de Hecho (fs. 24 de segunda instancia).- Luego del sorteo de ley y siendo el estado del recurso, el de resolver, para hacerlo se considera:

PRIMERO: La competencia de esta Sala se halla radicada en virtud de lo dispuesto en el Art. 200 de la Constitución Política de la República del Ecuador y del Art. 1 de la Ley de Casación, así como por el sorteo de 31 de Mayo del 2004; y, por cuanto calificado el recurso por la Sala mediante auto de 24 de Agosto del 2004, por cumplir los requisitos de procedencia, oportunidad, legitimación y formalidades en la forma dispuesta en el Art. 6 de la Ley de Casación, fue admitida a trámite.

SEGUNDO: El señor José Miguel Coesaca Sánchez, fundamenta el recurso en las siguientes causales y vicios contemplados en el artículo 3 de la Ley de Casación: 2.1. En virtud de la causal primera estima que en la sentencia dictada por la Sala que conoció el recurso en apelación, se infringieron las siguientes normas jurídicas: falta de aplicación de las normas de derecho contenidas en los numerales 10 y 17 del artículo 24 de la Constitución Política del Ecuador; falta de aplicación de las normas establecidas en los artículos 734 (actual 715), 985 (actual 965), 989 (actual 969) y 1726 (actual 1699) del Código Civil; 2.2. En relación a la causal segunda alega falta de aplicación de los artículos 70 (actual 66), 71 (actual 67), 73 (actual 69), 191 (actual 187), 277 (actual 273), 278 (actual 274) del Código Adjetivo Civil; e indebida aplicación del segundo inciso del artículo 119 (actual 115) del Código Procesal Civil; alega también violación del derecho constitucional contenido en el artículo 24, numerales 10 y 17; y artículos 17, 18, 19 y 163 de la Constitución Política del Ecuador; 2.3. En referencia a la causal tercera, indica que se omite aplicar el numeral cuarto del artículo 11 de la Ley de Registros e Inscripciones, indebida aplicación del segundo inciso del artículo 119 (actual 115) y falta de aplicación del segundo inciso del artículo 117 (actual 113) del Código Procesal Civil.

TERCERO: El recurrente, al fundamentar el recurso en la causal segunda del Art. 3 de la Ley de Casación, dice que se han violado, los artículos 70 (actual 66), 71 (actual 67) y 73 (actual 69) del Código de Procedimiento Civil, relativos a la demanda y sus solemnidades para ser admitida a trámite; el artículo 191 (actual 187) del mismo cuerpo legal que establece: "Siempre que, por defecto en la forma, se declare nulo un instrumento público otorgado ante notario, pagará éste una multa hasta de cuarenta dólares de los Estados Unidos de América en favor de la parte perjudicada, y será destituido de su empleo", los artículos 277 (actual 273), 278 (actual 274) del Código Adjetivo Civil relativos a la sentencia la cual debe decidir con claridad únicamente sobre los puntos de los que se trabó la litis, fundamentándose en la ley y en los méritos del proceso; alega también indebida aplicación del segundo inciso del artículo 119 (actual 115) del mismo cuerpo de leyes que dice: "La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos. El Juez tendrá obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas"; invoca también la violación del derecho constitucional contenido en el artículo 24 de la Constitución Política, numerales 10 y 17, que estipulan derechos para asegurar el debido proceso como aquel de que nadie puede ser privado del derecho de defensa o que toda persona tendrá derecho a acceder a los órganos judiciales y a obtener de ellos la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, sin que en caso alguno quede en indefensión; menciona también los artículos 17, 18, 19 y 163 de la Carta Magna que garantizan el goce de los derechos humanos; alega que la falta de aplicación de las normas procesales invocadas, producen la nulidad del proceso además que han colocado en una situación de indefensión a la señora Rosa Andrade y al Notario del cantón Urcuquí, ante quien se suscribió el contrato de compraventa y quien solemnizó la escritura pública, fundamentalmente por cuanto no fueron citados. Al respecto la Sala considera, que no toda inobservancia de las normas procesales es motivo del Recurso de Casación; la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación es clara; al respecto se necesitan de dos elementos confluyentes para su procedencia: esto es que el vicio esté contemplado en la ley como causa de nulidad (son causas de nulidad la

falta de observancia de las solemnidades sustanciales constantes en el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, y la violación del trámite correspondiente a la naturaleza que se está juzgando establecido en el artículo 1014 del mismo cuerpo legal); y, que sea de tanta significación que influyan en la decisión de la causa al impedir la aplicación de las normas sustantivas. Al respecto el tratadista Eduardo Couture, en su obra Fundamentos de Derecho Procesal Civil, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1951, pp. 285 y 286, manifiesta: "No hay nulidad de forma, si la desviación no tiene trascendencia sobre las garantías esenciales de defensa en juicio. La antigua máxima Pas de nullité sans grief recuerda que las nulidades no tienen por finalidad satisfacer pruritos formales, sino enmendar los perjuicios efectivos que pudieran surgir de la desviación de los métodos de debate, cada vez que esta desviación suponga restricción de las garantías a que tienen derecho los litigantes. Sería incurrir en una excesiva solemnidad y en un formalismo vacío, sancionar con nulidad todos los apartamientos del texto legal, aun aquellos que no provocan perjuicio alguno..." (Doctrina constante en la Resolución de la Corte Suprema de Justicia No. 472-2000 de 24 de Noviembre del 2000, en el juicio No. 263-97, publicada en el Registro Oficial No. 282 de 12 de Febrero del 2001), citas referidas por el Dr. Santiago Andrade Ubidia en su obra La Casación Civil en el Ecuador, Universidad Andina Simón Bolívar, primera edición, 2005, p. 120. El contrato de compraventa es un contrato bilateral, en el que la una parte llamada vendedor contrae la obligación de dar la cosa, y la otra parte llamada comprador se obliga a pagar el precio por la cosa vendida, es necesario aclarar que como principio del efecto relativo de los contratos, estos no aprovechan ni perjudican a terceros sino a las partes que los concluyeron y a sus sucesores; en el caso analizado el contrato de compraventa fue suscrito entre la señora María del Carmen Sánchez Cumba y el señor José Miguel Coesaca Sánchez, por lo tanto todos los efectos legales o ilegales que se desprendan de este contrato únicamente afectan a las partes contratantes o a sus herederos. El vicio de nulidad del proceso alegado en su escrito por el casacionista hace relación a la falta de citación a una de las demandadas y al Notario ante quien se suscribió el contrato de compraventa, lo cual no concuerda con las normas legales invocadas por el casacionista; sin embargo cabe el siguiente análisis: La citación es el acto por

medio del cual se le hace saber oficialmente el llamamiento a juicio o a la práctica de algún acto o diligencia judicial a quien tenga interés en el caso. En el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil se indican las solemnidades sustanciales a todo juicio e instancia, cuya falta u omisión es motivo de nulidad, el numeral cuarto establece como solemnidad la citación, la cual no solo es un presupuesto del proceso válido, sino que también es una garantía del debido proceso; principio consagrado en la Constitución Política actualmente vigente, en el numeral 12, artículo 24: "Para asegurar el debido proceso deberán observarse las siguientes garantías básicas, sin menoscabo de otras que establezcan la Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia; 12. Toda persona tendrá el derecho a ser oportuna y debidamente informada, en su lengua materna, de las acciones iniciadas en su contra". Este elemento procesal tiene la categoría de garantía constitucional, porque es un medio necesario para ejercer el derecho a la defensa. La nulidad por falta de citación puede pedirse dentro del proceso al tiempo que el demandado intervenga por primera vez en él observando las disposiciones del artículo 351 del Código de Procedimiento Civil; es necesario aclarar que la nulidad no se produce por la sola omisión de la citación, sino que se produce cuando ésta impide la comparecencia del demandado a juicio para ejercer el derecho a la defensa, como bien lo menciona Enrique Véscovi, en su obra Teoría General del Proceso, Editorial Temis, Bogotá, 1984: "Recordemos el principio que rige las nulidades en virtud del cual el acto con vicios de forma es válido si alcanza los fines propuestos", en tal virtud es necesario demostrar que el vicio alegado impidió la comparecencia del demandado a juicio y el ejercicio del derecho a la defensa. Del análisis del caso no se observan las razones de citación a ninguno de los demandados, sin embargo éstos comparecen al juicio, así el señor José Miguel Coesaca Sánchez lo hace a partir de fs. 18 de primera instancia y en todo el proceso; su cónyuge la señora Rosa María Andrade Suárez, comparece en el proceso (a fs. 39 del cuaderno de primera instancia) a rendir su confesión judicial, quienes no formularon el reclamo por falta de citación, conforme al artículo 351 del Código de Procedimiento Civil; se entiende entonces que conocían de las providencias dictadas en el juicio, de allí que en su oportunidad interpusieron el recurso de casación y están ejercitando ampliamente su derecho de defensa. En

cuanto al Notario licenciado Milton Chavarrea Vallejos, quien no es demandado y ante quien se suscribió el contrato de compraventa, no aparece la razón de la citación ni comparece en el juicio, se debe aclarar que la nulidad del contrato de compraventa tiene afectación directa respecto a las partes que lo suscribieron, ya que la demanda versa sobre la nulidad absoluta de contrato de promesa de compraventa y la nulidad de escritura pública, si bien es cierto el Notario que solemnizó dicho acto tiene responsabilidades diferentes, ya que este funcionario debe observar la solemnidades establecidas en el artículo 48 de la Ley Notarial, que en su inciso primero establece: "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...", de lo que se concluye que su falta de intervención no ha influido en la decisión de la causa, ni ha causado indefensión. De lo expuesto se concluye que no se han violado las normas relativas a la citación, por lo que este Tribunal de Casación desecha el cargo.

CUARTO: En cuanto a la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, el recurrente alega falta de aplicación de los numerales 10 y 17 del artículo 24 de la Constitución Política del Ecuador, que hacen relación al debido proceso; y falta de aplicación de las normas establecidas en los artículos 734 (actual 715), 985 (actual 965), 989 (actual 969), que definen la posesión, el derecho que tiene el poseedor y los hechos positivos que demuestran la posesión; respecto a los cuales el recurrente no realiza una argumentación individualizada del motivo por el cual la falta de aplicación de las normas relativas a la posesión tiene relación con la nulidad del contrato de compraventa; y finalmente alega falta de aplicación del artículo 1726 (actual 1699) del Código Civil que dice: "La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo

invalidaba; puede asimismo pedirse por el ministerio público, en interés de la moral o de la ley; y no puede sanearse por la ratificación de las partes, ni por un lapso que no pase de quince años". La acción presentada en este caso es la de nulidad absoluta del contrato de compraventa y de la escritura pública que contiene este contrato; el Código Civil en su artículo 1732 define este contrato: "Compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa, y la otra a pagarla en dinero. El que contrae la obligación de dar la cosa se llama vendedor, y el que contrae la de pagar el dinero, comprador. El dinero que el comprador se obliga a dar por la cosa vendida se llama precio". En este caso la señora María del Carmen Sánchez Cumba fue propietaria del cincuenta por ciento de las acciones y derechos fincados en el inmueble ubicado en el sector rural de la parroquia Imantag, cantón Cotacachi, provincia de Imbabura, que le correspondía en virtud del fallecimiento de su cónyuge señor Miguel Cuesaca Salgado por los gananciales matrimoniales; en tal condición podía disponer de ese cincuenta por ciento, por cualquier modo de transferencia de dominio, como efectivamente lo hizo, vendió ese porcentaje a su hijo señor José Miguel Coesaca Sánchez mediante una escritura pública suscrita ante el Notario del Cantón Urcuquí el 14 de Marzo de 1997. Los contratos son el resultado de un acuerdo de voluntades entre dos o más personas, específicamente denominado consentimiento; por lo tanto al ser la convención el resultado de una mutua voluntad, tiene que reunir todos los requisitos previstos en la ley para su existencia y validez. De conformidad con lo que dispone el artículo 1461 del Código Civil, en todo negocio jurídico es necesario que el mismo recaiga sobre un objeto lícito, que tenga causa lícita, que quien contrate sea legalmente capaz y que lo haga con consentimiento exento de vicio, en ese caso el contrato ha de ser válido. El contrato de compraventa es solemne, cuya forma y requisito constan en el artículo 1740 y siguientes del Código Civil. El demandado señor José Miguel Coesaca Sánchez en su confesión judicial constante a fs. 38 vta. de primera instancia al responder la cuarta pregunta dice: "Es verdad que el compareciente jamás convino en la cosa ni en el precio, en la venta que aparece vendido el terreno, realizado por María del Carmen Sánchez Cumba a favor del compareciente", y en la quinta pregunta responde: "Es verdad que el compareciente jamás pagó el precio del lote de terreno por las

gananciales, adquiridos por María Sánchez Cumba, en su calidad de cónyuge sobreviviente, por la venta del terreno"; en la pregunta séptima dice: "...no se canceló el patrimonio familiar agrícola que soportaba dicho inmueble...". Igualmente la demandada señora Rosa María Andrade Suárez, en su confesión judicial corrobora las afirmaciones de su cónyuge: a la segunda pregunta dice: "...tenía el gravamen de patrimonio familiar agrícola", a la quinta dice: "es verdad que no pagamos dinero alguno por la compra del inmueble vendido...". Al respecto Hildebrando Leal Pérez en su obra Contrato de Compraventa Civil y Comercial, Ediciones Librería Doctrina y Ley, 1989, dice: "...el precio viene a ser un elemento obligatorio en el contrato de compraventa, pues sin él no existiría ésta..., se entiende que las partes obran en los contratos con seriedad y rectitud, una colocando la cosa vendida con la intención y facultad de venta, otra disponiéndose a pagar el precio acordado por tal cosa...". Por otro lado la vendedora señora María Sánchez Cumba no sabe firmar y no conoce el idioma español, su idioma materno es el quichua; la manifestación de la voluntad y del conocimiento son exigidos como solemnidades para la validez de un acto o contrato. En el contrato de compraventa de un bien inmueble el Notario debe observar las solemnidades, cuyo objeto es precisamente dar constancia auténtica del consentimiento, garantizarlo como prueba preconstituida; en el presente caso, no hay traductor ni testigos que den fe del consentimiento de la vendedora al suscribir el contrato. "En los contratos, existencia o falta de consentimiento equivale, pues, a existencia o falta del instrumento o solemnidad", (Arturo Alessandri Bessa: La Nulidad y la Rescisión en el Derecho Civil Chileno, tomo 1, pp. 383 a 384). Adicionalmente sobre el bien objeto de la venta pesa un gravamen que es el patrimonio familiar (cancelado con posterioridad a la compraventa), que es un limitante del dominio, no es de libre disposición, conforme lo establece el numeral tercero del artículo 747 del Código Civil, siendo por lo tanto inalienables; previa a la disposición del bien es indispensable cancelar este gravamen. El Notario no observó las solemnidades sustanciales para otorgar la escritura pública, lo que vició este documento público. En definitiva el recurrente no ha establecido en forma clara, precisa y concreta respecto a cada una de las normas invocadas su falta de aplicación, por lo tanto se desechan también los cargos efectuados en virtud de la causal primera

del artículo 3 de la Ley de Casación.

QUINTO: En cuanto a la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, el casacionista invoca la falta de aplicación del numeral cuarto del artículo 11 de la Ley de Registros e Inscripciones, que dice: "Son deberes y atribuciones del Registrador: a) Inscribir en el Registro correspondiente los documentos cuya inscripción exige o permite la Ley, debiendo negarse a hacerlo en los casos siguientes: 4.- Si el título o documento que se trata de inscribir tiene algún vicio o defecto que lo haga nulo"; indebida aplicación del segundo inciso del artículo 119 (actual 115) del Código de Procedimiento Civil que dice: "El juez tendrá obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas" y falta de aplicación del segundo inciso del artículo 117 (actual 113) del Código Adjetivo Civil que establece: "El demandado no está obligado a producir pruebas, si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa". Las normas sobre la valoración de la prueba constituyen un método para que el juzgador valore la prueba, el Juez puede libremente según la sana crítica, acoger elementos de prueba aportados por el actor y, desestimar elementos de prueba aportados por el demandado; es decir que el Juez de instancia puede libremente dar una determinada valoración a las pruebas, a no ser que esta valoración sea absurda o arbitraria o que al hacerlo viole los preceptos jurídicos de la actividad valorativa, en los cuales procede la Casación; en el caso que nos ocupa el Tribunal ad quem ha valorado varios elementos como las confesiones judiciales de los demandados, conforme queda señalado en el considerando cuarto de esta resolución, la escritura pública, la existencia del patrimonio familiar al momento de suscribirse el contrato de compraventa y otros elementos, razón por la cual se ha configurado la nulidad del contrato de compraventa y de la escritura pública; la Sala tiene que respetar uno de los principios básicos que rigen el recurso de casación que es la independencia de los Jueces de instancia al examinar las pruebas, a no ser, como queda señalado, que decidan en base a pruebas incorporadas o actuadas en contravención de normas expresas, o han dado valor a pruebas no admitidas en nuestra legislación, o no han aplicado disposiciones que en forma explícita conceden determinada eficacia probatoria a ciertas pruebas o las niegan otras, o que lo hagan en

base a errores de suposición o preterición de prueba, lo que no ha ocurrido en la especie; por lo que se desecha el pedido basado en la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación.- El Tribunal ad quem en la sentencia resolvió los puntos sobre los que se trabaron la litis y fundamentó debidamente la misma.- En tal virtud, y, por las consideraciones expuestas, la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, no casa la sentencia recurrida y rechaza el recurso de casación.- Sin costas ni multas.- Notifíquese, devuélvase y publíquese. Fdo.) Dres. Rigoberto Barrera Carrasco, Carlos Ramírez Romero y Ramón Jiménez Carbo; Ministros Jueces. f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator que certifica.

RAZON: Las siete (7) copias que anteceden son auténticas, ya que fueron tomadas del juicio original No. 137-2004 E.R, que sigue: María del Carmen Sánchez Cumba, María Margarita, María Rosa, María Dolores, José Ignacio, Manuel María Cuesaca Sánchez y José Miguel Coesaca Sánchez, con el mismo Procurador Judicial Dr. Hugo Vega Sánchez contra Rosa Andrade y del Señor José Miguel Coesaca Sánchez.- Resolución No. 134-2008.- Quito, 2 de octubre. f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator, Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, Corte Suprema de Justicia.

11.- ESCRITURA PÚBLICA SIN FIRMA DE NOTARIO

Serie 16 Gaceta Judicial 7 de 21-nov.-1996 Estado: Vigente

ESCRITURA PÚBLICA SIN FIRMA DE NOTARIO

La Sala determina que el documento tenido por escritura pública no solo es nulo por falta de firma del notario y de los testigos, sino que inexistente, puesto que la ausencia de la firma del notario significa que no está autorizado por funcionario competente. SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL. Gaceta Judicial. Año XCVI. Serie XVI. Nro. 7. Pág. 1831. (Quito, 21 de noviembre de 1996)

VISTOS: Maurilio Mendoza Mendoza, como Procurador Judicial de Michel Salim Assaf Bucarám Chejín, demanda en juicio ordinario ante la Jueza Séptima de lo Civil de Manabí la nulidad de la escritura pública de compraventa de los derechos y acciones sobre un inmueble ubicado en la calle Malecón Alberto F. Santos de la ciudad de Bahía de Caráquez, cantón Sucre, perteneciente a la sucesión dejada por el que fue Jorge Bucarám Assaf, escritura otorgada el 19 de diciembre de 1986 ante el Notario Luis Rafael Cevallos Barahona por Neifa Abrahín Chejín de Bucarám a favor de Lidia Mero Demera. Endereza su acción contra Neifa Abrahín Chejín Vda. de Bucarám y Lidia Mero Demera, y aduce los siguientes fundamentos: 1) Que, siendo la Sra. Neifa Abrahín Chejín Vda. de Bucarám cónyuge sobreviviente, "sólo tenía derecho a traspasar el 50% de sus bienes por los gananciales, una vez practicada la partición y realizada la adjudicación correspondiente, lo cual no se ha hecho"; 2) que la señora Chejín Vda. de Bucarám no estaba capacitada legalmente para celebrar la escritura, por no encontrarse en pleno uso de sus facultades. Lidia Mero Demera contesta proponiendo las siguientes excepciones: a) rechaza los fundamentos de hecho y de derecho expuestos en ella; b) Señala que no se allana "a las nulidades existentes ni a las sobrevivientes"; c) Dice que el "Art. 1773 autoriza a vender bienes proindiviso sin consentimiento de los demás herederos"; d) señala que "no hay materia ilícita en la venta realizada por cuanto la vendedora al momento de celebrar la escritura se encontraba en pleno uso de sus facultades y en todo caso dispuso de la parte que le corresponde en la sociedad conyugal con su esposo fallecido". En la

sentencia de primer grado la señora Jueza Séptima de lo Civil de Manabí declara sin lugar la demanda y, "aceptando las excepciones planteadas por Lidia Mero Demera", declara la validez del contrato contenido en la escritura pública.- La Corte Superior de Justicia de Portoviejo, a la que sube la causa por apelación del demandante, dicta sentencia revocando la expedida por la Jueza Séptima de lo Civil de Manabí "y por ende, declara con lugar la demanda presentada por el Sr. Ab. Maurilio Mendoza" y "la nulidad de la escritura pública No. 508 de la Notaría Segunda del cantón Rocafuerte, de compraventa de derechos y acciones otorgada por la Sra. Neifa Abrahín Cejín Vda. de Bucarám, a favor de la Sra. Lidia Mera Demera". La Corte Superior de Justicia de Portoviejo aduce las siguientes razones para su sentencia: en la inspección judicial realizada a la Notaría Segunda del Cantón Rocafuerte quedó establecido, que en la escritura pública cuya nulidad se demanda no existen las firmas del Notario ni de los testigos que en ella se mencionan, no se ha designado intérprete o traductor para la vendedora señora Neifa Abrahín Chejín, que no sabe el idioma castellano, finalmente dice en este punto la sentencia que la escritura "adolece de un requisito indispensable, cual es la apertura de la sucesión por causa de muerte del causante Jorge Salín Bucarám". Contra esta sentencia interpone recurso de casación Lidia Mero Demera. Dentro del escrito de interposición (fs. 20, 21, 22 y 23 del expediente de segunda instancia) la recurrente textualmente dice (la transcripción es estrictamente literal); "...baso mi petición de interponer el recurso de casación porque se ha violado el Art. 3 numerales 2da.; y 3ra. De la Ley de Casación en vigencia, se ha probado lo establecido en el Art. 1724 del Código Civil en vigencia. Por el contrario se violó disposiciones como las establecidas en el Art. 185 del Código de Procedimiento Civil en vigencia, 282, 284 del mismo Cuerpo de leyes invocado". Sobre todo la H. Sala de la Corte Superior no ha establecido los fundamentos jurídicos que motivaron su decisión de declarar una nulidad de un instrumento público tal como lo establece el artículo 280 del mismo cuerpo de Leyes invocado". Con estos antecedentes, la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, en la cual por resorteo radicó la competencia, para resolver considera: PRIMERO: No hay nulidades que declarar; el proceso es válido. SEGUNDO: Los autos ponen en evidencia que en la "escritura pública" cuya nulidad se demanda no

consta las firmas ni del Notario ni de los testigos.- De conformidad con lo dispuesto en el Art. 169 del Código de Procedimiento Civil, se llama escritura pública al instrumento público otorgado ante notario e incorporado en un protocolo o registro público. Por su parte, el Art. 48 de la Ley Notarial dispone que "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". En el caso de la supuesta escritura cuya nulidad se demanda, el escrito o documento tenido por tal, éste es tenido por escritura pública, no sólo es nulo por falta de las firmas del notario y los testigos, sino que en realidad es inexistente, pues, la ausencia de la firma del notario significa que no está autorizado por el competente funcionario a que se refiere el Art. 168 del Código de Procedimiento Civil (fs. 208 a 217 vta del cuaderno de primera instancia).

TERCERO: El recurso de casación es estrictamente formalista, de tal modo que no procede cuando no son cumplidas con exactitud las formalidades establecidas por la ley para su validez. El Art. 6 de la Ley de la materia señala los requisitos formales que obligatoriamente debe reunir el escrito de interposición del recurso. Entre ellos están indicados en el numeral 4, que son dos: 1) El escrito debe contener "los fundamentos en los que se apoya el recurso, expuestos en forma clara y suscinta"; y, 2) "El recurrente deberá explicar de qué manera ha influido en la parte dispositiva de la sentencia o decisión cada una de las causales en que se fundamenta el recurso". En el caso, no se cumple en forma alguna lo prescrito en este numeral, pues: 1) Aún en el supuesto de que el escrito de interposición contuviese los fundamentos en que éste se apoya, éstos no han sido expuestos en forma clara y suscinta sino, por el contrario, de modo oscuro, incoherente y confuso; y 2) De otra parte, no existe, en el escrito - y mal podría existir dado lo anterior - explicación alguna de la manera en que hubieran influido en la parte dispositiva de la sentencia cada una de las causales en que el recurrente fundamenta su recurso. Ello torna, sin más, improcedente. Por todas estas consideraciones, la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y

POR AUTORIDAD DE LA LEY, desestima el recurso de casación interpuesto en esta causa. Con costas, en quinientos mil sucres se regulan los honorarios del defensor en esta instancia, de los cuales se descontará el cinco por ciento para el Colegio de Abogados respectivo. Como no obstante a que, según las copias de los protocolos (fs. 208 a 217 vta.) el contrato contenido en la escritura materia de la litis, no se encuentra legalizado por la falta de firma del funcionario que da fe, éste, el Notario, concede copia y la autoriza (fs. 77 a 80) como si ninguna defeción existiera; por lo mismo, se dispone que, el juez a quo obtenga fotocopias de las pertinentes piezas procesales y oficie a uno de los señores Jueces de lo Penal de su Distrito para que previo sorteo conozca sobre el supuesto ilícito cometido. Notifíquese.-

12.- DOCUMENTOS HABILITANTES EN ESCRITURA PÚBLICA

Serie 12 Gaceta Judicial 11 de 12-abr.-1976 Estado: Vigente

DOCUMENTOS HABILITANTES EN ESCRITURA PÚBLICA

No constando en el aludido instrumento los documentos habilitantes, la escritura es nula y no produce efecto alguno en atención a lo dispuesto en los Arts. 44 y 48 de la Ley Notarial y Art. 1745 del Código Civil. Gaceta Judicial. Año LXXVI. Serie XII. No. 11. Pág. 2268. (Quito, 12 de Abril de 1976)

TERCERA INSTANCIA

VISTOS: Elevada en consulta por la Corte Superior de Esmeraldas la sentencia dictada en el juicio ordinario seguido por la Junta Provincial de Fomento en su comienzo y con posterioridad por la I. Municipalidad de Esmeraldas contra el Ing. Eduardo Olmedo Chávez y José Vicente Calderón Robalino, por nulidad del contrato de pavimentación de calles y calzadas de la mencionada ciudad, a que se comprometieron los últimamente mencionados; así como por el recurso de tercera instancia deducido por Francisco Mejía Villa y Dr. Carlos Alberto Torres, Alcalde y Asesor Jurídico, respectivamente, de la I. Municipalidad ya mencionada y por el recurso de apelación interpuesto por Vladimiro Díaz Klinger, impugnando la

resolución de que éste pague las costas del presente juicio, contenida en la sentencia subida en grado; para resolver los expresados recursos y consultas, se considera:

PRIMERA.- Por escritura pública celebrada el 19 de septiembre de 1968, ante el Notario Carlos Chávez Castro, previo ciertos trámites de licitación, la Junta Provincial de Fomento de Esmeraldas, representada por su Gerente Fidas Díaz Plaza celebró con el Ing. Eduardo Chávez y José Vicente Calderón el contrato de obra que contiene ese instrumento, de pavimentación de calles y calzadas y construcción de aceras y bordillos, con las cláusulas que la referida escritura pública detalla y por un precio aproximativo de cinco millones ciento diecinueve mil setecientos sesenta sucres, a que montan los precios particulares de los diversos trabajos a realizarse y que constan estipulados en ese instrumento.

SEGUNDA.- El Decreto No. 383, constante en el Registro Oficial No. 56 del 9 de septiembre de 1970 extinguió la Junta de Fomento, contratante, la misma que fue subrogada en sus derechos y obligaciones, en cuanto a los menesteres de pavimentación, agua potable, etc., para el caso que contempla el fallo, por la Municipalidad de Esmeraldas.

TERCERA.- Vladimiro Díaz Klinger, en su carácter de representante de la mencionada Junta Provincial de Fomento, en julio de 1969, deduce ante el Juez Primero Provincial de Esmeraldas, acción de nulidad del antes referido contrato, fundándose en los motivos que el libelo contiene. Los contratistas demandados Ing. Eduardo Olmedo Chávez y José Vicente Calderón Robalino negaron los fundamentos de la acción, expresaron que el contrato es válido y por serlo, ley para las partes; que no podía ser desconocido unilateralmente sino por consentimiento mutuo de los contratantes; y por fin, que de existir algún motivo de nulidad, no podía ser alegado éste por la parte actora, ya que debiendo saber el vicio o vicios que le afectaba, la ley niega el derecho de actuar en nulidad. Además, a su vez, reconvinieron a la demandante para el pago de los gastos y desembolsos realizados con motivo del contrato que lo determinan en la suma de doscientos treinta y siete mil sucres; así como por el valor de los materiales que fueron acumulados para proceder a los trabajos de la contratación, cuyo valor fijan en ciento sesenta mil sucres y más perjuicios causados. En esos términos se trabó el presente litigio.

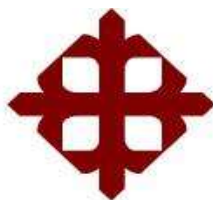
CUARTA.- El Art. 1o. de la ley de Licitación, vigente a la época, expresaba: "Todo contrato que celebre una Institución de derecho público o de

derecho privado con finalidad social o pública, y cuya cuantía excediere de doscientos mil sucres (S/. 200.000,00) se someterá a licitación"; y el Art. 21 que: "Las partes firmarán el contrato por escritura pública, dentro del plazo improrrogable de treinta días a contarse de la fecha de la nota de aviso de la adjudicación". De modo que los contratos a los que se refieren los artículos anteriores, tenían que someterse a licitación y constar, como solemnidad, de escritura pública. Siendo pues solemnidad que conste la contratación en escritura pública, de no constar así, el contrato tiene que mirarse como el ejecutado o celebrado; tal como lo dispone el Art. 1745 del Código Civil.- QUINTA.- Los Arts. 44 y 48 de la Ley Notarial sancionan con nulidad el instrumento o escritura pública, cuando ésta no contiene las procuraciones o documentos habilitantes de las personas que proceden en representación de otras, como requiere el No. 4 del Art. 29 de la citada Ley. En el presente caso, ninguna de las copias de la mencionada escritura de 19 de septiembre de 1968, que motiva la actual controversia, contienen los documentos habilitantes de la intervención del Gerente de la Junta Provincial de Fomento de Esmeraldas, que actuó como tal; vacío éste que existe en el aludido instrumento no obstante expresar en su comienzo: "Comparece el señor Fidias Díaz Plaza en su calidad de Gerente de la Junta Provincial de Fomento de Esmeraldas, según los documentos habilitantes que legitiman su personería e intervención, que se agregan al protocolo e insertarán en la copias que se confieran". En atención a esta manifestación y la Sala para mejor conocer, solicitó nueva copia de ese instrumento público, con la siguiente advertencia: "El Notario Primero del Cantón Esmeraldas confiera copia íntegra (inclusive de los documentos habilitantes) de la escritura pública celebrada el 19 de septiembre de 1968 entre Fidias Díaz Plaza, en su calidad de representante de la extinguida Junta Provincial de Fomento de Esmeraldas y los contratistas Ing. Eduardo Olmedo Chávez y José Vicente Calderón, para la pavimentación de calles y aceras de la población de Esmeraldas". Vino la copia solicitada y consta en el cuaderno de tercera instancia; y ella, como las otras que constan en las instancias inferiores, no contiene, los documentos habilitantes de la intervención de Fidias Díaz Plaza, en su carácter de Gerente de la Junta Provincial de Fomento de Esmeraldas. Es de advertir que el Gerente tenía en esa época la representación que posteriormente fue dada por

Decreto expedido por autoridad competente, al Presidente Ejecutivo del Directorio de ella; carácter éste que tuvo Vladimiro Díaz Klinger cuando presentó la demanda que resuelve el presente fallo. No constando en el aludido instrumento los documentos habilitantes, la escritura es nula y no produce efecto alguno en atención a lo dispuesto en los Arts. 44 y 48 de la Ley Notarial y Art. 1745 del Código Civil. Como consecuencia de lo dicho al haber ordenado la Ley de Licitaciones que los contratos de la naturaleza como de la actual controversia, tienen que constar por escritura pública y, no existiendo ésta, por las razones antes dichas, el contrato de pavimentación suscrito el 19 de septiembre de 1964, entre la Junta Provincial de Fomento de Esmeraldas y los contratistas Ing. Eduardo Olmedo Chávez y José Vicente Calderón, no tiene existencia legal.- SEXTA.- Lo dispuesto en el Art. 1726 del Código Civil, que niega derecho de pedir la nulidad absoluta al que ha ejecutado el acto o contrato, sabiendo o debiendo saber los vicios que lo invalidaba, no se refiere al conocimiento de la Ley de Licitaciones que los contratos de la naturaleza como de la actual controversia, tienen que constar por escritura pública y, no existiendo ésta, por las razones antes dichas, el contrato de pavimentación suscrito el 19 de septiembre de 1964, entre la junta Provincial de Fomento de Esmeraldas y los contratistas Ing. Eduardo Olmedo Chávez y José Vicente Calderón, no tiene existencia legal.- SEXTA.- Lo dispuesto en el Art. 1726 del Código Civil, que niega derecho de pedir la nulidad absoluta al que ha ejecutado el acto o contrato, sabiendo o debiendo saber los vicios que lo invalidaba, no se refiere al conocimiento de la ley, sino a los vicios de hecho que podrían afectar la validez del contrato; y además, la Junta Provincial de Fomento de Esmeraldas actuó por medio de su representante, que aún en el caso de haber éste sabido o tenido conocimiento de algún vicio, no lo hubiera afectado en forma alguna tal circunstancia. Y además el Juez o magistrado tienen la obligación ineludible, por referirse al orden público de observar y resolver si del instrumento aparece de manifiesto el vicio, no lo hubiera afectado en forma alguna tal circunstancia. Y además el Juez o magistrado tienen la obligación ineludible, por referirse al orden público, de observar y resolverse del instrumento aparece de manifiesto el vicio de nulidad absoluta; y todavía más, obligatoria la de sancionar con nulidad, en el caso antes mencionado, si el fallo viene por consulta, que

implica inobjetivamente la existencia del interés social de que se conozca en toda su amplitud el problema de la controversia. El Art. 1731 del Código Civil que confiere a las partes, cuando se declara la nulidad en sentencia con fuerza de cosa juzgada, el derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; y da las reglas de las restituciones mutuas que hayan de hacerse. Habla pues la Ley de restituciones que tienen que efectuar las partes unas a las otras y no de perjuicios, por un lado, por otro que las restituciones, que según el léxico significa "volver una cosa a quien la tenía antes - restablecer o poner una cosa en el estado que antes tenía -, no pueden ser menos que conformarse a la letra del artículo en mención; es decir, "ser restituidas al mismo estado que antes se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo".- SEPTIMA.- Entre las restituciones mutuas que menciona el inciso 2o. del citado Art.1731 contiene entre las responsabilidades de las partes la pérdida de las especies o de su deterioro. Es pues de justicia tomar como tales los materiales acumulados por los contratistas para dar comienzo a los trabajos de la contratación; más, el reclamo contenido en la reconvencción del pago de los valores de los materiales fue negado en la sentencia de primera instancia, ejecutoriada para el Ing. Chávez y Calderón Robalino, por no haberla impugnado en forma alguna; de ahí que lo resuelto en la sentencia de segundo grado sobre tal reclamo fue dado sin competencia por la Sala de Apelación, ya que no lo fue en grado, por la ejecutoriada mención. En cambio hay que tomar como pertenecientes al valor de esos materiales, o especies, los gastos de excavación, recolección, transporte, etc., de los mismos; valores éstos que si fueren aceptados al resolver la reconvencción, como debidos por la I, Municipalidad de Esmeraldas, que el actual fallo lo acepta. Por el contrario, se rechaza el pago que como daño emergente comprende, según el fallo venido en grado, el valor dado por los contratistas para alcanzar la garantía bancaria y los gastos correspondientes a la celebración de la escritura pública materia de la controversia; pues, declarada la nulidad del contrato solamente proceden restituciones en los términos del mencionado Art. 1731 del Código Civil. Por lo expuesto, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se revoca la sentencia venida en grado, se declara que es nula la escritura pública celebrada el 19 de septiembre de

1968, ante el Notario Carlos Chávez Castro, con contiene las cláusulas del contrato de pavimentación de calles y calzadas de la ciudad de Esmeraldas y construcción de aceras y bordillos que fue celebrado entre Fidas Díaz Plaza que aparece suscribiendo la escritura como Gerente de la Junta Provincial de Fomento de Esmeraldas y el Ing. Eduardo Chávez y José Vicente Calderón Robalino, y de ningún valor; que la I. Municipalidad de Esmeraldas está en la obligación de restituir a los expresados contratistas los valores a los que se refieren los recibos constantes desde fs. 43 a la 74 del cuaderno de primera instancia, como única prestación mutua, los mismos que se liquidarán con la intervención de peritos y se destituye, caso de estar todavía en funciones, al Notario que otorgó la escritura que se anula, Carlos Chávez Castro, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales que hubiere lugar. Déjase así resuelto la consulta elevada, el recurso de tercera instancia presentado por los representantes de la I. Municipalidad de Esmeraldas y el recurso de apelación deducido por Vladimiro Díaz Klinger. Sin costas de las tres instancias para ninguno de los litigantes. Habilítese el papel deficiente y devuélvase.



UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

VALIDACIÓN PARA EL DESARROLLO DE LA PROPUESTA:

FICHA TÉCNICA DEL VALIDADOR

Nombre: Andrade Torres Paola Catalina

Cédula N°: 1707738702

Profesión: Abogada y Doctora en Jurisprudencia

Dirección: Av. 12 de Octubre 26-25. Quito-Ecuador

ESCALA DE VALORACION ASPECTOS	MUY ADECUADA 5	ADECUADA 4	MEDIANAMENTE ADECUADA 3	POCO ADECUADA 2	NADA ADECUADA 1
Introducción					
Objetivos					
Pertenecía					
Secuencia					
Premisa					
Profundidad					
Coherencia					
Comprensión					
Creatividad					
Beneficiarios					
Consistencia lógica					
Cánones doctrinales jerarquizados					
Objetividad					
Universalidad					
Moralidad social					

Fuente (Obando, 2015)

Comentario:

.....

Fecha:

Firma _____ CI:



**Presidencia
de la República
del Ecuador**



**Plan Nacional
de Ciencia, Tecnología,
Innovación y Saberes**



SENESCYT
Secretaría Nacional de Educación Superior,
Ciencia, Tecnología e Innovación

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, doctora Paola Catalina Andrade Torres, con C.C: # 1707738702 autora del trabajo de titulación “Nulidad de la escritura pública y nulidad de los actos y contratos. Falsedad del instrumento público” previo a la obtención del grado de **MAGÍSTER EN DERECHO DE NOTARIAL Y REGISTRAL** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de graduación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, 29 de mayo de 2018

f. _____
Nombre: Dra. Paola Catalina Andrade Torres
C.C. 1707738702



Presidencia
de la República
del Ecuador



Plan Nacional
de Ciencia, Tecnología,
Innovación y Saberes



SENESCYT
Secretaría Nacional de Educación Superior,
Ciencia, Tecnología e Innovación

REPOSITARIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE GRADUACIÓN

TÍTULO Y SUBTÍTULO:	Nulidad de la escritura pública y nulidad de los actos y contratos. Falsedad del instrumento público.		
AUTOR(ES):	Andrade Torres Paola Catalina		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES):	Ab. María José Blum M. y Dr. Francisco Obando F.		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
UNIDAD/FACULTAD:	Sistema de Posgrado		
MAESTRÍA/ESPECIALIDAD:	Maestría en Derecho Notarial y Registral		
GRADO OBTENIDO:	Magíster en Derecho Notarial y Registral		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	29 de mayo del 2018	No. DE PÁGINAS:	59
ÁREAS TEMÁTICAS:	Notarial-Civil-Penal		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	Nulidad, Actos-Contratos, Instrumento Público, Falsedad		
RESUMEN:	<p>El objetivo general del presente trabajo es establecer las diferencias entre las nulidades de los actos y contratos y las nulidades de las escrituras públicas que contienen tales actos y contratos, así como las diferencias entre la “nulidad” de escritura pública y la “falsedad” de la misma. La actual normativa, dispersa en varios cuerpos legales, requiere de una compilación y sistematización en un solo trabajo, a fin de evitar que los mismos vicios se repitan una y otra vez. Dado el doble carácter jurídico de los documentos notariales, pues por un lado tienen el carácter de “escrituras públicas” y por otra, en ellas están contenidas relaciones de derecho privado, un análisis de la nulidad y falsedad necesariamente debe contemplar esta doble cualidad: El análisis de las causas que nulitan la escritura pública y el análisis de las causas que afectan o invalidan el negocio jurídico que es lo que constituye el objetivo principal de esta propuesta.</p>		
ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO	
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: 0995063409	E-mail: paola.andrade@notaria40.net	
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE):	Nombre: MARÍA AUXILIADORA BLUM MOARRY		
	Teléfono: 0991521298		
	E-mail: mariuxiblum@gmail.com		

SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA

Nº. DE REGISTRO (en base a datos):	
Nº. DE CLASIFICACIÓN:	
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):	