



**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**SISTEMA DE POSGRADO  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS**

**TESIS FINAL**

**Previa la obtención del grado de**

**MAGÍSTER EN DERECHO NOTARIAL Y REGISTRAL**

**TÍTULO:**

**“LA DACIÓN DE FE COMO ACTO PROPIO”**

**TUTOR:**

**Doctor Cristian Viteri López**

**Elaborado por:**

**Abogada Wendy María Vera Ríos**

**Doctor Piero Thomas AycartVicenzini Carrasco**

**Guayaquil, Septiembre de 2012**

**AGRADECIMIENTOS:**

A Sathya Sai Baba, por su infinito amor y cuidado y sabiduría

**Doctor Piero Thomas Aycart Vicenzini Carrasco**

A Dios por la vida, la familia, el amor y la amistad.

**Abogada Wendy María Vera Ríos**

## ÍNDICE:

Contenido	Número de página
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	1
<b>CAPÍTULO I: EL PROBLEMA</b>	
1.1. Planteamiento de la investigación.....	2
1.1.1. Antecedentes.....	2
1.1.2. Descripción del objeto de investigación.....	3
1.1.3. Consecuencias.....	5
1.2. Pregunta de Investigación.....	5
1.2.1. Formulación del problema.....	5
1.2.2. Variable.....	5
1.2.3. Indicadores.....	6
1.3 Objetivos.....	6
1.3.1. Objetivos generales.....	6
1.3.2. Objetivos específicos.....	6
1.4. Justificación.....	7
1.5. Delimitación.....	7
<b>CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO</b>	
2. Introducción.....	8
2.1. El acto administrativo, El acto judicial y El acto notarial.....	11
2.1.1. El acto administrativo.....	11

2.1.1.2. El acto de simple administración.....	12
2.1.1.3. El hecho administrativo.....	12
2.1.1.4. El acto normativo.....	13
2.1.1.5. El contrato administrativo.....	14
2.1.1.6. La noción extranjera.....	14
2.1.1.7. La noción nacional del acto administrativo.....	15
2.1.1.8. Jurisprudencia ecuatoriana.....	16
2.1.1.9. Análisis de la definición del acto administrativo.....	16
2.1.1.9.1 Declaración unilateral.....	17
2.1.1.9.2 productor de efectos jurídicos.....	18
2.1.1.9.3 Incidencia directa.....	18
2.1.1.10 Los elementos del acto administrativo.....	19
2.1.1.11 Elementos esenciales.....	19
2.1.1.12 Elementos formales.....	21
2.1.1.13 Características del acto administrativo.....	22
2.1.1.13.1 Presunción de legitimidad.....	22
2.1.1.13.2 Estabilidad.....	23
2.1.1.13.3 Imputabilidad.....	23
2.1.1.13.4 Ejecutividad y ejecutoriedad.....	23
2.1.1.14 Ejecución, revocación y anulación.....	24
2.1.1.14.1 Ejecución.....	24
2.1.1.14.2 Revocación.....	25
2.1.1.14.3 Anulación.....	26

<b>2.1.2</b>	<b>El acto judicial.....</b>	<b>26</b>
<b>2.1.2.1</b>	<b>La función judicial conforme a la constitución.....</b>	<b>26</b>
<b>2.1.2.2</b>	<b>Órganos de la función judicial.....</b>	<b>28</b>
<b>2.1.2.3</b>	<b>La facultad de administrar justicia.....</b>	<b>29</b>
<b>2.1.2.4</b>	<b>El acto judicial: decretos, autos y sentencias.....</b>	<b>30</b>
<b>2.1.2.4.1</b>	<b>Los decretos.....</b>	<b>30</b>
<b>2.1.2.4.2</b>	<b>Los autos.....</b>	<b>31</b>
<b>2.1.2.4.3</b>	<b>Las sentencias.....</b>	<b>31</b>
<b>2.1.2.5</b>	<b>Las instancias judiciales: primera y segunda instancia.....</b>	<b>32</b>
<b>2.1.2.5.1</b>	<b>La instancia de origen.....</b>	<b>32</b>
<b>2.1.2.5.2</b>	<b>La apelación.....</b>	<b>33</b>
<b>2.1.2.6</b>	<b>El recurso de casación.....</b>	<b>33</b>
<b>2.1.2.7</b>	<b>La acción extraordinaria de protección.....</b>	<b>35</b>
<b>2.1.3.</b>	<b>El acto notarial.....</b>	<b>37</b>
<b>2.1.3.1</b>	<b>El notario.....</b>	<b>37</b>
<b>2.1.3.2</b>	<b>La función del notario, el acto notarial, y situaciones de decisión notarial. Ejemplos de instrumentos diversos.....</b>	<b>38</b>
<b>2.1.4.</b>	<b>Nulidad absoluta, relativa, simulación e inexistencia en el acto de fe.....</b>	<b>78</b>
<b>2.1.4.1.</b>	<b>Requisitos de validez y solemnidades.....</b>	<b>78</b>
<b>2.1.4.2.</b>	<b>Solemnidades de un contrato.....</b>	<b>88</b>
<b>2.1.2.5.</b>	<b>Teoría de la inexistencia jurídica.....</b>	<b>91</b>

<b>2.1.6. Diferencias entre nulidad e inexistencia de los actos jurídicos.....</b>	<b>98</b>
<b>2.1.6.1 La nulidad: sus bases conceptuales y legales.....</b>	<b>98</b>
<b>2.1.6.2. Grandes diferencias entre nulidad e inexistencia de los actos jurídicos.....</b>	<b>103</b>
<b>2.1.6.3. La inexistencia y la nulidad.....</b>	<b>109</b>
<b>2.1.6.4. Nociones históricas de la inexistencia en el derecho.....</b>	<b>112</b>
<b>2.1.6.5. Aplicación de la inexistencia en el ordenamiento jurídico – civil ecuatoriano. Proemio.....</b>	<b>116</b>
<b>2.1.7 La simulación del acto jurídico.....</b>	<b>119</b>
<b>2.1.7.1. Clasificación de la simulación en general.....</b>	<b>121</b>
<b>2.1.7.1.1 Simulación absoluta.....</b>	<b>121</b>
<b>2.1.7.1.2 Simulación relativa.....</b>	<b>122</b>
<b>2.1.7.1.3. Simulación total.....</b>	<b>123</b>
<b>2.1.7.1.4 Simulación parcial.....</b>	<b>123</b>
<b>2.1.7.1.5 Simulación lícita.....</b>	<b>124</b>
<b>2.1.7.1.6 Simulación ilícita.....</b>	<b>124</b>
<b>2.1.7.1.7 Simulación por interpósita persona.....</b>	<b>124</b>
<b>2.1.7.2 Efectos de la simulación absoluta entre las partes.....</b>	<b>125</b>
<b>2.1.7.3 Efectos de la simulación relativa entre las partes.....</b>	<b>126</b>
<b>2.1.7.4 Efectos de la simulación parcial entre las partes.....</b>	<b>127</b>
<b>2.1.7.5 Efectos entre simulantes y terceros.....</b>	<b>128</b>
<b>2.1.7.6 Efectos entre los simulantes y terceros adquirentes del titular aparente.....</b>	<b>129</b>

2.1.7.7 Entre los simulantes y el acreedor del simulante enajente.....	130
2.1.7.8 Efectos entre los simulantes y los terceros acreedores del titular aparente.....	130
2.1.7.9 Efectos entre acreedores de ambas partes simulantes.....	131
2.1.7.10 Efectos entre las partes efectivas y el testaferro.....	131
2.2. Hipótesis o pregunta de investigación.....	132
<b>CAPÍTULO III: METODOLOGÍA</b>	
3.1 Enfoque.....	133
3.2 Aspecto esencial.....	133
3.3. Tipo de investigación.....	133
3.4 Población y muestra.....	134
3.5 Instrumentos de recolección de datos.....	134
3.6 Procedimiento de la investigación.....	135
<b>CAPÍTULO IV: ANÁLISIS DE RESULTADOS.....</b>	<b>137</b>
<b>CAPÍTULO V: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....</b>	<b>142</b>
<b>ANEXO.....</b>	<b>147</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>148</b>



## INTRODUCCIÓN

Si bien es verdad que podemos remontar al notariado como sucesores de los escribas, también en cierto que desde la antigüedad no existe un concepto claro sobre la actividad notarial en especial sobre el acto de fe notarial, el cual ha sido asimilado al acto administrativo o al judicial, confusión que hemos decidido terminar o por lo menos aclarar. Así, mediante esta tesis analizaremos teorías de los actos administrativos y judiciales, tratando de estudiar los conceptos del uno y del otro; al igual que definir lo que es el acto de fe notarial. Tenemos como objeto de este estudio, el demostrar que no es lo mismo el acto administrativo, el judicial ni el notarial. Y como uno de los objetivos específicos el determinar un concepto de fe notarial como acto propio, para lo cual utilizaremos un método de investigación netamente legal y doctrinario.

Así pues, de lograr nuestro objetivo sentaremos las bases de una nueva visión, el logro será jurídico -procesal - conceptual, con lo que se podrá entender que es el acto notarial y qué lo enmarca. Así, al diferenciar el contrato del instrumento, viviseccionando este, dominando continente y contenido, ya que si el continente es correcto y el contenido no, será por éste yerro y por esta causa la demanda, generando utilidad al Estado, evitando gastos con demandas inútiles. Para esto tendremos que detallar en el capítulo uno **AD INTEGRUM EL PROBLEMA**, sus circunstancias y sus alcances. En el capítulo dos que se refiere al **MARCO TEÓRICO** desarrollaremos el estudio realizando investigaciones, comparaciones doctrinarias, comparaciones legales y normativas. En el capítulo tres correspondiente a la **METODOLOGÍA**, determinaremos el problema, sus variantes, para así proseguir con la investigación ya sea con citas de autores, fichas de entrevistas, desarrollo tipificado fáctico. En el capítulo cuatro desarrollaremos el **ANÁLISIS DE RESULTADOS**, para lo cual confirmaremos con el archivo de la Federación de Notarios y al Colegio de Notarios del Guayas, si existe o no un registro de demandas, de sentencias de nulidad de contratos o actos notariales, adicionalmente conversaremos con varios notarios con experiencia superior a quince años en el ejercicio notarial, para así llegar al capítulo cinco **CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**, presentando un anexo, con las preguntas y respuestas planteadas en el capítulo uno. Finalmente enunciaremos la bibliografía.

## **CAPÍTULO I**

### **EL PROBLEMA**

#### **1.1. PLANTEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN**

##### **1.1.1 Antecedentes.-**

La necesidad de perpetuar los hechos importantes, al igual que probar acuerdos, da nacimiento a la escritura, y en uso de ésta, a la documentología. En la actualidad el notario no hace nada nuevo al respecto ya que mediante el documento notarial se prueba como se perpetúan actos, hechos, convenciones o contratos, así tenemos la definición de contratos solemnes, una de las gamas de convenciones o acuerdos de voluntad instrumentados ante notario. Así como nacen los acuerdos, también nacen los desacuerdos, los que normalmente se pueden resolver ante la justicia ordinaria o convencional, esta forma de resolver las controversias ante la justicia tiene su rito o trámite. Así pues, tenemos en el Ecuador distintos tipos de vías o trámites judiciales, los que dependen del objeto de la controversia, tales como contenciosos, administrativos, ejecutivos, verbal sumario, coactivos, sumarios, ordinarios, sumarísimos etc, toda esta forma de sustanciación procesal depende como se indicó en líneas anteriores del motivo o causa de la controversia, o la calidad de las partes procesales, como por ejemplo los juicios que no tienen una sustanciación propia, cuando una o las dos partes es un comerciante es verbal sumario, mientras que cuando se deriva de un acto de comercio entre personas no comerciante es un juicio ordinario, tenemos también procesos cuya base puede no ser un desacuerdo, sino un yerro contractual, lo que derivará tal vez un juicio de nulidad absoluta o en uno de rescisión, puede acontecer lo propio con un yerro en la instrumentación del acto o contrato, estos errores sea en la naturaleza, esencia o solemnidad, serán base de un procedimiento de anulabilidad, como también la falta de solemnidad, carencia de esencia, la falta de voluntad o del consentimiento. El no tener causa o el objeto ilícito, lo que conllevará indefectiblemente a una sanción mediante sentencia sea declarando nulo el acto o contrato o resolviéndolo por un incumplimiento, esta declaración puede ser también de inexistencia.

Lo ya expresado a muy groso modo, describe parte de la teoría del debido proceso, lo que significa en simples palabras, el respeto al trámite correcto y con todas sus formalidades, lo que implica, una actuación procesal sin dudas ni errores. Así pues teniendo tantas vías procesales como problemas jurídicos le debe corresponder a cada cual su respectivo tramite.

Tenemos entonces que los actos de administración serán resueltos en vías distintas a los actos judiciales; lo mismo acontece con los actos convencionales, tenemos entonces el primer problema que determinar, que clase de acto es el acto notarial, ya que puede ser administrativo, judicial o convencional, para luego saber que vía de sustanciación le corresponde, debemos saber que calidad ostenta la persona de quien emana o nace el acto así sabremos si es funcionario público o privado, tenemos aquí otro problema, ya que si es un funcionario público, el tramite será distinto al del funcionario privado, si es un funcionario público puede ser una autoridad o un servidor y estas a su vez administrativas, diplomáticas, ejecutivas, legislativas o judiciales, sin perjuicio de que las autoridades o funcionarios legislativos o judiciales puedan realizar actos de administración, como también actos civiles regidos por leyes distintas, como cuando se contrata uno obrero, este contrato se regulara normalmente por el código de trabajo y no por la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, lo que significa que una divergencia con el contratado tendrá una ley y un trámite distinto.

### **1.1.2. Descripción del objeto de investigación**

De la pequeña y sucinta explicación anterior, veremos la necesidad en primer lugar de aclarar qué tipo de acto es, para luego saber que legislación le corresponde, y por ende que juez es el competente, ya que iniciar un proceso inadecuado, bien puede incurrir en una inducción a la autoridad al error, lo cual es un delito, sin perjuicio de gasto, tiempo y recursos, en un proceso, que por sus errores termina siendo nulo. A base de estos antecedentes indicados, los problemas y las variantes en estos creemos necesario determinar si la dación de fe o acto notarial es administrativo, judicial u otro, demostrado esto sabremos quién es el funcionario competente para resolver los problemas de los actos del notario, como también los vicios que pueden producir una sanción jurídica. Deberemos para esto indicar en qué consiste la dación de fe, cuáles

son sus requisitos y solemnidades, los principios jurídicos del notariado, sus errores y sanciones demostrando que no es lo mismo la anulabilidad administrativa, judicial, contractual o la notarial como también su esencia para probar su existencia.

Definido ya el problema hemos cumplido con esto. El primer paso de la investigación determinando también los hechos concomitantes al mismo y los resultados que estos generan. ¿Será entonces el desconocimiento, el hecho generador de nuestro problema? Coincidiremos con Sierra Bravo (2001) en su afirmación de “Todo lo que el hombre desconoce o ignora es potencialmente un problema que puede ser objeto de investigación por él, con el fin de llegar a su comprensión. Como la ignorancia del hombre es ilimitada, también son los problemas de este tipo”, sabiendo de antemano que la tesis a presentar tiene como objeto resolver un problema jurídico exclusivamente, que sin embargo de su especificidad puede serlo también personal ya que son individuos en forma individual o colectiva los que pueden ser afectados por el problema, sin embargo de esto que son los afectados por el problema, este se circunscribe en la ciencia jurídica y dentro de esta en el derecho notarial ecuatoriano, así pues nuestro problema principal la determinación si el acto notarial es administrativo o judicial, nos lleva indefectiblemente a otro, que es que autoridad debe resolverlos y este a otro, que vía procesal es la correcta y este a otro el tramitarse y los requisitos, así tenemos un problema y de este varios, habiendo solucionado este y sus accesorios tenemos otro problema. Si la dación de fe es un acto propio, ¿Cuáles son sus requisitos y cuáles son sus elementos? ¿Tiene esencia y principios el acto notarial? De resolver éste, tenemos otro problema ¿en qué defectos o errores puede incurrir la dación de fe? ¿Qué sanciones le son aplicables? ¿Puede ser anulado o declarado inexistente? ¿Son las mismas nulidades del contrato las nulidades del instrumento notarial? ¿Si el acto notarial no es un acto propio ¿Será un acto judicial, o será un acto administrativo? Naciendo con esto nuevas preguntas: ¿tendremos la capacidad de resolver estas preguntas? ¿Será factible y necesaria la respuesta al problema? ¿De qué sirve y es necesario el resolver el problema? Indicada ya la circunscripción del problema y la repercusión del mismo veamos si podemos y debemos resolver las preguntas así diagnostiquemos la situación no se ha determinado si la dación de fe es un acto administrativo, judicial o acto notarial, este es el problema real, y a este problema tenemos una solución –que es objeto de esta

tesis. Además contamos con la capacidad y los recursos intelectuales, bibliográficos y estructurales para hacerlo y el hecho de que sea un tema nuevo no lo impide.

### **1.1.3 Consecuencias**

Determinando como tal el acto notarial evitaremos un error que de su mala aplicación emana si se inicia una demanda administrativa o una nulidad civil, al acto notarial tendrá que terminar en un proceso nulo por error en la vía de sustanciación, lo que producirá un beneficio a la juridicidad ya que los jueces no perderán tiempo en juicios inútiles.

## **1.2. PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN**

Lo que significa al estado un ahorro de tiempo y dinero, evitara que los demás juicios no se represen, haciendo una justicia más ágil, ya que los jueces despacharan otros juicios, lo que beneficia a los usuarios del sistema judicial que son los abogados y a los necesitados de justicia que son los actores, podemos entonces filtrar o tamizar el problema su causa y efecto, si sabemos que es la dación de fe, sabemos que procedimiento debe seguirse y ante quien –factor estructural- con lo que no se inician procedimientos incorrectos –factor intermedio- resolviendo un problema de manera kauda -factor inmediato. Por ello formulamos la pregunta que presentamos a continuación.

### **1.2.1 Formulación del Problema**

¿Es el Acto Notarial un acto propio?

### **1.2.2 Variable**

- Será el acto notarial un acto judicial o administrativo
- Será el acto notarial un acto propio
- Podrá ser el acto notarial algo distinto

### **1.2.3 Indicadores del acto notarial como “acto propio”**

- Aclarar qué tipo de acto es, para luego saber que legislación le corresponde
- Por ende tener claro qué juez es competente
- Comprender que es el acto y que es el contrato
- Lograr que se comprenda que el acto es uno y dentro de él un contrato

## **1.3 OBJETIVOS**

### **1.3.1 Objetivos Generales**

- 1.- Determinar si el acto notarial es un acto propio
- 2.- Ayudar a los abogados en la correcta interpretación de la fe pública y a los abogados litigantes en la judicialización de los defectos notariales
- 3.- Colaborar a una justicia más ágil, ya que los jueces despacharan otros juicios, lo que beneficia a los usuarios del sistema judicial que son los abogados y a los necesitados de justicia que son los actores.

### **1.3.2 Objetivos Específicos**

- 1.- Demostrar a base de la ley que el acto notarial es propio.
- 2.- Demostrar que la dación de fe por su desarrollo social no es sino también la ciencia notarial, (para esto debemos demostrarlo con fundamento principalmente en la ley y como recurso en el estudio de los doctos y en nuestro estudio).
- 3.- Demostrar a base del presente estudio la importancia de entender como acto propio a la Dación de Fe.
- 4.- Demostrar por intermedio de la presente tesis lo necesario de la actualización de conocimiento y de criterios tanto a los estudiosos como a los practicantes del derecho.

## 1.4 JUSTIFICACIÓN

En general todo estudio tiene su justificación en el desarrollo de nuevas ideas, en pensamientos distintos en opiniones disimiles con las anteriores que obliguen al estudioso a pensar o repensar sobre un tema; así podemos lograr un concepto o definición distinta a las anteriores o crear una nueva, el solo producir una nueva forma de entender las cosas es motivo motor para desarrollar una tesis, pero si esta específicamente resuelve un problema, mejora el procedimiento judicial y eleva el nivel académico.

El desarrollo del notariado de oficio a ciencia se nutre con opiniones distintas a las conocidas. La determinación y limitación de la ciencia administrativa de la judicial y la notarial, genera una nueva manera de judicializar los conflictos notariales. El saber los elementos del acto notarial, ayuda a saber su contenido y rito.

Estamos ante una verdadera invención tanto en lo económico como en lo intelectual, así tanto en los jurisperitos, jueces, abogados o estudiosos del derecho tendrán un incremento cognoscitivo ya que es para ellos el universo en el que se circunscribe este estudio.

## 1.5 DELIMITACIÓN

**Campo:** El campo es judicial

**Área:** Área notarial y procesal en el Ecuador

**Aspecto:** Concepto o definición distinta sobre la Dación de Fe

**Tema:** La Dación de Fe como acto propio

**Problema:** ¿Es el Acto Notarial un acto propio?

**Delimitación Espacial:** Guayaquil, Ecuador

**Delimitación Temporal:** Inicio: Marzo 2012 – Finalización: Septiembre 2012

## **CAPÍTULO II**

### **MARCO TEÓRICO**

#### **FUNDAMENTACIÓN CIENTÍFICA**

##### **2.- INTRODUCCIÓN**

Si bien es verdad que podemos remontar al notariado como sucesores de los escribas, también es cierto que desde la antigüedad no existe un concepto claro sobre la actividad notarial, en especial sobre el acto de fe notarial, el cual ha sido asimilado al acto administrativo o al judicial, confusión que hemos decidido terminar, o por lo menos aclarar. Así, mediante esta tesis analizaremos teorías de los actos administrativos y judiciales, tratando de estudiar los conceptos del uno y del otro; al igual que definir lo que es el acto de fe notarial. Tenemos como objeto de este estudio, el demostrar que no es lo mismo el acto administrativo, el judicial ni el notarial. Y como uno de los objetivos específicos el determinar un concepto de fe notarial como acto propio, para lo cual utilizaremos un método de investigación netamente legal y doctrinario.

Así pues, de lograr nuestro objetivo sentaremos las bases de una nueva visión, el logro será jurídico -procesal - conceptual, con lo que se podrá entender que es el acto notarial y que lo enmarca. La necesidad de perpetuar los hechos importantes, al igual que probar acuerdos, da nacimiento a la escritura, y en uso de ésta, a la documentología. En la actualidad el notario no hace nada nuevo al respecto ya que mediante el documento notarial se prueba como se perpetúan actos, hechos, convenciones o contratos, así tenemos en la definición de contratos solemnes, una de las gamas de convenciones o acuerdos de voluntad instrumentados ante notario. Así como nacen los acuerdos, también nacen los desacuerdos, los que normalmente se pueden resolver ante la justicia ordinaria o convencional, esta forma de resolver las controversias ante la justicia tiene su rito o trámite. Así pues, tenemos en el Ecuador distintos tipos de vías o trámites judiciales, los que dependen del objeto de la controversia, tales como contenciosos, administrativos, ejecutivos, verbal sumario, coactivos, sumarios, ordinarios, sumarísimos etc, toda esta forma de sustanciación procesal depende como se indicó en líneas anteriores del motivo o causa de la

controversia, o la calidad de las partes procesales, como por ejemplo los juicios que no tienen una sustanciación propia, cuando una o las dos partes es un comerciante es verbal sumario, mientras que cuando se deriva de un acto de comercio entre personas no comerciante es un juicio ordinario, tenemos también procesos cuya base puede no ser un desacuerdo, sino un yerro contractual, lo que derivará tal vez un juicio de nulidad absoluta o en uno de rescisión, puede acontecer lo propio con un yerro en la instrumentación del acto o contrato, estos errores sea en la naturaleza, esencia o solemnidad, serán base de un procedimiento de anulabilidad, como también la falta de solemnidad, carencia de esencia, la falta de voluntad o del consentimiento. El no tener causa o el objeto ilícito, lo que conllevará indefectiblemente a una sanción mediante sentencia sea declarando nulo el acto o contrato o resolviéndolo por un incumplimiento, esta declaración puede ser también de inexistencia.

Lo ya expresado a muy groso modo, describe parte de la teoría del debido proceso, lo que significa en simples palabras, el respeto al trámite correcto y con todas sus formalidades, lo que implica, una actuación procesal sin dudas ni errores. Así pues teniendo tantas vías procesales como problemas jurídicos le debe corresponder a cada cual su respectivo tramite. Tenemos entonces que los actos de administración serán resueltos en vías distintas a los actos judiciales; lo mismo acontece con los actos convencionales, tenemos entonces el primer problema que determinar, que clase de acto es el acto notarial, ya que puede ser administrativo, judicial o convencional, para luego saber que vía de sustanciación le corresponde, debemos saber que calidad ostenta la persona de quien emana o nace el acto así sabremos si es funcionario público o privado, tenemos aquí otro problema, ya que si es un funcionario público, el tramite será distinto al del funcionario privado, si es un funcionario público puede ser una autoridad o un servidor y estas a su vez administrativas, diplomáticas, ejecutivas, legislativas o judiciales, sin perjuicio de que las autoridades o funcionarios legislativos o judiciales puedan realizar actos de administración, como también actos civiles regidos por leyes distintas, como cuando se contrata un obrero, este contrato se regulara normalmente por el código de trabajo y no por la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, lo que significa que una divergencia con el contratado tendrá una ley y un trámite distinto.

De la pequeña y sucinta explicación anterior, veremos la necesidad en primer lugar de aclarar qué tipo de acto es, para luego saber que legislación le corresponde, y por ende que juez es el competente, ya que iniciar un proceso inadecuado, bien puede incurrir en una inducción a la autoridad al error, lo cual es un delito, sin perjuicio de gasto, tiempo y recursos, en un proceso, que por sus errores termina siendo nulo. A base de estos antecedentes indicados, creemos necesario determinar si la dación de fe o acto notarial es administrativo, judicial u otro, demostrado esto sabremos quién es el funcionario competente para resolver los problemas de los actos del notario, como también los vicios que pueden producir una sanción jurídica. Deberemos para esto indicar en qué consiste la dación de fe, cuáles son sus requisitos y solemnidades, los principios jurídicos del notariado, sus errores y sanciones demostrando que no es lo mismo la anulabilidad administrativa, judicial, contractual o la notarial como también su esencia para probar su existencia.

Nuestro problema principal es la determinación si el acto notarial es administrativo o judicial, nos lleva indefectiblemente a otro, que es que autoridad debe resolverlos y este a otro, que vía procesal es la correcta y este a otro el tramitarse y los requisitos, así tenemos un problema y de este varios, habiendo solucionado este y sus accesorios tenemos otro problema. Si la dación de fe es un acto propio, ¿Cuáles son sus requisitos y cuáles son sus elementos? ¿Tiene esencia y principios el acto notarial? De resolver éste, tenemos otro problema ¿en qué defectos o errores puede incurrir la dación de fe? ¿Qué sanciones le son aplicables? ¿Puede ser anulado o declarado inexistente? ¿Son las mismas nulidades del contrato las nulidades del instrumento notarial?

Determinando que tipo de acto es el notarial evitaremos un error que de su mala aplicación emana si se inicia una demanda administrativa o una nulidad civil, al acto notarial tendrá que terminar en un proceso nulo por error en la vía de sustanciación, lo que producirá un beneficio a la juridicidad ya que los jueces no perderán tiempo en juicios inútiles. Así al diferenciar el contrato del instrumento, viviseccionando este, dominando continente y contenido, ya que si el continente es correcto y el contenido no, será por éste yerro y por esta causa la demanda, generando utilidad al estado, evitando gastos con demandas inútiles, lo que significa al estado un ahorro de tiempo y dinero, lo cual evitará que los demás juicios no se represen, haciendo una justicia

más ágil, ya que los jueces despacharan otros juicios, lo que beneficia a los usuarios del sistema judicial que son los abogados y a los necesitados de justicia que son los actores, podemos entonces filtrar o tamizar el problema su causa y efecto, si sabemos que es la dación de fe, sabemos que procedimiento debe seguirse y ante quien, con lo que no se inician procedimientos incorrectos resolviendo un problema de manera cauda.

Si el acto notarial no es un acto propio ¿Será un acto judicial, o será un acto administrativo?

Aclarando esta interrogante ayudaremos a los abogados en la correcta interpretación de la fe pública y a los abogados litigantes en la judicialización de los defectos notariales, Colaboraremos a una justicia más ágil, ya que los jueces despacharan otros juicios, lo que beneficia a los usuarios del sistema judicial que son los abogados y a los necesitados de justicia que son los actores, específicamente queremos demostrar a base de la ley que el acto notarial es propio; que la dación de fe por su desarrollo social no es sino también la ciencia notarial, para esto debemos demostrarlo con fundamento principalmente en la ley y como recurso en el estudio de los doctos y en nuestro estudio. La necesidad de encontrar la solución a la discusión sobre si el acto de fe es judicial, administrativo u otro, con el consiguiente problema en la judicialización de los problemas contractuales, lo que a nuestro criterio incumbe únicamente a los contratantes y no al notario, ya que es común que al iniciarse una pretensión procesal se demande a quien otorga el instrumento, quien nada tiene que hacer en el contrato, es lo que nos obliga a desarrollar esta tesis. Y lo que nuestro pensamiento jurídico, al igual que la necesidad y provecho que este estudio generará.

## **2.1.- EL ACTO ADMINISTRATIVO, EL ACTO JUDICIAL Y EL ACTO NOTARIAL**

### **2.1.1 EL ACTO ADMINISTRATIVO**

El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva en su Artículo 65 define al acto administrativo como: *“Toda declaración unilateral efectuada*

*en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa.”*

El acto administrativo es la actividad más compleja de la gestión pública porque está compuesta por elementos subjetivos y objetivos, tiene contenido, tiene forma, se manifiesta en varias clases y tiene presunción de legitimidad y ejecutoriedad. Todo esto será analizado en el siguiente título de este estudio.

#### **2.1.1.2 El acto de simple administración**

El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva lo define como:

**“Art. 70.- ACTOS DE SIMPLE ADMINISTRACIÓN.-** *Son toda declaración unilateral interna o interorgánica, realizada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma indirecta en vista de que solo afectan a los administrados a través de los actos, reglamentos y hechos administrativos, dictados o ejecutados en su consecuencia.”*

Constituyen actos de simple administración los informes que emiten especialistas en un área del conocimiento que es el objeto de la entidad del Estado o un cuerpo colegiado como por ejemplo los informes de la comisión técnica en contratación pública o un informe de auditoría. Aquellos no producen efectos jurídicos directos, sino que su incidencia dependerá de la decisión tomada por la máxima autoridad de la entidad pública, a través de un acto administrativo, no es susceptible de impugnación en sede judicial. En definitiva, el acto de simple administración es un germen que puede llegar a conducir un acto administrativo.

#### **2.1.1.3 El hecho administrativo**

Es toda obra o gestión técnica o material que incide directamente en el sujeto de Derecho al cual lo afecta, pero carece de procedimiento y resolución, que es lo que marca la diferencia con el acto administrativo. No obstante por su efecto jurídico directo es susceptible de impugnación en sede judicial. Así lo expresa el ERJAFE:

**“Art. 79.- IMPUGNACIÓN.-** Las personas afectadas por hechos administrativos deberán denunciarlos o presentar el respectivo reclamo ante la autoridad correspondiente. Si formulado el reclamo la Administración lo niega, se podrá impugnar dicha decisión ya sea en sede administrativa o judicial.”

Cuando los hechos administrativos afectaren una garantía constitucional de forma cierta e inminente será posible su impugnación en la forma prevista en la Constitución. Un ejemplo de hecho administrativo son las inspecciones y sus resultados realizadas por los inspectores de la Dirección Regional de Hidrocarburos a las gasolineras, las inspecciones realizadas por las Superintendencias de Bancos, de Compañías y de Telecomunicaciones, por el Servicio de Rentas Internas, etc.

#### **2.1.1.4 El acto normativo**

Es el acto ejercido prioritariamente por el Presidente de la República, al reglamentar una Ley, pero también puede ser ejercido por las máximas autoridades de los organismos públicos, como es el caso de las reglamentaciones emitidas por el Contralor General del Estado para el manejo y control de las finanzas públicas, o las emitidas por los Superintendentes.

Su efecto es directo, pero no individual, sino general al reglamentar una ley o una situación relativa a las finanzas públicas o al desarrollo de la economía del Estado. En cuanto a su impugnación, estas, si bien se acude a la Función Judicial, es más frecuente que se acuda al máximo órgano de control constitucional que es la Corte Constitucional, cuando el reglamento esté contra la Ley que la reglamenta o su intención sea alterada.

Para finalizar el ERJAFE define al ACTO NORMATIVO como:

**“Art. 80.- ACTO NORMATIVO.-** Es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos generales, objetivos de forma directa. De conformidad con la Constitución corresponde al Presidente de la República el ejercicio de la potestad reglamentaria. Un acto normativo no deja de ser tal por el hecho de que sus destinatarios puedan ser individualizados, siempre que la decisión involucre a la generalidad de los diversos sectores.”

### **2.1.1.5 El contrato administrativo**

A diferencia de las actividades analizadas anteriormente, el contrato administrativo, si bien constituye una gestión pública, no es unilateral porque se produce por la voluntad de dos o más partes, una de ellas es un órgano de la administración pública. Así lo define el ERJAFE:

*“Art. 75- CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.- Es todo acto o declaración multilateral o de voluntad común; productor de efectos jurídicos, entre dos o más personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa. Su regulación se regirá por las normas jurídicas aplicables”.*

Sus efectos no solo inciden en las partes contratantes sino en la ciudadanía que se beneficia directamente de él. El contrato administrativo en Ecuador está regulado por la ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública<sup>1</sup>, ley novel que ha transformado la contratación administrativa en una actividad dinámica y acorde con la tecnología existente.

### **2.1.1.6 La noción extranjera del acto administrativo**

El estudio del Derecho Administrativo se inició a profundidad por los juristas franceses, quienes entre sus diversas tesis desarrollaron la del acto administrativo.

Uno de los más famosos estudiosos del acto administrativo fue el catedrático doctor VEDEL (año 1980), para quien era sinónimo de decisiones ejecutorias por su carácter de voluntad unilateral de quien lo emana, orientada a producir efectos de Derecho sobre los administrados; a diferencia de los contratos administrativos que son bilaterales. Para el mencionado profesor de Derecho Administrativo, en este acto se incluía el reglamentario.

---

<sup>1</sup>Publicada en el Registro Oficial 395 del 4 de agosto del 2008

Otro jurista francés, el doctor LAUBADERE (año 1984), fue el primero en distinguir la diferencia entre un acto administrativo y un reglamentario, considerando a este último como un desprendimiento del anterior al especializarse en normar las leyes. Por su parte, los españoles incluyeron entre los actos administrativos a los de simple administración, conocidos como actos de trámite, que se distinguen de los actos administrativos y de los normativos o reglamentarios. Entre estos juristas están GARCIA DE ENTERRIA Y FERNANDEZ, (15º edición 2011) que en su obra “Curso de Derecho Administrativo” hacen una amplia exposición del acto administrativo en el que incluyen al de simple administración y al acto reglamentario. Sin embargo, no mezclan al contrato administrativo entre los actos. Posteriormente, en Argentina, el jurista MARIENHOFF tiene una apreciación muy amplia del acto administrativo, a tal punto que considera que no es una voluntad unilateral, sino bilateral, siendo una de las voluntades la administración pública. Para otro jurista argentino, el profesor GORDILLO, si bien coincide con su antecesor (MARIENHOFF), en su “Tratado de Derecho Administrativo” aclara que prefiere adoptar un criterio restringido para tratar al acto administrativo, de tal suerte que en su obra concluye que tal debe ser unilateral.

#### **2.1.1.7 La noción nacional del acto administrativo**

La mayoría de los juristas ecuatorianos se remiten al estudio hecho por el jurista argentino GORDILLO, para definir al acto administrativo como uno de voluntad unilateral de la autoridad pública competente que lo emana.

Entre los juristas ecuatorianos tenemos al doctor SECARIA DURANGO PATRICIO<sup>2</sup>, que en su libro “Curso Breve de Derecho Administrativo”, concibe al acto administrativo como un acto general, colectivo y objetivo incluyendo en su concepto al acto normativo o reglamentario. *A contrario sensu* el doctor ZAVALA EGAS JORGE, concibe al acto administrativo como el ejercicio del poder público para un caso concreto. Con esta concepción, él elimina como parte del acto administrativo al acto normativo. Los citados juristas ecuatorianos son los más recientes estudiosos del acto

---

<sup>2</sup>SECARIRA, Patricio. CURSO BREVE DE DERECHO ADMINISTRATIVO. Editorial Universitaria Quito. 2004

administrativo que lo han determinado en sentido restringido como un producto de voluntad unilateral de la administración pública que produce efectos concretos, es decir, directos hacia una parte de los administrados o hacia una persona en particular, a diferencia de los tratadistas, también ecuatorianos, de mediados del siglo XX como los doctores JARAMILO ALVARADO PIO, ARSENIO ESPINOZA Y BORJA Y BORJA RAMIRO, quienes tuvieron una noción amplia o general del acto administrativo en el que se incluían los hechos administrativos, los actos normativos y los de simple administración, para crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas subjetivas. Claro está que esa amplísima noción estaba acorde con el Derecho Administrativo usual de la época, en el que Ecuador aún no había desarrollado un estudio exhaustivo ni lo había aplicado adecuadamente en el ejercicio de la administración pública.

#### **2.1.1.8 Jurisprudencia ecuatoriana**

La Sala de lo Contencioso Administrativo de la extinta Corte Suprema de Justicia en varios de sus fallos han considerado la diferencia entre actos normativos y los actos administrativos propiamente. A los primeros los concibe como actos de carácter general contra quienes se deben interponer el recurso objetivo o de anulación por tratarse de una norma jurídica expresa, mientras que le ha dado un sentido restringido al acto administrativo propiamente encausándolo sólo para interponer el recurso subjetivo o de plena jurisdicción.<sup>3</sup>

El Tribunal Constitucional (hoy Corte Constitucional) por su parte ha interpretado al acto administrativo como aquella declaración unilateral de voluntad que afecta a situaciones jurídicas individuales, que causa efectos jurídicos, creando, modificando o extinguiendo situaciones jurídicas individuales concluyendo de esta manera que la relación entre el individuo y la administración pública a través de un acto administrativo es directa y no general o que afecte al conglomerado.

#### **2.1.1.9 Análisis de la definición del acto administrativo**

El ERJAFE, en su artículo 65 define al acto administrativo en los siguientes términos:

---

<sup>3</sup>Fallo de Sala de lo Administrativo, abril 5 de 1995. R. O. 697 del 17 de mayo de 1995

**“Art. 65. ACTO ADMINISTRATIVO.- Es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa.”**

De la definición deducimos el siguiente análisis:

#### **2.1.1.9.1 Declaración unilateral**

El acto administrativo se manifiesta como una declaración unilateral, lo quiere decir que es una manifestación referente a una situación jurídica. Esta declaración es unilateral, que emana de una sola voluntad, la cual pertenece exclusivamente a la administración pública. Con esto se excluye a los contratos administrativos porque son bilaterales.

Esta precisión la emitió el jurista ecuatoriano GRANJA GALINDO NICOLÁS<sup>4</sup> en su libro *“Fundamentos del Derecho Administrativo”*, quien manifestó que el acto administrativo emana de la voluntad y de la inteligencia de la autoridad administrativa pública, en otras palabras, del *iusimperium* que tiene toda autoridad pública, dándole distintas formas tales como una orden, una autorización, una sanción, extendiendo su concepción hacia los actos de registro como las certificaciones de nacimiento, defunción, de salud, etc.

Por su parte, el también jurista ecuatoriano PÉREZ CAAMACHO EFRAÍN<sup>5</sup> indica que la voluntad del acto administrativo tiene que ser única para ser precisa, esto es, no implica dos o más voluntades de la administración pública como los acuerdos interministeriales, pues en ese caso no sería un acto sino un contrato. Para el jurista argentino DROMI JOSÉ, el acto administrativo debe ser una declaración expresa y escrita para que tenga plenos efectos. Con él coinciden los juristas ecuatorianos TINAJERO Y SECAIRA, quienes agregan que la declaración debe ser formal, confirmando así la necesidad de que sea escrita para que tenga fuerza de ley. A *contrario sensu* está el silencio administrativo el cual, si bien produce efectos jurídicos

---

<sup>4</sup>GRANJA Galindo, Nicolás. FUNDAMENTOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO. U. Téc. Loja. 1997

<sup>5</sup>PÉREZ Camacho, Efraín. DERECHO ADMINISTRATIVO. Tomo II. Corp.Estudios y Publ. Quito 2006

al igual que el acto administrativo, no puede ser tal por tener naturaleza de omisión, es decir, que la voluntad no es expresa, ni siquiera oral.

Consecuentemente, la definición del ERJAFE lleva implícita que la declaración unilateral de la voluntad administrativa pública debe ser expresa y escrita.

#### **2.1.1.9.2 Productor de efectos jurídicos**

La declaración unilateral de la voluntad de la autoridad pública produce efectos jurídicos, esto quiere decir que opera modificando el orden jurídico, creando deberes y derechos a los sujetos en quienes incide. Así lo precisó el jurista argentino GORDILLO al argumentar que el efecto jurídico es una consecuencia inevitable del ejercicio del *iusimperium* y que su aplicación es inmediata sobre quienes recae.

El jurista ecuatoriano GRANJA amplió el tema del efecto jurídico inmediato, concluyendo que la inmediatez es sinónimo de la emanación directa del acto por no subordinarse a ningún acto posterior, lo cual diferencia al acto administrativo del acto de simple administración por no tener este último la característica de inmediatez como ya se ha tratado en el Título I Capítulo II de este estudio.

#### **2.1.1.9.3 Incidencia directa**

El efecto del acto administrativo incide directamente sobre un sujeto en particular o sobre una comunidad, pero jamás para la generalidad de los ciudadanos como sí lo hace el acto normativo. Conforme a la doctrina del doctor GRANJA, el efecto del acto administrativo es subjetivo porque es de naturaleza individual, particular o especial, que se puede producir dentro y fuera del ámbito administrativo, esto quiere decir que puede afectar a un servidor público (dentro del ámbito administrativo), o a un particular o comunidad ajenos al sector público (a uno o varios comerciantes, a uno o varios industriales, a una comuna rural, a una junta parroquial, a un gremio, etc).

Para finalizar, el acto administrativo, como lo indicamos al inicio de este capítulo, se manifiesta en distintas formas las cuales pueden ser: un decreto ejecutivo, un acuerdo ministerial o una resolución, un nombramiento, una destitución y las sanciones en

general dentro del área administrativa. Todas estas se identifican por contener requisitos y elementos que a continuación trataremos.

#### **2.1.1.10 Los elementos del acto administrativo**

El acto administrativo contiene elementos esenciales y formales de los cuales no puede prescindir, a ser analizados a continuación:

#### **2.1.1.11 Elementos esenciales**

Conforme al estudio realizado por el doctor ZAVALA EGAS JORGE<sup>6</sup>, los elementos esenciales son los que producen la legitimidad del acto, lo cual significa que estos le dan validez por tener origen legítimo.

Así tenemos:

##### **a) Competencia**

Para que el acto administrativo sea legítimo, por ende, que sea válido, debe emanar de autoridad competente.

La competencia de una autoridad está dada por la ley, de tal suerte que la autoridad administrativa tiene plena potestad de ejercer el *iusimperium* ejecutándolo a través del acto administrativo. *A contrario sensu* la falta de competencia de quien emitió un acto administrativo produce que éste sea ilegítimo y dé lugar a que se impugne judicialmente su anulación. El ERJAFE exige este requisito (competencia) en el artículo 121.2 letra a), al determinar que todo acto administrativo debe contener la indicación del órgano que lo emana.

---

<sup>6</sup>ZAVALA Egas, Jorge. DERECHO ADMINISTRATIVO. Tomo I. Edino. Guayaquil. 2005

## **b) Objeto**

Desprendiéndose del Derecho Civil, el acto administrativo debe contener un objeto lícito, que esté enmarcado en la Ley de Derecho Público y que su finalidad sea alcanzar el bien común. Además, el objeto debe ser cierto y jurídicamente posible, así lo expresa el doctor GRANJA en su citado texto jurídico.

## **c) Voluntad**

La voluntad de la autoridad competente en el acto administrativo se traduce en la máxima expresión del *iusimperium*, esto es, de tener la plena disposición de querer producir modificaciones, creaciones, extinciones de situaciones jurídicas relativas a sus facultades regladas. Este criterio es destacado por el jurista español GARCIA DE ENTERRIA y que nuestra legislación lo ha adoptado en el ERJAFE.

## **d) Motivación**

Todo acto administrativo debe ser motivado, pero este elemento no es exclusivo de esta actividad jurídica sino también del acto normativo y del contrato administrativo. La motivación ha sido exigida en nuestra legislación desde hace diez años, a través de la Constitución Política de 1998 y que ahora ha sido ratificada y ampliada en el artículo 76 letra l) de la vigente Constitución de la República del Ecuador, cuyo texto se explica por sí solo:

*“Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derecho y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:*

*l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.”*

La exigencia de la motivación en las actividades de la administración pública, entre ellas el acto administrativo, está prescrita en el artículo 122 del ERJAFE, de tal suerte que su falta u omisión produce la nulidad del acto.

#### **e) Legalidad**

Todas las actividades de la administración pública ecuatoriana tienen que estar regidas por la ley y derivarse de la Constitución. Ratifica. Este principio está prescrito en el artículo 121.2, letras a) y b) del ERJAFE.

#### **2.1.1.12 Elementos formales**

Si bien lo que estudiaremos a continuación no son elementos esenciales que marcan su legitimidad los elementos formales marcan su legalidad.

#### **a) Forma**

Todo acto de la administración pública debe estar escrito para que produzca efectos, tanto es así que si los órganos competentes se expresaran verbalmente, su comunicación a quienes deba producir efecto debe ser entregada por escrito y suscrita por la máxima autoridad competente, conforme lo prescribe el artículo 123 en sus puntos uno y dos del ERJAFE que concuerda con el artículo 66 que trata de la vigencia del acto administrativo para su plena validez y con el artículo 125 punto dos y 126 del mismo cuerpo jurídico que ratifica la necesidad de que un acto de administración pública debe ser notificado para que produzca sus efectos .

La forma como debe emanarse un acto administrativo está indicada en el artículo 121 del ERJAFE al ordenar que éste debe contener:

- a) la indicación del titular del órgano,
  - b) la norma que atribuye su potestad,
  - c) la indicación de los fundamentos de hecho y de las normas jurídicas aplicables;
- y,
- d) los actos de simple administración que conformaron el procedimiento previo a su emisión.

## **b) Notificación**

Como ya lo tratamos en el punto inmediato anterior el acto administrativo no puede tener validez si este no es notificado a la parte a quien afectará, de tal suerte que esta última pueda tener la oportunidad de aceptarlo o de impugnarlo en sede administrativa o en sede judicial.

En conclusión tenemos que los elementos, tanto esenciales como formales, del acto administrativo le dan vida jurídica para que sea plenamente aplicado en el ejercicio del imperio de la administración pública.

### **2.1.1.13 Características del acto administrativo**

#### **2.1.1.13.1 Presunción de legitimidad**

Todo acto administrativo contiene la presunción legal de ser legítimo, esto es, de haber sido expedido conforme a Derecho. La presunción de legitimidad le da al acto administrativo su validez, de tal suerte que si se le imputa nulidad, ésta debe ser declarada judicialmente. Para que la nulidad de un acto administrativo sea declarada por la justicia, deberá probarse, por quien alega su nulidad, la existencia de un vicio manifiesto y grave para que destruya tal presunción. En consecuencia, la carga de la prueba es para quien impugna la nulidad del acto.

El artículo 121 del ERJAFE *“Producción y contenido de los actos administrativos”* ratifica la presunción de legitimidad cuando en su *punto 2* letras *a* y *b* prescribe que los actos tendrán como elementos sustanciales la indicación del titular del órgano, esto es, que debe proceder de la voluntad de la autoridad competente y la capacidad de ésta debe atribuírsela una norma jurídica.

Otro artículo que ratifica también la presunción de legitimidad es el 122 del citado cuerpo legal al prescribir que todo acto debe contener motivación o razón suficiente para su emisión y su ausencia produce la nulidad absoluta del acto administrativo.

#### **2.1.1.13.2 Estabilidad**

Cuando hablamos de estabilidad nos estamos refiriendo al tiempo de duración del acto administrativo. Esta característica se deriva de la anterior, porque el acto durará y tendrá su efecto mientras no se pruebe su nulidad en la vía judicial. En definitiva, la característica de estabilidad es la garantía del orden jurídico que impide la arbitrariedad, tanto de las autoridades como de los administrados, contra un acto dictado.

#### **2.1.1.13.3 Imputabilidad**

La característica de imputabilidad de un acto administrativo no es otra cosa que el rechazo a sus efectos jurídicos. Los afectados por un acto administrativo pueden interponer su rechazo en sede administrativa o en sede judicial.

Si se interpone el rechazo en sede administrativa será a través de los recursos de revisión, de reposición y de apelación, los tres prescritos y tratados en el ERJAFE en los artículos del 172 al 191. Estos artículos son de procedimiento en sede administrativa, esto es, ante el mismo órgano competente que emitió el acto impugnado y que llega hasta la última instancia para que sea resuelta por la máxima autoridad de la entidad pública donde fue emitido, con lo cual se agota la vía administrativa.

En sede judicial el órgano competente en Ecuador es el Tribunal Distrital de lo Contencioso – Administrativo, bajo la regulación de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que tiene una instancia y su fallo o sentencia sólo se puede interponer recurso de casación. Es menester hacer hincapié en que no es necesario agotar la vía administrativa para iniciar la judicial, conforme lo permite el artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada.

#### **2.1.1.13.4 Ejecutividad y ejecutoriedad**

Estas características cuyos términos son similares, en realidad es una sola: la ejecutividad que contiene una variante, su ejecutoriedad, que a continuación se analizarán:

### **a) Ejecutividad**

Es la eficacia que tiene el acto administrativo como producto de su presunción de legitimidad, lo cual lo hace exigible para quien reciba el efecto directo. Es así como se cumple el principio de garantía del orden público. El que se haga ejecutable un acto le proporciona su calidad de definitivo, de tal suerte que debe cumplirse de inmediato e irreversiblemente. Para que el acto administrativo sea ejecutable éste debe estar ejecutoriado, es por ello que la ejecutoriedad es parte de la ejecutividad del acto.

### **b) Ejecutoriedad**

La ejecutoriedad presume de pleno derecho que el acto se volvió eficaz, lo cual quiere decir que esta característica es un elemento implícito en la exigibilidad del acto. El artículo 161 del ERJAFE prescribe que los actos de administración pública serán inmediatamente ejecutivos, poniendo como salvedad a este principio la suspensión del mismo o que haya una disposición contraria o que necesite de aprobación de un superior jerárquico de quien lo haya emitido. Por consiguiente, las salvedades indicadas en el artículo citado ratifican la necesidad de que un acto administrativo esté ejecutoriado para que sea ejecutado.

Para concluir, las cuatro características analizadas demuestran que la eficacia del acto administrativo está dada por orden de ley, lo cual lo hace exigible aunque la autoridad no esté presionando para que se ejecute.

## **2.1.1.14 Ejecución, revocación y anulación**

### **2.1.1.14.1 Ejecución**

La ejecución del acto administrativo es el procedimiento por el cual se efectiviza su característica de ejecutividad.

El procedimiento para su ejecución está plenamente detallado en el Libro Segundo del ERJAFE denominado "*Procedimiento administrativo común de la Función Ejecutiva*".

Aquel segundo libro contiene los elementos y los pasos para iniciar una investigación:

- a) las personas que intervienen en el procedimiento,
- b) la responsabilidad de la administración pública en tramitar eficientemente el procedimiento,
- c) su obligación de resolver y de notificar,
- d) la imposición de las sanciones, si fueran del caso, dentro del término dado por el ERJAFE (dos meses contados desde la emisión del acto); y,
- d) las situaciones de desistimiento y renuncia de interposición de recursos con las cuales se agota la vía administrativa.

#### **2.1.1.14.2 Revocación**

El efecto de la revocación es la de anular o modificar los efectos jurídicos del acto. En otras palabras, es la forma jurídica de extinguir la relación que se formó entre la administración y el particular por efecto del acto administrativo.

Según el jurista argentino MARIENHOFF, la revocación es una situación anormal del acto administrativo, porque lo normal es que se ejecute. Para que esto exista es menester que se haya probado la causa que origino el vicio del acto. En esta misma línea de pensamiento jurídico el jurista ecuatoriano GRANJA nos dice que la revocación es otro acto administrativo que extingue a su precedente, a fin de satisfacer el interés público o para restablecer el imperio de la legalidad.

La revocación, según el artículo 172 del ERJAFE, se da para cesar el comportamiento o conducta de quien lo emitió o para enmendar, derogar o modificar los efectos. Se lo presenta ante la misma autoridad que lo emitió por medio de los reclamos administrativos de: recurso de reposición ante la misma autoridad que emitió el acto impugnado (ART. 174 ERJAFE); o, ante la máxima autoridad de la entidad pública mediante recurso de apelación (ART. 176 ERJAFE).

### **2.1.1.14.3 Anulación**

La anulación consiste en la extinción del acto administrativo por causa de su ilegitimidad. Recordemos que la primera de las características del acto administrativo es la presunción de legitimidad, pero siendo impugnada, probado judicialmente el vicio del acto y emitido su fallo judicial en el recurso objetivo o de anulación, éste se anula.

Un acto puede ser anulable por las tres razones precisadas en el artículo 130 del ERJAFE, las que son:

- a) Haber incurrido en infracción del ordenamiento jurídico (violar la jerarquía de las leyes prescrita en la constitución).
- b) Cuando carece de requisitos formales indispensables para su efectividad (la forma y la notificación); y,
- c) Si el acto administrativo ha sido realizado fuera del término legal, es decir que opero la caducidad prescrita en el artículo 159 del ERJAFE.

Las causas de la anulabilidad del acto están determinadas en el artículo 130 del ERJAFE. Aparte de la anulación un acto administrativo puede ser nulo de pleno derecho cuando faltan o hay vicios en los elementos esenciales del mismo, como la incompetencia del órgano que lo emite, o por tener un objeto ilícito o por carecer de motivación. El ERJAFE prescribe estas dos situaciones jurídicas la nulidad de pleno derecho en su artículo 129.

## **2.1.2.- EL ACTO JUDICIAL**

### **2.1.2.1 La Función Judicial conforme a la Constitución**

A partir de la Revolución Francesa, el poder del Estado se dividió en tres partes independientes una de otra, como ya se explicó en el título I de este estudio: poder legislativo, poder ejecutivo y poder judicial. De los tres poderes, el último, el judicial donde desarrolla el Derecho aplicado a cada situación personal, laboral y profesional de los ciudadano del Estado.

Para el jurista argentino, ALSINA HUGO, a esta función la denomina Jurisdiccional, es la encargada de disciplinar las conductas humanas, premiándolas si han cumplido la ley y sancionándolas si la han infringido. La importancia de esta función es ser tutelar de las garantías constitucionales y legales, es donde acuden los ofendidos por infracciones a la ley para reclamar el resarcimiento del daño causado y recibir la restitución de su bienestar interrumpido. Textualmente explica el mencionado jurista: “...en la función jurisdiccional, el Estado obra con personalidad propia, porque la actividad que en ella desarrolla es una emanación directa de su soberanía... Sin embargo, desde el punto de vista integral del derecho, esa actividad es complementaria con relación a la legislativa, dado que, por su intervención, se hace efectiva la voluntad del legislados contenida en la norma.” Con lo que ratifica esta jurista que es en la Función Judicial donde se concreta la Función Legislativa al juzgar un hecho aplicando la norma jurídica correspondiente y concluyendo con un veredicto por el cual premia o sanciona una acción humana o un acto del Estado, logrando la tranquilidad social y el orden público.

El artículo 167 de la Constitución de la República del Ecuador establece:

*“Art. 167.- La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución.”*

Analizando esta definición constitucional, tenemos que la Función Judicial es un poder del pueblo soberano por el cual se administra justicia, a través de los órganos jurisdiccionales. Este principio lo ratifica el primer artículo del Código Orgánico de la Función Judicial<sup>7</sup>:

*“Art. 1.- FUNCIÓN JUDICIAL.- La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial.”*

En definitiva, la administración del justicia es un poder del Estado, que a diferencia de la Función Legislativa, no crea derecho, salvo excepcionalmente para cubrir vacíos legales a través de la jurisprudencia; y, a diferencia de la Función Ejecutiva, no se

---

<sup>7</sup>Publicado en el Registro Oficial 544 del lunes 9 de marzo del 2009

encarga de administrar la economía y el orden público del Estado, se encarga exclusivamente de resolver mediante sentencia sobre un hecho o acción humana conforme a la norma jurídica y tras un razonamiento sobre la infracción a la ley, siguiendo un sistema procesal.

### 2.1.2.2 Órganos de la Función Judicial

La administración de justicia se realiza a través de los órganos jurisdiccionales y son cuatro, según la Constitución:

“Art. 178.- Los órganos jurisdiccionales, sin perjuicio de otros órganos con iguales potestades reconocidos en la Constitución, son los encargados de administrar justicia, y serán los siguientes:

1. La Corte Nacional de Justicia.
2. Las cortes provinciales de justicia.
3. Los tribunales y juzgados que establezca la ley.
4. Los juzgados de paz.”

Continuando con la enunciación de la Constitución, la Corte Nacional de Justicia está integrada por veintiún jueces y juezas (Art.182), ellos deberán cumplir con los tres requisitos impuestos en el artículo 183 y las funciones de esa Corte son las determinadas en el artículo 184: conocer y resolver los recursos de casación, de revisión y otros establecidos por la ley conforme a su especialidad, es decir, según la sala especializada en lo contencioso-administrativo, contencioso-tributario, penal, adolescentes infractores, penal militar, penal policial y tránsito, civil y mercantil, familia, niñez y adolescencia y laboral. (Código Orgánico de la Función Judicial, Título III, Capítulo III, Parágrafo II). Cada sala está compuesta de tres jueces.

Similar conformación tienen las **Cortes Provinciales de Justicia** y su función es de segunda instancia o resolver las apelaciones venidas desde los juzgados de origen, y los **Tribunales Distritales** se especializan en Contencioso-Administrativo, Fiscal Tributario y **Tribunales Penales**. Los **juzgados de origen o de primera instancia** están conformados por un solo juez y se especializan en materias civiles y

mercantiles, penales, de tránsito, de inquilinato, de familia, niñez y adolescencia y laborales. La conformación y funciones específicas de todos los órganos jurisdiccionales están detalladas en el Título IV del Código Orgánico de la Función Judicial.

Según la Constitución, hay otros órganos en la Función Judicial que son auxiliares de los jurisdiccionales, los órganos autónomos y el órgano de control de esta Función que es el Consejo Nacional de la Judicatura. Los órganos auxiliares de los jurisdiccionales están los notarios encargados de dar el servicio notarial, considerados por la Constitución como depositarios de la fe pública. Los nombra el órgano de control de esta Función, el Consejo Nacional de la Judicatura, tras concurso de méritos y oposición (Arts. 199 y 200 de la Constitución). El régimen por el cual se desarrolla el servicio notarial está regulado en el Título VI, Capítulo I del Código Orgánico de la Función Judicial, tema que será tratado detalladamente en lo posterior.

### **2.1.2.3 La facultad de administrar justicia**

Administrar justicia es la facultad privativa de la Función Judicial. Consiste en cumplir con el principio o axioma jurídico dado por Justiniano hace mil quinientos años atrás:

*“Justicia es la facultad de dar a cada cual lo que le corresponde”*

Aquel axioma equivale a conocer los hechos a ser juzgados y sus orígenes, a razonar sus causas y efectos, a buscar su interpretación jurídica en las normas dictadas en la sociedad donde aquellos se produjeron y a concluir deduciendo si se debe premiar o sancionar a los que provocaron o los implicados en los hechos juzgados.

Para realizar el ejercicio: tesis, antítesis y síntesis se debe tener conocimientos jurídicos y experiencia de vida, requisitos de los juzgadores.

La justicia es un acto de autoridad pública, de carácter impositivo y coercitivo, es decir, que el acto dictado por un juez debe ser obedecido por quien corresponda y si desacata a la obediencia será sancionada o penada conforme a la ley que previene aquella situación negativa.

La administración de justicia debe tener principios de aplicabilidad y un procedimiento para ejecutarla, lo cual desemboca en la formalidad del proceso judicial como característica *sine cuanom* del Derecho Público, así lo expresa el mencionado jurista argentino HUGO ALSINA en su Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial.

En la República del Ecuador, el artículo 169 de la Constitución enuncia que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia y que se debe regir por los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación y economía procesal. Estos principios están ratificados y ampliados en el Título I, Capítulo II del Código Orgánico de la Función Judicial, desde el artículo 4 hasta el artículo 31.

En conclusión, la facultad de administrar justicia es exclusiva de la Función Judicial, la cual, a su vez, goza de autonomía por ser independiente de los demás poderes del Estado. Aquella facultad se realiza a través de un sistema formalista, el procedimiento judicial que está regulado por la ley.

#### **2.1.2.4 El acto judicial: decretos, autos y sentencias**

La administración de justicia se desarrolla a través de actos judiciales, denominados comúnmente providencias, estos son: los decretos, los autos y las sentencias.

Nuestro **Código de Procedimiento Civil, codificado**<sup>8</sup>, define a los tres mencionados actos judiciales en los siguientes términos:

##### **2.1.2.4.1 Los decretos**

“Art. 271. Decreto es la providencia que el juez dicta para sustanciar la causa, o en la cual ordena alguna diligencia”.

---

<sup>8</sup>Publicado en el Registro Oficial Suplemento No.58 del 12 de julio del 2005

*“Art. 272. Los decretos sobre puntos importantes de sustanciación, como los de pago, prueba y otros semejantes, y los que perjudicar los intereses de las partes o influir en la decisión de la causa, se considerarán como autos.”*

De la definición legal y de la aclaración que le sigue, arriba transcritas, se puede apreciar que el decreto es un acto que sólo sustancia la causa o juicio, es decir, que se dedica a proveer el avance normal del proceso, pero que no afecta a ninguna de las partes.

#### **2.1.2.4.2 Los autos**

*“Art. 270. Auto es la decisión del juez sobre algún incidente del juicio.”*

Como se puede deducir de la definición legal, el auto sí afecta directamente los intereses de las partes, por ello no sustancia la causa, sino que modifica una situación jurídica en el avance del proceso, como por ejemplo la revocatoria de una providencia; o, puede ser la parte final del proceso, como por ejemplo un auto de nulidad, pero con efecto retroactivo al indicar desde qué parte del proceso se deberá considerar nulo.

La diferencia entre el auto y el decreto está en la afectación que produzca el primero de estos a una de las partes.

#### **2.1.2.4.3 Las sentencias**

*“Art. 269. Sentencia es la decisión del juez acerca del asunto o asuntos principales del juicio.”*

La definición legal quiere decir que la sentencia, también llamada “fallo”, es la resolución del juez con carácter de definitiva, es siempre la parte final de un proceso. En ella está plasmada la justicia.

La similitud con el auto es que ambos actos judiciales afectan los intereses de las partes litigantes por ser decisiones del juzgador sobre lo existente en el proceso. Ratifica su similitud el artículo 274 del mismo cuerpo legal al ordenar que ambos actos judiciales deban decidir sobre los puntos materia de la litis y deben fundamentarse en los méritos del proceso.

La diferencia entre auto y sentencia es que el primero está ubicado en la parte del desarrollo o avance del proceso, mientras que la sentencia está ubicada necesariamente al final del proceso, por ello es de carácter definitivo.

#### **2.1.2.5 Las instancias judiciales: primera y segunda instancia**

Como ya hemos estudiado anteriormente, el sistema procesal consiste en pasos reglados por la ley que deben seguirse para alcanzar la justicia plasmada en una sentencia o fallo.

Los pasos procesales se agrupan, a su vez, en etapas conocidas en el argot jurídico como *“instancias”*. Cada etapa supera a la anterior y se han creado para que se logre la absoluta certeza de que lo juzgado ha alcanzado la justicia reclamada.

##### **2.1.2.5.1 La instancia de origen**

Todo juicio se inicia con la presentación de la demanda, la que contiene una acción judicial, en otras palabras, un reclamo por el cual se pide justicia. Pero el juicio no se concreta o perfecciona sino al momento de citarse al demandado.

La primera instancia corre desde la fecha de la presentación de la demanda hasta que el juez envía el proceso a un juzgador de superior jerarquía. El Código de Procedimiento Civil, codificado, define lo que es un juicio y lo que es una instancia:

*“Art. 57. Juicio es la contienda legal sometida a la resolución de los jueces.”*

*“Art. 58. Instancia es la prosecución del juicio, desde que se propone la demanda hasta que el juez la decide o eleva los autos al superior, por consulta o concesión de recurso. Ante el superior, la instancia empieza con la recepción del proceso, y termina con la devolución al inferior, para la ejecución del fallo ejecutoriado.”*

La primera instancia o instancia de origen es conocida por el juez de inferior jerarquía que corresponda, según su jurisdicción y competencia. Si una de las partes o ambas, no están de acuerdo con la sentencia dictada por el juez a quo o de origen, pueden interponer el recurso de apelación, que da lugar a la segunda instancia.

### **2.1.2.5.2. La apelación**

El artículo 323 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil (CPC) define a la apelación, así:

*“Art. 323. Apelación es la reclamación que uno de los litigantes u otro interesado hace al juez o tribunal superior, para que revoque o reforme un decreto, auto o sentencia del inferior.”*

Como se puede apreciar, la apelación es un recurso que no es exclusivo para modificar una sentencia sino que también es aplicable para modificar o extinguir un decreto o auto. En todo el proceso, las partes tienen tiempos contados en términos para pedir que el juicio sea elevado al juez o tribunal de jerarquía superior. Por ende, el ejercicio de interponer el recurso de apelación es de tres días término, contados desde la fecha de la notificación del decreto, auto o sentencia a ser apelado (Art. 324 CPC).

El juez de origen está obligado a conceder la apelación para que se eleven los autos al superior donde se resolverá definitivamente (324 ibídem) y el efecto de esta concesión puede ser de dos formas:

- **suspensivo**, cuando se suspende el mandamiento de ejecución; o,
- **devolutivo**, cuando, a pesar de la apelación, se debe cumplir la sentencia, pero puede revertirse ese cumplimiento en caso de que el fallo del juzgador superior sea contrario a la resolución de la sentencia del inferior.

En Ecuador, la apelación conforma una segunda y definitiva instancia en materia procesal civil, mercantil, de familia, laboral y de inquilinato. Su resolución está a cargo de las Cortes Provinciales de Justicia, conforme al artículo 208, primer numeral del Código Orgánico de la Función Judicial.

### **2.1.2.6 El Recurso de Casación**

Otro recurso creado por la ley procesal, pero que no constituye instancia, es el recurso de casación. Este recurso tiene como naturaleza el no ser una instancia

procesal sino una revisión de una sentencia o auto definitivo, así lo define el artículo 2 de la codificación de la Ley de Casación:

***“Art. 2.Procedencia. El recurso de casación procede contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento, dictados por las cortes superiores, por los tribunales distritales de lo fiscal y de lo contencioso administrativo.”***

*Igualmente procede respecto de las providencias expedidas por dichas cortes o tribunales en la fase de ejecución de las sentencias dictadas en procesos de conocimiento, si tales providencias resuelven puntos esenciales no controvertidos en el juicio, ni decididos en el fallo, o contradicen lo ejecutoriado. No procede el recurso de casación de las sentencias o autos dictados por las Cortes Especiales de las Fuerzas Armadas y de Policía y las resoluciones de los funcionarios administrativos, mientras sean dependientes de la Función Ejecutiva.”*

La casación no es una instancia porque no es un procedimiento propiamente dicho, ya que no revisa un juicio cuya sentencia o auto ha sido apelado, sino que se dedica a revisar solamente la legalidad de la sentencia o del auto que puso fin a un juicio, y cuyo texto ha sido impugnado por una de las parte que se siente afectada. El Código Orgánico de la Función Judicial, en el segundo inciso del artículo diez aclara que la casación no es una instancia sino un recurso extraordinario que controla la legalidad o el error judicial que se haya producido en los fallos de instancia. Por ende, este recurso no es ordinario, por ello no constituye un grado procesal o instancia y no se aplica contra decretos, solamente contra sentencias o autos que ponen fin a un juicio.

Para interponer un recurso de casación, la codificación de la Ley de Casación, determina cinco causales, en su artículo 3, una de ellas debe ser la razón de la interposición de este recurso, si no está especificada en el escrito respectivo, será rechazado el recurso y el resultado será la ejecutoria de la sentencia o del auto recurrido.

### **2.1.2.7 La Acción Extraordinaria de Protección**

Nuestra reciente Constitución de la República del Ecuador define a la situación jurídica del Estado ecuatoriano como un garante de derechos y justicia, en el primer inciso de su primer artículo:

*“Art. 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrática, soberano, independiente, unitario, intercultural, pluricultural y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.”*

Para aplicar su garantía, se han creado procedimientos constitucionales, es decir, que no constan todavía en ninguna ley procedimental, sino solamente en la Constitución. Los procedimientos constitucionales están prescritos en el Título III, capítulo tercero denominado “Garantías jurisdiccionales”, donde constan las disposiciones generales y los cinco tipos de acciones constitucionales que puede interponer cualquier persona, de manera individual o comunitaria, para ser resarcida de posibles violaciones a los derechos consagrados en nuestra Constitución. Este es el nuevo concepto de Derecho Constitucional: priman los derechos humanos frente a los demás derechos civiles.

Las acciones a ser ejercidas por los ciudadanos para que el Estado le garantice sus derechos son:

- La acción de protección,
- La acción de habeas corpus,
- La acción de acceso a la información pública,
- La acción de habeas data,
- La acción de incumplimiento; y,
- La acción extraordinaria de protección.

De todas las acciones mencionadas, la única que revisa sentencias o fallos es la última, cuya definición constitucional dice:

*“Art. 94.- La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinario y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado.”*

Se critica esta acción, cuya calidad es ser extraordinaria, porque para muchos juristas, constituye una “cuarta instancia” (la de origen, la apelación, la casación-que como ya se explicó no es una instancia sino un recurso- y esta acción), algo inaudito, pero que bien podría suceder, y de hecho está sucediendo, a fin de dilatar la causa. No obstante, la Corte Constitucional depura a diario las acciones extraordinarias de protección que le ingresan y rechaza en su gran mayoría con motivaciones precisas que explican la improcedencia de tal acción.

Lamentablemente, si bien esta acción extraordinaria fue creada para precautelar la garantía constitucional de una sentencia o auto definitivo, y sea que la Corte Constitucional no la conceda con la debida motivación, se presta para dilatar la ejecución del fallo o auto. Hay mucho por tejer en materia de Derecho Constitucional, teniendo la nueva Asamblea Nacional la obligación de regular con leyes la precisión del procedimiento de las acciones constitucionales, en especial, el que corresponda a la acción extraordinaria de protección.

Concluimos este capítulo del acto judicial reiterando que es producto del poder del Estado que se desarrolla a través de los órganos de administración de justicia, siendo sus artífices los jueces jerarquizados por la Constitución y la ley.

### **2.1.3.- EL ACTO NOTARIAL**

Dentro del amplio campo del comportamiento, sea este lícito o ilícito, y que generan socialmente alarma o utilidad, vemos que ante la velocidad del decurso humano, la legislación ha sido convocada a perpetuarlos o por lo menos tutelarlos, así se conceptúa el documento que no es más que una cosa estimada a representar los hechos de este mundo. (Concepto de documento conferido. CARNELUTTI FRANCESCO. LA PRUEBA CIVIL, TRADUCCIÓN DE NICETO ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, BUENOS AIRES 1955 PAG 155 Y 156.)

Ya que el hombre desde el comienzo de la civilización humana busco el carácter formal a sus contrataciones con lo que vamos de la prueba testimonial a la escrita, evolucionando hasta la solemne. Nacimiento aquí de la actividad notarial. Vemos el pacto de Berseba en la Biblia en la que Abraham entrega 7 ovejas a Abimalec como prueba de la cava de un pozo. Es a los fenicios a los que se les atribuye la organización de signos gráficos y señales, otros ya hablaban de las de las runas arcaicas como medio de expresión escrita, con la escritura nace una nueva forma de prueba. Al igual que la de un nuevo funcionario estatal, el escriba; y un nuevo oficio, con el que podemos afirmar que la existencia del documento es lo que crea la función notarial. Hoy en día el notario crea el documento. Observa esto el profesor Núñez Lagos.

#### **2.1.3.1 El Notario**

**ORÍGENES DEL NOTARIO.-** Es en la edad media en los países influenciados por el derecho romano, el cual era escrito, en donde tiene su origen la institución notarial como función regida por el Estado, con sus respectivos nombramientos, así se multiplica la cantidad de notarios a quienes la autoridad real los regla minuciosamente. En la era napoleónica se llegó a tener a los notarios como una plaga, existía notarios reales y a su vez las jurisdicciones señoriales tenían notarios especiales, habían notarios episcopales, imperiales y apostólicos, los que según sus especialidades eran llamados ACTUARI, ARGENTORII, CANCELLORI, CENSUALES, COGNITORES, CONCILIARI, CORNICULIARI, CHARTULARII, DIASTOLEOS, EMANUENSIS, EPISTOLARES, EXCEPTORES, GRAFARIOS, LIBERSENSES, LIBARI, LOGOGRAPHI, NOTARI, NUMERARI, REFFRENDARIS, SCRIBAE, ESCRINIARI,

TABELLIONS, TABULARI y otros. Ya para el descubrimiento de América, tenemos a Don Luís de Santa o el funcionario de la Corona de la tesorería del rey Fernando El Católico quien ofrece su ayuda a Cristóbal Colon. El primer notario de América fue Don Rodrigo de Escobedo, escribano de la Cuadra y del Consulado del Mar, instituciones que regulaban las actividades marítimas – comerciales en España y él es quien da cuenta de la toma de posesión de la isla de Guanahani, en nombre de los reyes, isla a la que Colon llamo San Salvador. Incluso hay registros de Don Hernán Cortez como escribano en Azua, quien había sido empleado de notario en Valladolid y Sevilla. Así como es lógico el notariado en América tiene raíz española-romanista y luego francesa. Teniendo gran influencia la ley del año 1862 española que regula las actividades notariales, ley que fue en su época la mejor de Europa. Las disposiciones sobre actos notariales se encuentran en diversas leyes en el Ecuador y es a partir de 1966 en que se crea la Ley Notarial. Así hemos visto parte de la evolución del notario en la historia, así afirmamos que el notariado nace con la invención de la prueba escrita y en la actualidad es ya una ciencia el Derecho Notarial. Tomaremos como parte de este estudio varios conceptos del derecho notarial y de notario.

#### **2.1.3.2 La función del Notario, el acto Notarial, y situaciones de decisión notarial. Ejemplos de instrumentos diversos.**

Vemos pues la necesidad de perpetuar hechos, contrato o situaciones jurídicas las que dan motivo a la existencia notarial, entonces analicemos que dice la Constitución de la República del Ecuador sobre el mismo.

##### **Sección duodécima**

##### **Servicio notarial**

**Artículo 200 de la Constitución de la República del Ecuador.-** Las notarias y notarios son depositarios de la fe pública; serán nombrados por el Consejo de la Judicatura previo concurso público de oposición y méritos, sometido a impugnación y control social. Para ser notaria o notario se requerirá tener título de tercer nivel en Derecho legalmente reconocido en el país, y haber ejercido con probidad notoria la profesión de abogada o abogado por un lapso no menor de tres años. Las notarias y notarios permanecerán en sus funciones seis años y podrán ser reelegidos por una

sola vez. La ley establecerá los estándares de rendimiento y las causales para su destitución.

**CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL. Art. 296.- Notariado.-** El Notariado es un Órgano auxiliar de la Función Judicial y el servicio notarial consiste en el desempeño de una función pública que la realizan las notarias y los notarios, quienes son funcionarios investidos de fe pública para autorizar, a requerimiento de parte, los actos, contratos y documentos determinados en las Leyes y dar fe de la existencia de los hechos que ocurran en su presencia.

El ejercicio de la función notarial es personal, autónomo, exclusivo e imparcial.

Los principios notariales ancestrales tales como rogación, verificación de capacidad y libertad de las partes e intermediación de las mismas se aplican en las atribuciones notariales, con lo que pasaremos a revisar las constantes en el art. 18 de la ley notarial en vigor.

**ART. 18 DE LA LEY NOTARIAL:** Son atribuciones de los notarios, además de las constantes en otras leyes:

1.- Autorizar los actos y contratos a que fueren llamados y redactar las correspondientes escrituras, salvo que tuvieren razón o excusa legítima para no hacerlo.

*Vemos aquí que la capacidad notarial para intervenir en actos o contratos no solo se refiere a los solemnes ya que a estos no son solo llamados sino obligados a intervenir por razón de su función, intervención que es solicitada, empero este numeral se refiere a los actos o contratos no solemnes, es decir a los que las partes han acordado perpetuarlos mediante una escritura pública, podemos ver también la capacidad del notario para redactar la escritura. Lo que difiere con la Ley de Federación de Abogados en donde se manda a que toda minuta debe ser redactada por Abogados en el libre ejercicio, lo que en cierta forma producía una antinomia que para nuestra forma de entender la Ley se debía resolver con la disposición que fue derogada hace poco por la Ley Orgánica de la Función Judicial, la cual cuando tenía vigor mandaba que cualquier contradicción debía aplicarse la Ley Notarial, empero hay*

*que aceptar que los notarios prefieren evitar el litigio y dejar que los Abogados redacten las minutas, lo cual es entendible ya que el notario es esencia un funcionario no beligerante. Aquí vemos la legalización de uno de los principios Notariales el de ROGACION al igual que el de imparcialidad al excusarse legítimamente de actuar.*

2. Protocolizar instrumentos públicos o privados por orden judicial o a solicitud de parte interesada patrocinada por abogado, salvo prohibición legal;

*Esto no es otra cosa que incorporar al protocolo un documento no matriz el cual puede ser público o privado, tomando en cuenta que instrumento público es otorgado ante el funcionario competente con las formalidades legales. Este es un ejemplo de la perpetuación de documentos mediante la incorporación al protocolo, lo cual no los convierte en instrumentos públicos per se, sino en documentos perennizados mediante su protocolización o incorporación al protocolo, los que no dejarán de ser esencialmente privados, salvo que sean protocolizados por orden judicial, legal o administrativa, como el caso de las adjudicaciones en remate, o adjudicaciones municipales o del INDA, cuyo título será ese y no la protocolización*

#### **Art. 164 del Código de Procedimiento Civil.**

**Definición de instrumento Público.-** Instrumento publico o autentico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente empleado. Si fuere otorgado ante Notario e incorporado en un protocolo o registro público, se llamara escritura pública.

Se consideraran también instrumentos públicos los mensajes de datos otorgados, conferidos, autorizados o expedidos por y ante autoridad competente y firmados electrónicamente. La Ley de Comercio Electrónico aprobada casi diez años, recién tiene al Banco Central, como expresa verificadora de firma, lo que debe ser especialmente estudiado, pues recordemos que el Banco Central fue creado como tal, siendo una persona jurídica Sociedad Anónima de derecho privado, con sus estatutos aprobados por Ley promulgada el 12 de Marzo de 1927 y que ha ido mutando su esencia hasta la actualidad, no hemos sabido de una reforma legal estatuaría al Banco Central, que modifique su objeto para que pueda prestar un servicio como el de

verificador de firma, de ser así y no existir base legal, todas las firmas reconocidas serán inexistentes y no nulas.

Lo cual procede únicamente a petición de parte u orden judicial, la parte que dice SALVO PROHIBICIÓN LEGAL no es muy clara ya que no se especifica si se refiere a prohibición legal para protocolizar –la cual no existe- o prohibición legal para solicitar, lo cual puede referirse a la capacidad de ejercer la profesión del abogado patrocinador del solicitante y esta prohibición se referiría a suspensión del ejercicio profesional y no al parentesco con el notario, ya que la protocolización la solicita la persona y no su abogado.

*A continuación expondremos modelo para ilustrar lo ya indicado.*

*De acuerdo a lo dispuesto en el artículo dieciocho de la Ley Notarial en actual vigencia, protocolizo en el Registro de Escrituras Públicas a mi cargo los documentos que constante en testimonio que antecede. A Petición de la Abogada \*\*\*\*\*. Guayaquil, \*\* de \*\* del \*\*.-*

**SE OTORGÓ ANTE MI \*\*\* NOTARIO \*\*, EN FE DE ELLO CONFIERO ESTA A COPIA CERTIFICADA. LA MISMA QUE SELLO Y FIRMO EN LA CIUDAD DE GUAYAQUIL, EL MISMO DIA DE SU PROTOCOLIZACIÓN.-**

**3.- Autenticar las firmas puestas ante él en documentos que no sean escrituras públicas.**

*Aquí lo que opera es que ante el notario comparece y suscribe un documento que no es escritura pública, procediendo el notario a realizar un acta o diligencia en la que se determina que la firma es autentica y que ha sido suscrita ante él. Consideramos que este acto de autenticación solemne y de firmeza y garantía de veracidad como existencia superior, debería ser este el que las instituciones deberían solicitar para verificar la real existencia de la suscripción*

*modelo para ilustrar lo ya indicado.*

En cumplimiento a lo que dispone el artículo 18, numeral 5 de la Ley Notarial. Doy fe que las firmas que anteceden, pertenecientes a los señores \*\*\*\*, son conforme a las que constan en sus Cédulas de ciudadanía números \*\*\*; \*\*\* respectivamente. Guayaquil, \*\* de \*\* del \*\*. Doy Fe.

DR. \*\*\*\*\*

NOTARIO TITULAR \*\*\*\* DEL CANTÓN GUAYAQUIL

**4.- Dar fe de la supervivencia de las personas naturales.**

*Ante el notario concurre un ciudadano con su documento de identificación y el notario redacta un acta en la que consta que el peticionario se encuentra vivo. En realidad esta es una de las atribuciones que se realiza de la manera más molesta por parte del usuario en su solicitud, ya que no deja de ser ridículo la declaración de existencia, para quien se encuentra vivo y concurre ante notario a realizar tal solicitud, las entidades a las cuales concurre el usuario en persona deberán de inhibirse de solicitar tal declaración.*

*Modelo para ilustrar lo ya indicado:*

DECLARACIÓN JURAMENTADA QUE HACE LA SEÑORA  
\*\*\*\* CUANTÍA: INDETERMINADA.-----  
-----

En la ciudad de Guayaquil, capital de la provincia del Guayas, República del Ecuador, el día de hoy \*\* de \*\*\* del dos mil \*\*\*, ante mí, \*\*\*, NOTARIO TITULAR \*\*\* DEL CANTÓN GUAYAQUIL, comparece por sus propios derechos la señora \*\*\*\*, viuda, ama de casa.- La compareciente es mayor de edad, ecuatoriana, domiciliada en esta ciudad de Guayaquil, capaz para obligarse y contratar a quien conocer doy fe. Bien instruido en el objeto y resultados de esta escritura de Declaración juramentada, a la que procede como queda expresado y con amplia y entera libertad para su otorgamiento bajo juramento declara que se llama como queda dicho; y, doy fe de la Supervivencia de la señora \*\*\*\*, cuál ha concurrido a firmar la presente declaración, y la dirección de su domicilio es en \*\*\* , gozando de buena salud, esta declaración la fórmula para cobrar la

pensión de Montepío que otorga la \*\*\*\*.- Me ratifico en lo antes declarado, dejando constancia que conozco las penas contempladas en la ley, para el caso de incurrir en perjurio. Esto es todo cuanto tengo que declarar en honor a la verdad. HASTA AQUÍ LA DECLARACIÓN DE LA COMPARECIENTE QUE YO ELEVO A ESCRITURA PÚBLICA.- Leída esta escritura de principio a fin, por mi el Notario en alta voz, a la otorgante, esta la aprueba y suscribe en unidad de acto conmigo. Doy Fe.-

\*\*\*\*

C. C. \*\*\*

5.- Dar fe de la exactitud, conformidad y corrección de fotocopias y de otras copias producidas por procedimientos o sistemas mecánicos, de documentos que se les hubiere exhibido, conservando una de ellas con la nota respectiva en el Libro de Diligencias que llevarán al efecto.

*El notario verifica el original y la copia y la declara exacta o conforme, esto para con los documentos físicos y materializa lo inmaterial de los documentos electrónicos. Esta disposición es sumamente importante y debería explicarse más ya que lo realizado por el notario no es otra cosa que un cotejo mediante el cual se declara conforme y exacta la copia con el original y no como la gente está acostumbrada al decreto que dice “es fiel copia del original” cuando debería decir “es conforme al original” o es “exacta al original”, es increíble como los jueces rechazan como prueba los últimos decretos aun cuando están ceñidos al tenor de la Ley, estas también son importantes ya que la diferencia de la copia exacta o conforme al original con el testimonio auténtico es que este es el transcrito de la escritura matriz.*

*Modelo para ilustrar lo ya indicado.*

CERTIFICO QUE LA COPIA ES EXACTA Y CONFORME AL ORIGINAL QUE SE ME EXHIBIÓ Y DEVOLVÍ AL INTERESADO.-

DR. \*\*\*\*\*

## NOTARIO TITULAR \*\*\*\* DEL CANTÓN GUAYAQUIL

6.- Levantar protestos por falta de aceptación o de pago o de letras de cambio o pagarés a la orden particularizando el acto pertinente conforme a las disposiciones legales aplicables, actuación que no causará impuesto alguno.

*Lo cual se realiza con un acta de constatación. Es decir el Notario debe constituirse in situ para verificar el protesto.*

*Modelo para ilustrar lo ya indicado.*

### ACTA DE CONSTATACIÓN

En la ciudad de Guayaquil, capital de la provincia del Guayas, República del Ecuador, siendo las 17h30 del día \*\* de \*\* del dos mil once, a petición de parte concurrí al \*\* en las oficinas de \*\* ubicado en las \*\*\*, con la finalidad de constatar que HA SIDO PROTESTADA LA LETRA/ PAGARE CHEQUE O CUALQUIER TITULO VALOR NUMERO \*\*\*, terminando la diligencia a las DIECISIETE HORAS CUARENTA Y CINCO MINUTOS.

De todo lo cual doy fe por así constarme.-

Guayaquil, \*\*Septiembre del año \*\* .

DR. \*\*\*

NOTARIO \*\* TITULAR

7.- intervenir en remates y sorteos a petición de parte en incorporar al Libro de Diligencias las actas correspondientes, así como las de aquellos en los que hubieren intervenido a rogación de parte y que no requieran de las solemnidades de la escritura pública.

*Es esta también un acta de constatación, es decir la redacción que realiza el notario de un hecho cierto. Aquí vemos como el hecho que es el continente es contenido en el instrumento publico que materializa y perpetúa lo sucedido, naciendo la prueba instrumental peremnizadora.*

*Modelo para ilustrar lo ya indicado.*

### ACTA DE CONSTATACIÓN

En la ciudad de Guayaquil, capital de la provincia del Guayas, República del Ecuador, siendo las 16h20 del día \*\* de \*\*\* del dos mil \*\*, a petición de parte concurrí a \*\* ubicado en las calles \*\*\*, con la finalidad de constatar el sorteo de la \*\*. Se procedió a explicar el sistema del sorteo, cuyos ganadores constan en el documento que se adjunta.-

Concluyendo el sorteo a las diecisiete horas veinticuatro minutos del mismo día por lo que levantó la presente acta, dejando una copia para mi archivo. De todo lo cual doy fe.-

**DOCTOR \*\*\***

**NOTARIO TITULAR \*\* DE ESTE CANTÓN**

**8.- Conferir extractos en los casos previstos en la ley.**

*El notario hace una sinopsis del acto por él o ante él conferido, vemos la aplicación de este extracto sobre todo en las liquidaciones de la sociedad conyugal.*

*Modelo para ilustrar lo ya indicado.*

### EXTRACTO

**NOTARÍA PÚBLICA TRIGÉSIMA DEL CANTÓN GUAYAQUIL**

Cúpleme poner en conocimiento del público que mediante escritura pública otorgada el \*\* de \*\* de \*\* ante el \*\*, Notario Titular \*\* del cantón Guayaquil, los señores \*\*\*, procedieron a liquidar y partir extrajudicialmente los bienes, que la sociedad conyugal fue terminada por divorcio el \*\* de \*\* de mil novecientos ochenta y cuatro, fecha en la que se subinscribe la sentencia de Divorcio otorgado por el Abogado \*\*, Notario \*\* del Cantón Guayaquil, que por mutuo consentimiento, tramitaron

conjuntamente en la mencionada Notaría los intervinientes, se declaró disuelto el vínculo matrimonial que los unía desde la fecha anteriormente señalada, Acta que fue anotada y se inscribió y anotó al margen del acta de matrimonio del Registro Civil, Identificación y Cedulación del Guayas, el \*\* de \*\* del dos mil \*\*. La Liquidación y Partición Extrajudicial de bienes se encuentran detalladas en el texto de la referida escritura pública de liquidación y Partición extrajudicial, por lo que en aplicación a lo dispuesto en el Art. 6 de la Ley Reformatoria a la Ley Notarial, publicada en el Registro Oficial No. 406 de 28 de Noviembre del 2006, que a su vez reforma el Art.18 de la Ley Notarial agregando varios numerales, entre los cuales el numeral 23 faculta al Notario disponer la inscripción en los Registros de la Propiedad y Mercantiles de la escritura de liquidación de sociedad conyugal, previo el trámite previsto en dicha norma legal, pongo en conocimiento del público, mediante una publicación, el extracto de la liquidación de la sociedad conyugal ya referida, correspondiente a los señores \*\*\*, otorgada mediante escritura pública de \*\* de Febrero de \*\* ante el doctor \*\*\*, Notario Titular \*\* del cantón Guayaquil, a fin de que las personas que eventualmente tuvieren interés en esta liquidación puedan presentar su oposición fundamentada, dentro del término de veinte (20) días a contarse desde la fecha de la publicación de este extracto. Particular que pongo en conocimiento para los fines legales correspondientes.

Guayaquil, Febrero \*\* de \*\*

DR \*\*\*

NOTARIO TITULAR \* DEL CANTÓN GUAYAQUIL.

**9.-** Practicar reconocimiento de firma.

*Acto distinto al numeral 3, en que el notario verifica la firma del usuario, en esta facultad el documento es previamente suscrito y quien firma se limita a declarar que la firma es suya, de lo cual el notario da fe.*

*Modelo para ilustrar lo ya indicado.*

## ACTA DE FIRMA Y RÚBRICA

En la ciudad de Guayaquil, capital de la Provincia del Guayas, República del Ecuador, siendo las diez horas treinta y cinco minutos del día \*\* de \*\*del dos mil \*\*, ante mí, \*\*\*, NOTARIO TITULAR \*\* DEL CANTÓN GUAYAQUIL, de conformidad con la facultad concedida en el artículo dieciocho, numeral nueve, de la Ley Notarial Vigente, comparece (n): \*\*\*, portador de la cédula de ciudadanía número \*\*, de nacionalidad ecuatoriana; y el señor \*\* portador de la cédula de ciudadanía número \*\*, de nacionalidad ecuatoriana; quienes comparecen a fin de reconocer su (s) firma y es puesta en el documento que antecede y que aparece (n) "ILEGIBLE (S)", quien (s) bajo juramento y advertido (s) en legal y debida forma de las penas de perjurio, declara (n) que la (s) firma puesta (s) por el (ellos) (la), es (son) la (s) misma (s) que usa (n) en todos sus actos públicos y privados y que la (s) reconoce (n) como tal (es). Para constancia de lo anteriormente descrito por el Notario. De todo lo cual doy fe.-

\*\*\*

### NOTARIO TITULAR \*\* DEL CANTÓN GUAYAQUIL

**10.-** Receptar la declaración juramentada del titular de dominio, con la intervención de dos testigos idóneos que acrediten la necesidad de extinguir o subrogar, de acuerdo a las causales y según el procedimiento previsto por la Ley, el patrimonio familiar constituido sobre sus bienes raíces, en base a lo cual el notario elaborará el acta que lo declarará extinguido o subrogado y dispondrá su anotación al margen de la inscripción respectiva en el Registro de la Propiedad correspondiente.

En los casos en que el patrimonio familiar se constituye como mandato de la Ley, deberá adicionalmente contarse con la aceptación de las instituciones involucradas;

Aquí vemos una facultad que fue privativa de los jueces, mediante procedimientos sumarísimos y de jurisdicción voluntaria, es decir sin litigio ni contradictor, asuntos sin litigios. Sentencia es la resolución de un juez que le pone fin a la litis, esta controversia durante mucho tiempo se discutió si eran propiamente sentencias las emanadas del juez en asunto de jurisdicción voluntaria, en donde no existían intereses

contrapuestos, da la impresión que los legisladores siguieron esa corriente y por tal motivo además de bajar la carga procesal se confirió la facultades constantes en los numerales 10,11,12,13,14,18,19,21, 22, 23, 24 de la Ley Notarial. El patrimonio familiar per se que era una institución que llegó a nuestro Derecho a través del Derecho Anglosajón, no es romanista, y constituye una limitación al dominio cuyos beneficiarios lo son en manu común y no por alcuotas, es decir todos son beneficiarios de todo, la verdad esta protección a la propiedad es beneficiadora de la familia, ya que al ser inembargable se garantiza la propiedad privada inmobiliaria, empero de una manera grotesca in jurídica se garantizó con patrimonio familiar inmuebles hipotecados al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, Banco Ecuatoriano de la Vivienda, Mutualistas y Cooperativas, patrimonio que no cuidaba el bien para la familia sino la garantía de los acreedores ya que era inembargable excepto para el acreedor, lo cual no deja de ser un insulto a la inteligencia y una rabulería.

*Modelo para ilustrar lo ya indicado.*

ESCRITURA PÚBLICA DE DECLARACIÓN  
JURAMENTADA QUE HACE LA SEÑORA  
\*\*\*.-  
CUANTÍA: INDETERMINADA -----  
----

En la ciudad de Guayaquil, capital de la provincia del Guayas, República del Ecuador, el \*\* de \*\* del dos mil \*\*, ante mí, DOCTOR \*\*, NOTARIO \*\*\* DEL CANTÓN GUAYAQUIL, comparece: Por una parte, por sus propios derechos la señora \*\*\*\*, divorciada, ejecutiva; y, por otra parte, el señor \*\*\*, soltero, Ejecutivo; y, el señor \*\*\*, soltero, Comerciante, en calidad de testigos de la presente Declaración Juramentada; todos los comparecientes son ecuatorianos, mayores de edad, domiciliados en esta ciudad, capaces para obligarse y contratar a quienes doy fe.- Bien instruidos en el objeto y resultados de esta escritura de DECLARACIÓN JURAMENTADA, a la que proceden como queda indicado y con amplia y entera libertad; para su otorgamiento me presentaron la minuta del

tenor siguiente: SEÑOR NOTARIO: Sírvase insertar en el Registro de Escrituras Públicas a su cargo, una de Declaración Juramentada, que se otorga al tenor de las cláusulas siguientes: PRIMERA: COMPARECIENTES.-Comparecen a la celebración de la presente escritura pública, por una parte por sus propios derechos la señora \*\*\*, quien en adelante y para efectos del presente instrumento se la podrá denominar simplemente como la "DECLARANTE" y, por otra parte, el señor \*\* y, el señor \*\*, en calidad de TESTIGOS de la presente Declaración Juramentada.- SEGUNDA DECLARACIÓN JURAMENTADA.- Con los antecedentes anteriormente expuestos, Yo, \*\*\*, comparezco a celebrar este instrumento público, sobre cuyo objeto y resultados estoy bien instruido, y al que procedo de una manera libre, espontánea y sin coacción alguna y para su otorgamiento exponiendo bajo las penas de Ley: Tengo a bien declarar como en efectos declaro bajo juramento, que soy propietaria de un inmueble compuesto de solar y villa signado con el número \*\*\* de la manzana \*\*, ubicado en la Urbanización \*\*, de la parroquia Tarqui, comprendido dentro de los siguientes linderos y dimensiones: POR EL NORTE: \*\*; POR EL SUR: \*\*; POR EL ESTE: \*\*; y, POR EL OESTE: \*\*. Medidas que hacen un área total de \*\* metros cuadrados. Área de Construcción: \*\* metros cuadrados. Identificado con el Código Catastral \*\*\*.- La señora \*\*\* adquirió el antes mencionado inmueble mediante Escritura Pública de Compra otorgada a su favor por el Banco Ecuatoriano de la Vivienda, según consta en la escritura pública autorizada por el Notario \*\*, el día \*\*de Mayo de mil \*\* e inscrita en el Registro de la Propiedad, el \*\* de Septiembre de \*\*.- Con fecha \*\* de Abril de \*\*\*, ante la Notaria \*\*, del Cantón Guayaquil, Doctora \*\*, se realizó la Cancelación de Hipoteca otorgada por el Banco Ecuatoriano de la Vivienda a favor de la señora \*\*, la cual fue inscrita en el Registro de la Propiedad el \*\* de \*\* del año dos mil \*\*.- Es del caso señor Notario que el bien inmueble antes mencionado, está constituido en PATRIMONIO FAMILIAR, de conformidad con lo dispuesto en la escritura que acompañamos. Con los antecedentes antes expuestos y de conformidad con lo dispuesto en el artículo ochocientos cincuenta y uno numeral cuarto del Código Civil en

vigencia y en el artículo Dieciocho numeral número Diez de la Ley Reformativa de la Ley Notarial, publicada en el Suplemento del Registro Oficial número Sesenta y cuatro del ocho de noviembre de mil novecientos noventa y seis, concurrimos ante usted, para solicitar, como en efecto solicitamos, y en razón de adquirir un nuevo patrimonio para mi familia, puesto que en el que habitamos actualmente nos resulta incomodo en virtud de que nuestra familia se ha incrementado, se digne declarar extinguido el patrimonio familiar constituido en el inmueble antes mencionado y consecuencia de ello notifique al Registro de la Propiedad respectivo, para que tome nota de dicha resolución. Para mayor conocimiento comparecen en calidad de testigos, los señores \*\*\*, quienes manifiestan conocer a la señora \*\*, desde hace algunos años, que conocen el inmueble antes indicado y saben que lo está vendiendo para conseguir otro de mejor ubicación, tamaño y condición.- Es todo cuanto debemos declarar en honor a la verdad. Agregue usted señor Notario, las demás cláusulas de estilo para la validez de la presente escritura. Abogada \*\*\*con Registro Profesional número \*\*.- HASTA AQUÍ LA DECLARACIÓN DE LOS COMPARECIENTES QUE YO ELEVO A ESCRITURA PÚBLICA. La cuantía de la presente escritura es indeterminada. Para el otorgamiento de la escritura pública, se observaron todos los preceptos legales del caso y leída esta escritura pública de declaración juramentada de principio a fin por mí el Notario, los comparecientes la aprueban y suscriben en unidad de acto conmigo. Doy fe.-

\*\*\*\*\*

C.C.

TESTIGOS

\*\*\*\*\*

**11.-** Receptar la declaración juramentada del titular de dominio con intervención de dos testigos idóneos que acrediten que la persona que va a donar un bien, tenga

bienes suficientes adicionales que garanticen su subsistencia, lo cual constará en acta notarial, la que constituirá suficiente documento habilitante para realizar tal donación;

*Modelo para ilustrar lo ya indicado.*

*DECLARACIÓN JURAMENTADA: QUE HACE LA SEÑORA \*\* PARA  
OBTENER LA AUTORIZACIÓN PARA DONAR IRREVOCABLE Y  
GRATUITA LA NUDA PROPIEDAD Y RESERVA DEL USUFRUCTO  
VITALICIO DEL BIEN INMUEBLE A FAVOR DE SU HIJO \*\*.-----*

*-----*

*CUANTÍA: INDETERMINADA.-----*

*En la Ciudad de Guayaquil, Capital de la Provincia del Guayas, República del Ecuador, el día de hoy, \*\* DE \*\* DEL DOS MIL DOCE, ante mí DOCTOR \*\*, NOTARIO TITULAR \*\*\*DEL CANTÓN GUAYAQUIL, comparecen, por una parte y por sus propios derechos la señora \*\*, soltera; ama de casa; y, por otra parte y por sus propios derechos \*\*\*, soltero, Ejecutivo; y, el señor \*\*\*, soltero, Comerciante; todos los comparecientes son mayores de edad, ecuatorianos, domiciliados en esta ciudad y hábiles en consecuencia para obligarse y contratar a quienes de conocer doy fe, en virtud de haberme exhibido sus documentos de identificación; Bien instruidos sobre la naturaleza y resultados de la presente escritura de DECLARACIÓN JURAMENTADA, a la que proceden como queda indicado y con amplia y entera libertad, para su otorgamiento me presentan la minuta, del tenor siguiente:- "SEÑOR NOTARIO:- Sírvase autorizar una escritura públicas de DECLARACIÓN JURAMENTADA e incorporarla al protocolo a su cargo, de acuerdo con las cláusulas siguientes:- PRIMERA:- OTORGANTES.- Otorgan la presente escritura pública, las personas siguientes: a) por una parte y por sus propios derechos la señora \*\*\*, soltera; ama de casa; y, b) por otra parte y por sus propios derechos \*\*\*, soltero, Ejecutivo; y, el señor \*\*\*, soltero, Comerciante.- SEGUNDA: ANTECEDENTES.- "El Donante", es propietario del solar \*\* manzana \*\* (antes veintiséis), ubicado en \*\* , parroquia \*\*, comprendido dentro de los siguientes linderos y medidas: NORTE: \*\*; SUR: \*\*; ESTE: \*\*; OESTE: \*\*\*. AREA TOTAL: \*\* METROS CUADRADOS. CÓDIGO CATASTRAL: \*\*\*.- TERCERA:- DECLARACION JURAMENTADA.- Con los antecedentes expuestos, la señora \*\*\*, bajo juramento declaran que es su ánimo donar irrevocable y gratuitamente LA NUDA PROPIEDAD el bien inmueble descrito en la cláusula segunda que antecede a favor de su*

hijo \*\*, RESERVANDOSE PARA SI EL USUFRUCTO VITALICIO y que tiene los medios necesarios para su subsistencia.- CUARTA:- Comparecen también \*\*, soltero, Ejecutivo; y, el señor \*\*, soltero, Comerciante, para declarar bajo juramento que es verdad lo aseverado por la señora \*\*\*, en la cláusula que antecede, pues tiene medios suficientes para subsistir y que, por lo tanto, bien puede hacer la donación irrevocable y gratuita de la nuda propiedad de dicho predio.- QUINTA: PETICIÓN.- Por lo expuesto, la señora \*\*\*\*, siendo su ánimo el de donar el bien inmueble descrito en la cláusula segunda que antecede a favor del señor \*\*\*, y amparado en lo dispuesto en el numeral once del Artículo séptimo de la Ley Reformatoria de la Ley Notarial, publicada en el Suplemento del Registro Oficial número sesenta y cuatro del ocho de Noviembre de mil novecientos noventa y seis, solicita al señor Notario le otorgue la autorización para donar irrevocable y gratuitamente el bien inmueble antes descrito a favor de su hijo \*\*\*, y le confiera copia de la misma como suficiente documento habilitante para realizar tal donación.- CONCLUSIÓN.- Cumpla usted señor Notario con las formalidades de estilo para la plena validez de esta escritura pública. (firmado) Abogada \*\*. Matricula número \*\*\*.- HASTA AQUI LA MINUTA.- Es copia.- Los otorgantes aprueban en todas sus partes, el contenido del presente instrumento, dejándolo elevado a escritura pública para que surta sus efectos legales.- Léida esta escritura de principio a fin, por mí el Notario en alta voz, a los otorgantes, estos la aprueban y suscriben en unidad de acto conmigo, de todo lo cual doy fe.-

\*\*

C. C. No.

F) Tgo. \*\*

C.C. \*\*

**12.-** Receptar la declaración juramentada de quienes se creyeren con derecho a la sucesión de una persona difunta, presentado la partida de defunción del de cuius y las de nacimiento u otros documentos para quienes acrediten ser sus herederos, así como la de matrimonio o sentencia de reconocimiento de la unión de hecho del cónyuge

sobreviviente si lo hubiera. Tal declaración con los referidos instrumentos, serán suficientes documentos habilitantes para que el Notario conceda la posesión efectiva de los bienes pro indiviso del causante a favor de los peticionarios, sin perjuicio de los derechos de terceros. Dicha declaración constará en acta notarial y su copia será inscrita en el Registro de la Propiedad correspondiente.

Esta atribución en cierta forma es distinta a la que tienen los jueces ya que estos no pueden otorgar posesiones efectivas a cualquiera que tenga interés, mientras que el notario solo al peticionario calificado, los jueces pueden otorgarla a todos los herederos mientras que el notario solo al peticionario calificado, además el notario se obliga a solicitar una sentencia que declare la unión de hecho, requisito que jamás consto en la Ley y que regula las uniones de hecho, además que la Codificación al Código de Procedimiento Civil, le otorga facultades idénticas a las de los jueces, facultades que como ya indicamos no están en la Ley Notarial, agregados que fueron incluidos espuriamente y que para nosotros especialmente son inexistentes.

*Modelo para ilustrar lo ya indicado.*

DECLARACIÓN JURAMENTADA: QUE REALIZAN  
LA SEÑORA \*\*.....

CUANTÍA: INDETERMINADA.....

En la ciudad de Guayaquil, Capital de la Provincia del Guayas, República del Ecuador, el día de hoy \*\* de \*\* del dos mil \*\* , ante mí, DOCTOR \*\*., NOTARIO \*\* DEL CANTÓN GUAYAQUIL, comparece, la señora \*\*, de estado civil viuda, ecuatoriana, ama de casa.- La compareciente es mayor de edad, ecuatoriana, domiciliada en esta ciudad y hábil en consecuencia para obligarse y contratar a quien de conocerla doy fe, en virtud de haberme exhibido su documento de identificación. Bien instruida sobre la naturaleza y resultados de la presente escritura de DECLARACIÓN JURAMENTADA, a la que procede como queda indicado y con amplia y entera libertad, para su otorgamiento me presentan la minuta, del tenor siguiente:- "SEÑOR NOTARIO:- En el Registro de escrituras públicas a su cargo sírvase

autorizar una de DECLARACIÓN JURAMENTADA, contenida en las siguientes cláusulas:- PRIMERA: OTORGANTE.- Comparece a la celebración de la presente escritura pública, la señora \*\*\*.- SEGUNDA: ANTECEDENTES.- a) EL señor \*\*, a su muerte dejó todos los valores, beneficios y derechos que le corresponden por el FONDO OBLIGATORIO DE ACCIDENTES DE TRÁNSITO FONSAT; b) En la Parroquia Febres Cordero, del cantón Guayaquil, provincia del Guayas, el \*\* de \*\* del dos mil \*\* falleció el señor \*\*\*, según consta de la Inscripción de Defunción que se adjunta en calidad de documento habilitante; quedando como heredera sobre el bien antes indicado su madre la señora \*\*\*, según partidas de nacimiento y copia de cédulas adjuntas, ya que el indicado señor falleció en estado civil soltero, sin hijos, cónyuge sobreviviente, y padre fallecido.- TERCERA:- DECLARACION JURAMENTADA.-Con los antecedentes expuestos, la señora \*\*\*, siendo su ánimo entrar en posesión efectiva de los bienes hereditarios sucesorios dejados por el causante abintestado, y amparada en lo dispuesto en el numeral trece del Artículo siete de la Ley Reformatoria de la Ley Notarial Publicada en el Suplemento del Registro Oficial número sesenta y cuatro del ocho de Noviembre de mil novecientos noventa y seis, solicita al señor Notario que le conceda la posesión efectiva proindiviso y sin perjuicio de terceros de los bienes del causante; y, que ejecutoriada la misma, se ordene su inscripción en el Registro de la Propiedad respectivo.- Cumpla usted señor Notario, con las demás formalidades de estilo para la plena validez y perfeccionamiento de esta escritura pública".- Hasta aquí la minuta patrocinada por el Doctor \*\*\*, Registro Profesional Número \*\* del Colegio de Abogados del Guayas, que con los documentos que se agregan queda elevado a escritura pública. Dejo constancia que los otorgantes se ratifican en todas y cada una de las declaraciones constantes en este instrumento público. Se agrega: Partidas de nacimientos y las Inscripciones de Defunción.- Yo, el Notario, doy fe: Que después de haber leído, en voz alta, toda esta

escritura pública a los otorgantes, éstos la aprueban y la suscriben conmigo en un solo acto.-

\*\*\*

C.C. \*\*

**13.-** Tramitar la solicitud de disolución de la sociedad de gananciales de consuno por parte de los cónyuges, previo reconocimiento de las firmas de los solicitantes ante el Notario, acompañando la partida de matrimonio o sentencia de reconocimiento de la unión de hecho, transcurridos diez días de tal reconocimiento el Notario convocará a audiencia de conciliación en el cual los cónyuges, personalmente o por medio de apoderados ratificarán su voluntad de declarar disuelta la sociedad de gananciales formada por el matrimonio o unión de hecho. El acta respectiva se protocolizará en la Notaría y su copia se subinscribirá en el Registro Civil correspondiente, particular del cual se tomará nota al margen del acta protocolizada.

Facultad que no merece más explicación a excepción de la interrogante de ¿cuándo es perfecta? Si al marginarse en la partida de matrimonio o en el acta notarial; en lo personal, consideramos que es perfecta al marginarse en la partida de matrimonio, pero que el acto termina con la marginación en el acta notarial.

*Modelo para ilustrar lo ya indicado.*

#### ACTA DE DISOLUCIÓN DE SOCIEDAD CONYUGAL POR MUTUO CONSENTIMIENTO QUE CELEBRAN LOS CÓNYUGES\*\*\*.

En la ciudad de Guayaquil, el día de hoy \*\* de \*\*del dos mil \*\*, en el local de la Notaría Trigésima a mi cargo, situada en el Segundo piso alto, sito en las calles Nueve de Octubre 410 y Chile, Edificio Luis Vernaza, en esta ciudad de Guayaquil, ante mí, DOCTOR \*\*, Notario Titular \*\* del cantón Guayaquil, siendo el día señalado al efecto, conforme a la convocatoria del día diez de Diciembre del dos mil once en que se dieron por notificados, comparecen los cónyuges señores \*\*\* , quienes fueron previamente convocados con la realización de esta audiencia, y ratifican de consuno y de viva voz su voluntad inquebrantable de disolver la sociedad conyugal formada por el hecho del

matrimonio, pero conservando el vínculo matrimonial que los une, y me solicitan que así lo declare.

En consideración de la solicitud presentada, con reconocimiento de firmas y de la ratificación de consuno manifestada durante esta audiencia de conciliación, yo, el Notario, amparado en lo dispuesto en el numeral 13 del Art. 7 de la Ley Reformatoria de la Ley Notarial publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 64 del 8 de Noviembre de 1996, declaro disuelta la sociedad conyugal o de gananciales de los cónyuges señores \*\*\*, pero conservando el vínculo matrimonial que los une. La presente acta, con la solicitud y la partida de matrimonio quedan protocolizadas en mi Notaría. Copia de todo lo cual con la comunicación oficial que expediré se sub-inscribirá en el Registro Civil, Identificación y Cedulación del Cantón Guayaquil, Provincia del Guayas, al margen de la inscripción del matrimonio de los mencionados cónyuges. DOY FE.-

\*\*

C. C. No. \*\*

**14.-** Autorizar la venta en remate voluntario de bienes raíces de personas menores que tengan la libre administración de sus bienes cumpliendo las disposiciones pertinentes de la Sección Décima Octava del Título Segundo del Código de Procedimiento Civil.

Esta es una facultad que debido a lo complicado e inútil del procedimiento la Federación de Notarios resolvió recomendar a los Notarios el inhibirse de realizarlo.

**15.-** Receptar informaciones sumarias y de nudo hecho;

SEÑOR NOTARIO TITULAR \*\* DEL CANTÓN GUAYAQUIL.

\*\*, casada, ama de casa, de nacionalidad ecuatoriana, mayor de edad, domiciliada en esta ciudad de Guayaquil; ante usted comparezco y solicito:

Sírvase disponer la información sumaria correspondiente y para tal efecto ordene se reciban las declaraciones de los testigos \*\*, que deberán responder al siguiente interrogatorio:

1.- Sobre los generales de Ley;

2.- Diga si es verdad y le consta a los testigos que les consta que MI HIJA LA SEÑORA \*\*, ES DE ESTADO CIVIL SOLTERA.

3.- Razón de sus dichos.

Cumplidas estas diligencias, se me devuelvan para efectos pertinentes de Ley.

\*\*

C.C. N° \*\*

AB. \*\*

REG. PROF. \*\*

En la ciudad de Guayaquil, a los \*\* días del mes de Julio del dos mil doce, siendo las catorce horas treinta minutos, ante mi \*\*\*, **NOTARIO TITULAR \*\* DEL CANTÓN GUAYAQUIL**, comparece \*\*, portador de la cédula de ciudadanía número \*\*, el mismo que es de nacionalidad ecuatoriana, con el objeto de dar cumplimiento al interrogatorio solicitado en la partición anterior. Al efecto, juramentado que fue, en legal forma y advertido de la pena de perjurio y falso testimonio, por mi el Notario y de la obligación de decir la verdad, declara; **A LA PRIMERA:** sin generales de ley **A LA SEGUNDA:** Que si es verdad; **A LA TERCERA:** Por conocerlo al preguntante Por lo cual termina la presente diligencia firmando en unidad de acto conmigo. Doy fe.-

\*\*

C.C.N° \*\*

En la ciudad de Guayaquil, a los \*\* días del mes de Julio del dos mil doce, siendo las quince horas treinta minutos, ante mi \*\*\*, **NOTARIO TITULAR \*\* DEL CANTÓN**

**GUAYAQUIL**, comparece \*\*, portador de la cédula de ciudadanía número \*\*, el mismo que es de nacionalidad ecuatoriana, con el objeto de dar cumplimiento al interrogatorio solicitado en la partición anterior. Al efecto, juramentado que fue, en legal forma y advertido de la pena de perjurio y falso testimonio, por mi el Notario y de la obligación de decir la verdad, declara; **A LA PRIMERA:** sin generales de ley **A LA SEGUNDA:** Que si es verdad; **A LA TERCERA:** Por conocerlo al preguntante Por lo cual termina la presente diligencia firmando en unidad de acto conmigo. Doy Fe.-

\*\*\*

**C.C.Nº \*\***

**16.-** Sentar razón probatoria de la negativa de recepción de documentos o de pago de tributos por parte de los funcionarios públicos o agentes de recepción;

Si bien parece una nueva atribución por el hecho de existir una razón notarial, se lo podía redactar mediante un acta de constatación en la que el notario detalle el hecho de la no aceptación del tributo.

**17.-** Protocolizar las capitulaciones matrimoniales, inventarios solemnes, poderes especiales, revocatorias de poder que los comerciantes otorgan a sus factores y dependientes para administrar negocios.

Es inadmisibles o en lo mejor de los casos no entendible el protocolizar capitulaciones matrimoniales ya que el Código Civil Artículos 150, y 151 establece:

“Art. 150.- Capitulaciones Matrimoniales.- se conoce con el nombre de capitulaciones matrimoniales las convenciones que realizan los esposos o los cónyuges antes, al momento de la celebración o durante el matrimonio, relativa a los bienes, a las donaciones y a las concesiones que se quieren hacer del uno al otro, del presente o futuro”

“Art. 151.- Otorgamiento de las Capitulaciones Matrimoniales.- las Capitulaciones Matrimoniales se otorgaran por escritura pública o en acta matrimonial. Si se refieren a inmuebles, se inscribirá al registro de la propiedad correspondiente, y en todo caso, se anotara al margen de la partida del matrimonio”.



las siguientes estipulaciones: **UNO.-** Los intervinientes convienen separación total de bienes.- **DOS.-** Los intervinientes acuerdan que el patrimonio adquirido por cada uno de ellos, sean muebles o inmuebles, o derechos, acciones o participaciones, seguirán perteneciendo a cada uno de ellos, por lo tanto ninguno de ellos tendrá derechos sobre los bienes del otro.- **TRES.-** Los intervinientes declaran que una vez que contraigan matrimonio no se formará ninguna Sociedad de Bienes, por lo tanto los bienes muebles e inmuebles, derechos, acciones, participaciones, que se adquieran durante el matrimonio pertenecerá al patrimonio personal de cada cónyuge que lo hubiere adquirido, no otorgando ningún derecho al otro cónyuge.- **CUATRO.-** Todos los frutos, intereses, créditos, pensiones, cánones, utilidad, lucro, etcétera, que produzcan los bienes muebles e inmuebles, derechos, acciones o participaciones; adquiridos antes o después del matrimonio permanecerán en el acervo individual de cada cónyuge.- **CINCO.-** Las donaciones y herencias que se otorgue a cada cónyuge, comprendan bienes muebles e inmuebles, derechos, acciones, participaciones, deudas, etcétera, parte del patrimonio individual de cada cónyuge; sin que el otro cónyuge adquiera sobre ellos ningún derecho y obligación.- **SEIS.-** Los intereses, frutos, créditos, pensiones, cánones, utilidad, ganancia, lucro, etcétera, que produzcan los bienes que hubieren sido heredados u donados a cada uno de los cónyuges antes o durante el matrimonio formarán parte de su patrimonio individual. Esto no confiere ningún derecho u obligación al otro cónyuge.- **SIETE.-** Los salarios, emolumentos de todo género de empleos u oficios devengados durante el matrimonio, serán del cónyuge que los hubiere generado u obtenido.- **OCHO.-** En general todos los bienes, derechos, obligaciones, acciones, participaciones, etcétera, adquiridos antes o durante el matrimonio, seguirán formando parte del patrimonio individual de cada cónyuge por lo tanto no genera Sociedad de Bienes.- **NUEVE.-** Los intervinientes pueden disponer de manera libre, espontánea y voluntaria de los bienes muebles e inmuebles, acciones, participaciones, derechos, etcétera, adquiridos antes o durante el matrimonio sin que se requiera la

autorización del otro, toda vez que los bienes pertenecen exclusivamente a cada uno de ellos.- **TERCERA.- MOTIVO.-** La finalidad de la presente Escritura pública de Capitulaciones Matrimoniales es no fusionar los PATRIMONIOS INTERVINIENTES, y una vez contraído el matrimonio no se forme la SOCIEDAD DE BIENES, y de producirse posible divorcio entre los comparecientes, no haya nada que liquidar entre ellos, con la única y exclusiva excepción que los bienes que se adquieran durante el matrimonio con la comparecencia de ambos cónyuges se formara la sociedad conyugal sobre dichos bienes.- Además los intervinientes declaran que ambos cubrieran los gastos de alimentación, vivienda, menaje y cualquier otro que se relacione con el hogar que ellos establezcan.- Usted señor Notario se servirá agregar las demás formalidades de estilo para la completa validez de esta Escritura.- firmado \*\*\* con registro profesional número \*\*\* del Colegio de Abogados del Guayas.- HASTA AQUI LA MINUTA.- La misma que queda elevada a escritura pública para que surtan todos los efectos legales.- Léida esta escritura de principio a fin y en alta voz, por mi el Notario, a los otorgantes, éstos la aprueban en todas sus partes, se afirman, ratifican y firman en unidad de acto conmigo, de todo lo cual doy fe.-

\*\*\*

**C.C. \*\*\***

\*\*\*

**C.C. \*\***

18.- Practicar mediante diligencia notarial, requerimientos para el cumplimiento de la promesa de contrato como para la entrega de cosa debida y de la ejecución de obligaciones.

De registrarse controversia en los casos antes mencionados, el notario se abstendrá de seguir tramitando la petición respectiva y enviará copia auténtica de todo lo actuado a la oficina de sorteos del cantón de su ejercicio, dentro del término de tres días contados a partir del momento en que tuvo conocimiento del particular, por escrito o de la oposición de la persona interesada, para que después del correspondiente sorteo se radique la competencia en uno de los jueces de lo civil del distrito.

Aquí estamos ante una disposición castrada ya que no produce efectos, el notario puede requerir empero no tiene capacidad legal para constituir en mora, la cual, es el efecto principal del requerimiento; además que en el caso de oposición debe remitirlo a la sala de sorteos, aquí nace otro problema, el juez solo puede calificar demandas y no actas notariales, así no se traba la litis, empero queda pendiente si hay o no competencia privativa, para el asunto con el juez a quien fue sorteado el acta en el que consta que al requerimiento se opusieron, la verdad esta facultad produce más problemas que soluciones.

Presentando con la solicitud suscrita por la doctora \*\*\*, en su calidad de Procuradora Judicial de la compañía \*\* S.A. Guayaquil, \*\* de \*\*del dos mil \*\*.

En Guayaquil, a los \*\* días del mes de \*\* del año dos mil \*\*, a las 11h00, facultado para el efecto por el numeral dieciocho del artículo siete de la Ley Reformatoria a la Ley Notarial, publicada en el Registro Oficial número sesenta y cuatro del ocho de noviembre de mil novecientos noventa y seis, acepto dar el trámite para requerir a la compañía \*\* S.A. en la persona de su gerente General, doña \*\* y don \*\* a título personal y por sus propios derechos en la Avenida \*\* Edificio “\*\*\*”, tercer piso, oficina \*\*, requerimiento que se realiza en los términos del petitorio adjunto, de lo cual doy fe en la ciudad de Guayaquil a los \*\* días del mes de \*\* del \*\*.

**19.-** Proceder a la apertura y publicación de testamentos cerrados. Para el efecto, el que tenga o crea tener interés en la sucesión de una persona, puede solicitar al notario, ante quien el causante otorgó el testamento y lo haya conservado en su poder, proceda a exhibirlo para su posterior apertura y publicación en la fecha y hora que para tal propósito señale. En su petición el interesado indicará adicionalmente, el

nombre y dirección de otros herederos o interesados que conozca, y que se disponga de una publicación, en un medio de prensa escrito de amplia circulación local o nacional, para los presuntos beneficiarios. Transcurridos no menos de treinta días, en la fecha y hora señalados, previa notificación a los testigos instrumentales, el notario levantará un acta notarial en la que se dejará constancia del hecho de haberlo exhibido a los peticionarios la cubierta del testamento, declarando si así corresponde, adicionalmente junto con los comparecientes, que en su concepto la cerradura, sellos, lacras o marcas no presentan alteración alguna.

En la diligencia notarial, a la que se permitirá el acceso a todo interesado que justifique un presunto interés en el contenido del testamento, de presentarse oposición a la práctica de esta diligencia, el notario oír la exposición. En este evento, elaborará un acta con los fundamentos de la oposición y la enviará a conocimiento de juez competente, cumpliendo el procedimiento de ley, ante quien se deberá llevar a efecto el juicio de apertura y publicación de testamento cerrado de conformidad con las normas previstas en los Códigos Civil y de Procedimiento Civil.

De no presentarse oposición, el notario procederá a efectuar el reconocimiento de firmas y rubricas de los testigos instrumentales, así como de que la cubierta y el sobre que contiene el testamento cerrado del testador, es el mismo que se presentó para su otorgamiento al notario. De no presentarse todos los testigos instrumentales, el notario abonará las firmas de los testigos faltantes con una confrontación entre las que aparecen en la carátula con las que constan en la copia de la misma que debe reposar en los protocolos de la notaria, según lo dispone el artículo 25 de la Ley Notarial. El Notario actuante confrontará la firma del Notario que ejercía el cargo al momento de su otorgamiento con su firma constante en otros instrumentos notariales incorporados en el protocolo.

En el caso de que la cubierta del testamento presentare notorias alteraciones que haga presumir haberse abierto, el notario luego de proceder a la apertura y publicación del testamento, levantara el acta pertinente haciendo constar estos particulares y remitirá todo lo actuado al juez competente. En estos casos el testamento únicamente se ejecutará en virtud de sentencia ejecutoriada que así lo disponga.

La diligencia concluye con la suscripción del acta de apertura y lectura del testamento, al cabo de lo cual todo lo actuado se incorporará al protocolo del notario, a fin de que se otorgue las copias respectivas.

**20.-** Será facultad del notario proceder al registro de firmas de funcionarios y representantes de personas jurídicas, siempre y cuando haya petición de parte y el notario tenga conocimiento pleno de quien registra su firma en virtud de este procedimiento de registro, gozara de autenticidad, pero no tendrá los efectos probatorios de instrumento público, para cuyo efecto se procederá de conformidad con lo previsto en el artículo ciento noventa y cuatro del Código de Procedimiento Civil;

**21.-** Autorizar los actos de amojonamiento y deslinde en sectores rurales, que a petición de las partes, siempre que exista acuerdo, tengan por objeto el restablecimiento de los linderos que se hubieren oscurecido, desaparecido o experimentado cualquier cambio o alteración en que se deban fijar por primera vez la línea de separación entre dos o más inmuebles, con señalamiento de linderos. Al efecto, se señalara fecha y hora para la diligencia, a la concurrirán las partes, que podrán designar perito o peritos, quienes presentaran sus títulos de propiedad y procederán a señalar e identificar lugares, establecer linderos y dar cualquier noticia para esclarecer los hechos.

De esta diligencia se levantara un acta, siempre y cuando exista conformidad de todas las partes, la cual se agregara al protocolo del Notario y de la cual se entregará copias certificadas a las mismas para su catastro municipal e inscripción en el Registro de la Propiedad correspondiente.

De presentarse oposición, el notario procederá a protocolizar todo lo actuado y entregará copias a los interesados, para que estos, de considerarlo procedente, comparezcan a demandar sus pretensiones de derecho ante los jueces competentes.

La acción de linderación, la cual es considerada por la doctrina como una de las pocas acciones imprescriptibles en esencia por ser inherente a la propiedad, la cual fue privativa de los jueces, se otorga de manera no litigiosa a los notarios, empero se autoriza el uso de peritos sin darle la facultad al notario de posesionarlos como otras facultades produce más problemas que resultados, ya que quienes linderan

propiedades lo hacen en su gran mayoría litigiosamente, solo supongamos que opere una linderación amistosa, no basta con la aprobación de parte ni protocolización, sino que debe incorporarse al libro de diligencias, ya que no es una escritura pública y solo supongamos que lo fuera, debería ser también marginada el acta en las escrituras públicas con la que los peticionarios adquirieron el dominio del inmueble para que esta opere contra terceros y no se convierta en un medio de transferir la propiedad entre vivos sin cancelar los tributos traslaticios del dominio.

**22.-** Tramitar divorcios por mutuo consentimiento, únicamente en los casos en que los cónyuges no tengan hijos menores de edad o bajo su dependencia. Para el efecto, los cónyuges expresaran en el petitorio, bajo juramento, lo antes mencionado y su voluntad definitiva de disolver el vínculo matrimonial, mismo que deberá ser patrocinado por un abogado en libre ejercicio, cumpliendo adicionalmente en la petición, lo previsto en el artículo 107 del Código Civil. El notario mandara que los comparecientes reconozcan sus respectivas firmas y rubricas y fijara fecha y hora para que tenga lugar la audiencia, dentro de un plazo no menor de sesenta días, en la cual los cónyuges deberán ratificar de consuno y de viva voz su voluntad de divorciarse. El notario levantara un acta de la diligencia en la que declara disuelto el vínculo matrimonial, de la que debidamente protocolizada, se entregara copias certificadas a las partes y se oficiará al Registro Civil, donde a su vez, se deberá sentar la razón correspondiente de la marginación en una copia certificada de la diligencia, que deberá ser devuelta al notario e incorporada en el protocolo respectivo. El sistema de correo electrónico podrá utilizarse para el trámite de marginación señalada en esta disposición. Los cónyuges podrán comparecer directamente o a través de procuradores especiales. De no realizarse la audiencia en la fecha designada por el notario, los cónyuges podrán solicitar nueva fecha y hora para que tenga lugar la misma, debiendo cumplirse dentro del término de diez días posteriores a la fecha en la cual debió celebrarse originalmente. De no darse la audiencia, el notario archivara la petición.

Esta facultad es clara, salvo el mismo problema de la anotación marginal.

ESCRITURA PÚBLICA DE DECLARACIÓN  
JURAMENTADA QUE FORMULAN LOS CÓNYUGES  
\*\*.-

CUANTÍA: INDETERMINADA.-----

En la ciudad de Guayaquil, capital de la provincia del Guayas, República del Ecuador, el día de hoy, \*\* DE \*\* DEL AÑO DOS MIL DOCE, ante mí, DOCTOR \*\*\*, NOTARIO TITULAR \*\* DEL CANTÓN GUAYAQUIL, comparecen los cónyuges señores, \*\*\* de estado civil casados, ejecutivos; ambos por sus propios derechos. Los comparecientes son ecuatorianos, mayores de edad, domiciliados en esta ciudad de Guayaquil y en Duran, respectivamente, capaces para obligarse y contratar, a quienes, en virtud de haberme exhibido sus documentos de identificación, de conocer doy fe. Bien instruidos sobre el objeto y resultados de esta escritura pública, a la que proceden como queda expresado, con amplia y entera libertad, para su otorgamiento me exponen: \*\*\*, portador de la cédula de ciudadanía número \*\*, domiciliado en esta ciudad, y, \*\*, portadora de la cédula de ciudadanía número \*\*\*, ecuatoriana, mayor de edad, domiciliada en Duran de tránsito por esta ciudad, por nuestros propios y personales derechos, libre y voluntariamente, con el propósito de que se dé trámite a nuestra petición de divorciarnos por mutuo acuerdo y con el objeto de proceder a reconocer nuestras firmas y rúbricas puestas al pie del petitorio que antecede, el mismo que reúne los requisitos del artículo ciento siete del Código Civil, juramentados en debida y legal forma, así como advertidos de la responsabilidad que tenemos de decir la verdad con claridad y exactitud, y de las penas por perjurio, con juramento poniendo a Dios como testigo, declaramos que nos encontramos unidos por vínculo conyugal, que no tenemos hijos menores de edad, que no tenemos bajo nuestro cuidado a hijo discapacitado alguno, y que \*\*\*, no se encuentra en estado de gravidez. Con lo antedicho y en cumplimiento a lo dispuesto por la ley, los comparecientes proceden a reconocer como suyas propias las firmas y rúbricas puestas al pie del petitorio de divorcio que antecede, que se leen “ilegible” e “ilegible” respectivamente. En consecuencia, en aplicación a lo dispuesto en el numeral veintidós agregado al artículo dieciocho por ley reformativa a la Ley Notarial publicada en el Registro Oficial número cuatrocientos seis del veintiocho de noviembre del dos mil seis, señalo para el lunes \*\* de \*\* del dos mil doce, a las 13h00 pm horas para que tenga lugar la

audiencia de divorcio, declarando los comparecientes haberse dado por notificados con esta disposición por lo tanto encontrarse enterados del contenido de la misma. Concluida la presente diligencia, dejo constancia de lo actuado en esta escritura pública, la misma que, leída en alta voz y de principio a fin a los comparecientes, por mí, el Notario, y a la que se incorpora el petitorio y partida de matrimonio presentados, se ratifican en ella y firman conmigo en unidad de acto. De todo lo cual doy fe.-

\*\*\*

C.C.

ACTA DE DIVORCIO POR MUTUO  
CONSENTIMIENTO A FAVOR DE LOS CÓNYUGES

\*\*\*.-

En la ciudad de Guayaquil, capital de la provincia del Guayas, República del Ecuador, el día de hoy, lunes \*\* de Marzo del año dos mil doce, a las trece horas, ante mí, DOCTOR \*\*\*, NOTARIO TITULAR \*\* DE GUAYAQUIL, dentro del trámite de divorcio, solicitado en esta Notaría, comparecen el señor\*\*\*, portador de la cédula de ciudadanía número \*\*\*, domiciliado en esta ciudad, y, \*\*\*, portadora de la cédula de ciudadanía número \*\*\*, domiciliado en Duran de transito por esta ciudad; por sus propios derechos a quienes doy fe de conocer en virtud de haberme exhibido sus documentos de identificación; quienes declaran ser de nacionalidades ecuatorianas, mayores de edad, domiciliados en esta ciudad de Guayaquil. Al efecto, los comparecientes \*\*\*, portador de la cédula de ciudadanía número \*\*, por sus propios derechos, y, \*\*\*, portadora de la cédula de ciudadanía número \*\*\*, por sus propios derechos, en forma libre y voluntaria de consuno y de viva voz, ratifican la voluntad de dar por terminado el vínculo matrimonial que los une. En consecuencia, en mi calidad de Notario Titular Trigésimo de Guayaquil, en virtud de la fe pública de la que me hallo investido y en aplicación a la facultad otorgada por el numeral veintidós del artículo dieciocho de la Ley Notarial, DECLARO DISUELTO EL VÍNCULO MATIMONIAL QUE UNIA A LOS SEÑORES \*\*\*, que consta inscrito en el Registro Civil de Guayaquil, el \*\*\* de \*\* del año mil \*\*.- Concluida la presente diligencia, procedo a levantar el acta respectiva, la que fue leída a los comparecientes, por mí el Notario, quienes se ratifican en ella y firman conmigo en unidad de acto, de todo lo cual doy fe,

procediendo a protocolizarla en el archivo de la Notaría Trigésima de Guayaquil a mi cargo, de la que extenderán las copias necesarias para su correspondiente marginación en el Registro Civil de Guayaquil, la misma que, con la razón de la marginación en el Registro Civil, deberá presentarse en esta Notaría para su nueva protocolización. Se agrega copia del Oficio remitido por esta Notaría a la Jefatura del Registro Civil de esta ciudad, para los mismos efectos de marginación del divorcio.-

C.C. \*\*

**23.-** Proceder a la liquidación de sociedad de bienes o de la sociedad conyugal, para este efecto sin perjuicio de la facultad jurisdiccional de los jueces de lo Civil, los cónyuges o ex – cónyuges, o los convivientes vinculados bajo el régimen de la unión de hecho, según el caso, podrán convenir mediante escritura pública, una vez disuelta la sociedad conyugal o la sociedad de bienes que se haya formado como consecuencia de la unión de hecho, la liquidación de la sociedad de bienes. Este convenio se inscribirá en el Registro de la Propiedad correspondiente cuando la liquidación comprenda bienes inmuebles, y en el Registro Mercantil cuando existieren bienes sujetos a este Registro. Previamente a la inscripción el notario, mediante aviso que se publicará por una sola vez en uno de los periódicos de circulación nacional en la forma prevista en el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil, hará conocer la liquidación de la sociedad conyugal o de la sociedad de bienes de la unión de hecho, para los efectos legales consiguientes.

Transcurrido el término de veinte días desde la publicación y de no existir oposición, el notario sentará la respectiva razón notarial y dispondrá su inscripción en el registro o registros correspondientes de los lugares en los que se hallaren los inmuebles y bienes objeto de esta liquidación. De presentarse oposición, el notario procederá a protocolizar todo lo actuado y entregara copias a los interesados, para que estos, de considerarlo procedente, comparezcan a demandar sus pretensiones de derecho ante los jueces competentes.

*Modelo para ilustrar lo ya indicado.*

LIQUIDACIÓN Y PARTICIÓN EXTRAJUDICIAL DE BIENES: QUE CELEBRAN LOS SEÑORES \*\*\*.-----

CUANTÍA: INDETERMINADA.-----

En la ciudad de Guayaquil, Capital de la Provincia del Guayas, República del Ecuador, el día de hoy \*\* DE FEBRERO DEL DOS MIL DIEZ, ante mí, DOCTOR \*\*, Notario Titular \*\*\* del Cantón Guayaquil, comparecen, por una parte y por sus propios derechos el señor \*\*\*, comerciante; y, por otra parte y por sus propios derechos la señora \*\*\*, divorciada, funcionaria pública; ambos comparecientes son mayores de edad, ecuatorianos, domiciliados en esta ciudad y hábiles en consecuencia para obligarse y contratar a quienes de conocer doy fe, en virtud de haberme exhibido sus documentos de identificación; Bien instruidos sobre la naturaleza y resultados de la presente escritura de LIQUIDACION Y PARTICION EXTRAJUDICIAL DE BIENES, a la que proceden como queda indicado y con amplia y entera libertad, para su otorgamiento me presentan la minuta, del tenor siguiente:- "SEÑOR NOTARIO:- En el registro de escrituras públicas a su digno cargo, sírvase usted insertar una por la que conste la de Liquidación y partición extrajudicial de bienes, que se otorga al tenor de las siguientes cláusulas y estipulaciones:- PRIMERA:- INTERVINIENTES.- Comparecen a la celebración del presente instrumento por una parte y por sus propios derechos el señor \*\*\*, comerciante; y, por otra parte y por sus propios derechos la señora \*\*\*, divorciada, funcionaria pública, por lo tanto, los intervinientes se encuentran legalmente capacitados para otorgar, como en efecto así lo hacen y por sus propios derechos, esta escritura pública de Liquidación y Partición extrajudicial de bienes.- SEGUNDA:- ANTECEDENTES.- a) Los comparecientes en virtud del matrimonio que contrajeron en la ciudad de Guayaquil, Provincia del Guayas el treinta de Marzo de mil novecientos ochenta y cuatro, formaron entre ellos en virtud de dicho matrimonio por mandato expreso de la ley, sociedad de bienes, vínculo y sociedad conyugal que se mantuvo hasta el \*\* de \*\* del dos mil \*\*, fecha en la Abogado \*\*, Notario \*\* del Cantón Guayaquil, mediante ACTA DE DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO, anotada al margen del Acta de Matrimonio del Registro Civil Identificación y Cedulación del Guayas el \*\* de \*\* del dos mil \*\*\*, que por mutuo consentimiento, tramitaron conjuntamente en la Notaría \*\* del Cantón Guayaquil los intervinientes, se declaró disuelto el vínculo matrimonial que los unía desde la fecha anteriormente señalada, como se lo acredita con los documentos que se

agregan; b) Que durante el matrimonio los comparecientes adquirieron para la sociedad conyugal que tenían formada los siguientes bienes: UNO); DOS); TRES). C) Como no existen deudas sociales, los otorgantes tienen la libre administración de sus bienes, se encuentran facultados por la ley para ser por sí mismo la partición y por tanto, tienen plena validez el presente convenio de Liquidación de la Sociedad Conyugal que tuvieron formada, el que de acuerdo con la Ley en vigencia.- TERCERA: PARTICIÓN Y ADJUDICACION EXTRAJUDICIAL.- En virtud de lo expuesto, los otorgantes en uso de sus derechos, por su propia y espontánea voluntad, tienen a bien convenir en la siguiente estipulación, tendiente a partirse y adjudicarse extrajudicialmente los bienes que, adquiridos durante la sociedad conyugal que tuvieron formada, cuyo inventario y avalúo consta en la cláusula anterior, del modo siguiente:- VALOR DE LOS BIENES DE LA SOCIEDAD CONYUGAL DISUELTA: \*\*\* DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA.- De esto el cincuenta por ciento le corresponde al señor \*\* , es decir \*\*\* DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, el otro cincuenta por ciento le corresponde a la señora \*\* , es decir \*\*\* DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA: TOTAL: \*\* DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.- CUARTA: ADJUDICACIONES.- Uno).- Al señor \*\*\*, le corresponde recibir la cantidad \*\* DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA; y, en pago se le adjudica lo siguiente:- UNO); DOS); DOS) A la señora \*\* , en pago de su mitad de gananciales la cantidad de \*\* DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, se le adjudica y entrega lo siguiente:- A) .- QUINTA: DECLARACIÓN JURAMENTADA.- Las partes declaran que el presente acto que contiene el contrato de Partición y Adjudicación Extrajudicial, al igual que a su contenido que con el carácter de Sentencia Ejecutoriada, por lo consiguiente los comparecientes declaran que nada tienen que reclamar ni a presente ni a futuro por todo lo aprobado, declarado e instrumentado mediante la presente escritura, autorizan al Notario a solicitar la Publicación correspondiente y continúe con los trámites de Ley.- SEXTA: GASTOS.- Los gastos que demande el otorgamiento de la presente escritura de Partición y Adjudicación Extrajudicial son de cuenta de ambos partícipes, por partes iguales. Dado que las adjudicaciones son de partes exactamente iguales, quienes quedan facultados para solicitar la inscripción de la presente escritura en el Registro de la Propiedad correspondiente.- Usted señor Notario, agregará las demás cláusulas de estilo para la validez del presente instrumento.- (firmado) Abogada \*\*\*. Registro Profesional número \*\*\*\*.- HASTA AQUI LA MINUTA.- Es

copia.- Los otorgantes aprueban en todas sus partes, el contenido del presente instrumento, dejándolo elevado a escritura pública para que surta sus efectos legales.- Leída esta escritura de principio a fin, por mí el Notario en alta voz, a los otorgantes, estos la aprueban y suscriben en unidad de acto conmigo, de todo lo cual doy fe.-

F) \*\*

C. C.

Aquí debemos hilar fino y si nos damos cuenta de la liquidación de la sociedad conyugal, seguiría la partición y adjudicación de los bienes que forman el acervo de la sociedad conyugal, cabe indicar que estos actos voluntarios no son convenciones, ya que estos crean, modifican o extinguen derechos, mientras que los contratos son las convenciones generadoras de obligaciones, estamos aquí ante una convención o ante un contrato – sin perjuicio que el Código Civil, los homologue – si es convención estamos ante un acto lícito, empero si es contrato la Ley prohíbe los contratos entre cónyuges, salvo la capitulación matrimonial y el mandato, creemos definitivamente que estamos ante una convención y que la partición y adjudicación es la tradición de bienes muebles y en los inmuebles será la inscripción, y como tal la tradición es una de las obligaciones que nacen del contrato la cual es una convención ya que cancela la obligación.

**24.-** Autorizar la emancipación voluntaria del hijo adulto, conforme lo previsto en el artículo 309 del Código Civil. Para este efecto, los padres comparecerán ante el notario a dar fin a la patria potestad, mediante declaración de voluntad que manifieste esta decisión, lo que constara en escritura pública, donde además se asentara la aceptación y conocimiento expreso de su hijo a emanciparse. A esta escritura se le agregara como habilitantes los documentos de filiación e identidad respectivos, y las declaraciones juramentadas de dos testigos conformes y sin tacha, que abonen sobre la conveniencia o utilidad que percibiría el menor adulto con esta emancipación. El notario dispondrá la publicación de la autorización, por una sola vez en la prensa, cuya

constancia de haberse publicado se incorpora en el protocolo, con lo cual entregará las copias respectivas para su inscripción en los Registros de la Propiedad y Mercantil del cantón en el que se hubiere hecho la emancipación.

*Modelo para ilustrar lo ya indicado.*

ESCRITURA PÚBLICA DE DECLARACIÓN  
JURAMENTADA Y AUTORIZACIÓN DE  
EMANCIPACION QUE REALIZA LA SEÑORA \*\*\*\*.-  
---CUANTIA: INDETERMINADA.-----

En la ciudad de Guayaquil, Capital de la Provincia del Guayas, República del Ecuador el día de hoy \*\* de \*\* del dos mil nueve, ante mí, DOCTOR \*\*\* , NOTARIO TITULAR \*\* DEL CANTON GUAYAQUIL, comparece por sus propios derechos, \*\*\*, casada, ama de casa.- La compareciente me manifiesta que es de nacionalidad ecuatoriana, mayores de edad, domiciliada en ésta ciudad, capaces de obligarse y contratar a quienes de conocer doy fe, bien instruido en el objeto y resultado de ésta escritura pública de DECLARACIÓN JURAMENTADA Y AUTORIZACION DE EMANCIPACION, a la que procede como queda expresado, con amplia y entera libertad para su otorgamiento, advertidos de las penas de perjurio y falso testimonio me exponen lo siguiente: YO \*\*, declaro que autorizo y consiento la emancipación voluntaria de nuestro hijo adulto JEFFERSON LENIN ESCUDERO MEJIA, quien consiente en ello, tal como se lo demuestra con la declaración adjunta. Siendo todo cuanto tenemos que declarar en honor a la verdad.- HASTA AQUÍ LA DECLARACIÓN JURAMENTADA DE LOS COMPARECIENTES QUE YO ELEVO A ESCRITURA PÚBLICA. La cuantía de la presente escritura es indeterminada. Para el otorgamiento de la escritura pública, se observaron todos los preceptos legales del caso y leída esta escritura pública de declaración juramentada de principio a fin por mí el Notario, la compareciente la aprueba y suscribe en unidad de acto conmigo. Doy Fe.-

\*\*\*

C.C.

## DECLARACIÓN

\*\*\*, con cedula de ciudadanía numero \*\*\*, declaro que consiento, en la EMANCIACION VOLUNTARIA DE LA PATRIA POTESTAD, que otorga mi madre las señora \*\*\*, a mi favor.

\*\*\*

C.C. N° \*\*\*

Todas estas facultades se perfeccionan mediante un acta declarativa de derechos y, excepcionalmente, constitutiva, también se le otorga facultades para receptor informaciones sumarias que han sido diligencias preparatorias o de pruebas preconstruidas.

Quien acepta por el menor si ante el notario solo comparecen personas capaces y el emancipado sigue siendo incapaz, solo que sin patria potestad, en el Código Civil, las emancipaciones las aprueba el juez, salvo las legales, además que en la actualidad si los padres se descuidan en su casa terminan viviendo no solo sus hijos sino sus nietos.

**25.-** Tramitar la petición de declaratoria de interdicción de administrar los bienes de una persona declarada reo por sentencia ejecutoriada penal; para tal efecto se adjuntará la sentencia ejecutoriada. En el acta que establezca la interdicción se designara un curador.

Esta facultad a decir lo menos es contraria al derecho ya que la interdicción nace expresamente por disposición de la ley, de igual manera o de la misma forma termina el usufructo por muerte del usufructuario o por renuncia del mismo, es de la ley única y exclusiva el resultado y no la declaración notarial, como tampoco opera en la unión libre ya que esta nace de cumplir la forma y el plazo legal, se le concede al notario facultad para instrumentar lo que la ley no solicita instrumento.

**26.-** Solemnizar la declaración de los convivientes sobre la existencia de la unión de hecho, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 222 del Código Civil. El Notario levantará el acta respectiva, de la que debidamente protocolizada, se conferirá copia certificada a las partes;

**ESCRITURA PÚBLICA DE DECLARACIÓN  
JURAMENTADA QUE HACEN LOS SEÑORES \*\*\*.-  
---CUANTIA: INDETERMINADA.-----**

En la ciudad de Guayaquil, Capital de la Provincia del Guayas, República del Ecuador, el día \*\* de \*\*\* del dos mil doce, ante mí, \*\*\*\*\*, **NOTARIO TITULAR \*\*\*\*\*DEL CANTON GUAYAQUIL**, comparece por sus propios derechos los señores \*\*\*, de estado civil solteros, empleado y ama de casa, domiciliados en esta ciudad. Los comparecientes me manifiestan que son de nacionalidad ecuatoriana, mayores de edad, capaz de obligarse y contratar a quienes de conocer doy fe. Bien instruidos en el objeto y resultados de esta escritura de Declaración Juramentada, a la que procede como queda expresado; con amplia y entera libertad me expone lo siguiente: Nosotros, \*\*\*, por medio del presente instrumento, tengo a bien declarar bajo juramento: Que nos encontramos bajo el régimen de unión libre estable y monogámica hace \*\* años. Relación en la que hemos procreado \*\* menores de edad. Siendo todo cuanto tengo que declarar en honor a la verdad.- HASTA AQUÍ LA DECLARACIÓN JURAMENTADA DE LOS COMPARECIENTES QUE YO ELEVO A ESCRITURA PÚBLICA. La cuantía de la presente escritura es indeterminada. Para el otorgamiento de la escritura pública, se observaron todos los preceptos legales del caso y leída esta escritura pública de declaración juramentada de principio a fin por mí el Notario, los comparecientes la aprueban y suscriben en unidad de acto conmigo. Doy Fe.-

**C.C. N° \*\***

ACTA DE UNIÓN DE HECHO

En la ciudad de Guayaquil, a los \*\* días del mes de Julio del dos mil doce, comparecen los señores \*\*\*, quienes han declarado estar en unión estable y monogámica por el tiempo establecido en la Ley, por lo que a base de lo que permite el numeral veintisiete del artículo dieciocho de la Ley Notarial, y a petición expresa, mediante la presente ACTA se declara la existencia de la UNION DE HECHO de los solicitantes, de todo lo cual DOY FE, en la ciudad de Guayaquil a los \*\* días del mes de \*\* del dos mil doce.

\*\*\*\*

### NOTARIO TITULAR \*\* DE GUAYAQUIL

**27.-** Declarar la extinción de usufructo, previa la justificación instrumental correspondiente y de acuerdo con las reglas del Código Civil, a petición del nudo propietario en los casos siguientes:

- a) por muerte del usufructuario;
- b) Por llegada del día de o cumplimiento de la condición prefijados para su terminación; y,
- c) Por renuncia del usufructuario.

EXTINCIÓN DE USUFRUCTO VITALICIO QUE REALIZAN LOS  
CÓNYUGES SEÑORES \*\*\*.-----

CUANTÍA: INDETERMINADA.-----

En la ciudad de Guayaquil, Capital de la Provincia del Guayas, República del Ecuador, el día de hoy \*\* DE \*\* DEL DOS MIL ONCE, ante mí, **DOCTOR \*\* ., Notario Titular \*\* del Cantón Guayaquil**, comparecen, por sus propios derechos los cónyuges señores \*\*\*, casado, jubilado; y, \*\*\*, casada, jubilada; ambos comparecientes son mayores de edad,

ecuatorianos, domiciliados en esta ciudad y hábiles en consecuencia para obligarse y contratar a quienes de conocer doy fe, en virtud de haberme exhibido sus documentos de identificación; Bien instruidos sobre la naturaleza y resultados de la presente escritura de EXTINCIÓN DE USUFRUCTO VITALICIO, a la que proceden como queda indicado y con amplia y entera libertad, para su otorgamiento me presentan la minuta, del tenor siguiente:- **"SEÑOR NOTARIO:-** En el registro de escrituras públicas a su digno cargo, sírvase insertar una por la conste la EXTINCIÓN DE USUFRUCTO VITALICIO, que realizan los cónyuges señores \*\*\*, al tenor de las siguientes cláusulas y estipulaciones:- **PRIMERA:- ANTECEDENTES.-** Mediante escritura pública celebrada el \*\* de \*\* del dos mil seis, ante el Abogado \*\*\*, Notario \*\* del Cantón Guayaquil, inscrita en el Registro de la Propiedad del Cantón Guayaquil, el \*\* de \*\* del dos mil seis, en el tomo cincuenta y uno, de fojas veinticinco mil cuatrocientos cincuenta y tres a veinticinco mil cuatrocientos cincuenta y cuatro, número once mil trescientos treinta y seis del Registro de Propiedades, con matrícula número dos uno ocho cinco siete, la señorita \*\*\* vendió la nuda propiedad, con reservación del usufructo vitalicio a favor de los cónyuges señores \*\*, del bien inmueble compuesto de solar y construcción, signado con el número \*\*, de la manzana número \*\*, parroquia urbana \*\*, ubicado en las calles \*\*, de la ciudad de Guayaquil, comprendido dentro de los siguientes linderos y dimensiones, según Historia de Dominio: POR EL NORTE: \*\*\*; POR EL SUR: \*\*; POR EL ESTE: \*\*; y, POR EL OESTE: \*\*; medidas que hacen un área o superficie de \*\*METROS CUADRADOS DIEZ DECÍMETROS CUADRADOS. Inmueble identificado en el Catastro Municipal con el código número \*\*. La señorita \*\*\*, falleció en la ciudad de \*\*, Provincia del Tungurahua, el \*\* de \*\* del dos mil once, según consta del Certificado de Defunción, por tal razón y por petición de los nudos propietarios se extingue el Usufructo Vitalicio por muerte de la Usufructuaria, quedando como beneficiarios los cónyuges señores \*\*\*.-**SEGUNDA:- EXTINCIÓN DEL USUFRUCTO VITALICIO.-**Presupuestos estos antecedentes los cónyuges señores \*\*\*, bajo juramento solicitan, al señor Notario, de conformidad con lo dispuesto en el numeral veintisiete del artículo seis de la Ley Reformatoria a la Ley Notarial, publicada en el Registro Oficial número cuatrocientos seis del veintiocho de Noviembre del dos mil seis, se sirva conceder la EXTINCIÓN DEL USUFRUCTO VITALICIO POR MUERTE DE LA USUFRUCTUARIA señorita \*\*\*; de manera que se consolide la propiedad a partir de esta escritura e inscripción del presente instrumento.- Usted señor Notario agregará las

demás cláusulas de estilo para la validez de este contrato y deje constancia que los intervinientes quedan autorizados para obtener la inscripción de este instrumento en el registro correspondiente. (firmado) Doctor \*\*\*. Matricula Profesional número \*\*del Colegio de Abogados del Guayas".- HASTA AQUI LA MINUTA.- Es copia.- Los otorgantes aprueban en todas sus partes, el contenido del presente instrumento, dejándolo elevado a escritura pública para que surta sus efectos legales.- Léida esta escritura de principio a fin, por mí el Notario en alta voz, a los otorgantes, estos la aprueban y suscriben en unidad de acto conmigo, de todo lo cual DOY FE.-

\*\*\*

**C. C. No.**

**C. V. No.**

#### **ACTA DE EXTINCIÓN DE USUFRUCTO VITALICIO.-**

A petición expresa de los cónyuges señores \*\*\*, yo, DOCTOR \*\*\*, Notario Titular \*\* del Cantón Guayaquil, con fecha de hoy \*\* de \*\* del dos mil once, declaro que se extingue el usufructo vitalicio, ya que la señorita \*\*\*, falleció en la ciudad de \*\*, el \*\* de \*\*del dos mil once, de acuerdo al Certificado de Defunción que adjuntamos, solicitándose la inscripción en el Registro de la Propiedad del Cantón Guayaquil, de todo lo cual doy fe.-

Guayaquil, \*\*\*\*

DOCTOR \*\*

NOTARIO TITULAR \*\* DEL CANTÓN GUAYAQUIL

## **2.1.4.- NULIDAD ABSOLUTA, RELATIVA, SIMULACIÓN E INEXISTENCIA EN EL ACTO DE FE**

### **2.1.4.1 Requisitos de validez y solemnidades**

El contrato civil, está sujeto por voluntad de la Ley a lo establecido por el artículo 1461 del Código Civil:

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

- 1) Que sea legalmente capaz;
- 2) Que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio;
- 3) Que recaiga sobre un objeto lícito; y,
- 4) Que tenga una causa lícita.

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

Establezcamos entonces: El contrato civil a fin de que goce de existencia, así como de validez en su ser y en su consecuencia, en la producción de sus efectos, etc., cuenta como requisitos: a) La capacidad legal de sus contratantes. b) Que el consentimiento o aceptación para contratar por parte de los mismos, carezca de los vicios del consentimiento, esto es, error, fuerza y dolo. c) Que el objeto de la sociedad o su prestación obligacional, aquello que se va a dar, hacer o no hacer por los contratantes sea lícito o con sujeción a la norma jurídica y que las razones o motivos que llevan a los socios a contratar no estén prohibidas por la Ley o no estén en contra de las buenas costumbres o el orden público, socialmente aceptados en el Ecuador.

Así, en razón de lo anterior, en virtud de estos cuatro requisitos legales y fundamentales para que el contrato goce de existencia y validez, es que va a constituirse el contrato civil.

Sobre el tema que nos ocupa, dividiremos nuestro estudio de la siguiente manera:

a) Capacidad legal, consentimiento, objeto lícito y causa lícita en el contrato civil.

b) Existencia y validez en el contrato civil.

c) Solemnidades de este contrato.

a) Capacidad legal, consentimiento, objeto lícito y causa lícita en el contrato civil.

Sabemos que la capacidad legal de los contratantes, es de capital importancia para celebrar un acto jurídico o un contrato. “capacidad consiste en la aptitud legal de las personas para el goce del ejercicio de los derechos civiles Goza de un derecho el que lo tiene, su titular, el que se haya investido del mismo derecho; ejercita, un derecho, el que lo pone en práctica, el que lo hace valer por medio de los actos jurídicos destinados a producir a su respecto determinados efectos: Estos dos elementos reunidos, constituye “la plenitud de la capacidad jurídica separados, dan lugar a dos especies o más bien a dos grados de capacidad, la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio”<sup>9</sup>

Así por ejemplo en el contrato de sociedad civil. A fin de celebrar, el contrato civil, sus contratantes, aquellas dos o más personas que estipulan poner algo en común y así dividir beneficios, para actuar como tales deben ser básicamente personas capaces y así, obligarse sin la intervención y el ministerio de otras personas.

Por consiguiente, los socios del contrato civil, no deben adolecer y de hecho, no adolecen, de incapacidad absoluta o incapacidad relativa, de aquellas establecidas por el artículo 1463 del Código Civil.

Es decir, los socios del contrato de sociedad, parten —para su protección jurídica- del presupuesto a su favor, consignado en el artículo 1462 del Código Civil:

“Art. 1462.- Toda persona es legalmente capaz, excepto las que la Ley declara incapaces”.

---

<sup>9</sup>VÉLEZ, Fernando. Estudio sobre Derecho Civil Colombiano. Segunda edición. 1984.

Así, los socios del contrato civil, no tienen la calidad de dementes, de impúberes, de sordomudos que no pueden darse a entender por escrito, así como tampoco de menores adultos, interdictos para administrar sus bienes.

Todos los socios del contrato civil, son esencialmente personas capaces para obligarse por sí y ante sí, sin requerir la autorización de otra persona para adquirir las obligaciones procedentes del contrato.

De allí que, partiendo del supuesto anterior, es que a la capacidad legal de los contratantes de la sociedad civil —los socios- se acompaña el consentimiento para celebrar el contrato que estudiamos, lo mismo aplicamos a los demás contratos.

Es verdad que el Código Civil en el Título Segundo del Cuarto Libro no señala el concepto de consentimiento, pero no es menos verdadero que, el consentimiento para contratar implica la aceptación o asentimiento supremamente voluntario por parte de los contratantes, a tal punto que de ello, es que el artículo 1467 del Código Civil, consigna los vicios de que puede adolecer el consentimiento: Error, fuerza y dolo, de lo cual a su vez se establece que para existir, así como, para surtir efectos —entendiéndose obligarse los contratantes, sucede que los contratantes no deben estar determinados en su voluntad y deseo de contratar, por ninguno de estos vicios, así que no deben existir sobre los socios, ni el error sobre la persona con quien contratan, ni sobre la especie de acto o contrato, ni sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, ni sobre la calidad o sustancia esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato.

Igual situación debe observarse para contratar respecto de la ausencia de la fuerza o presión irresistible frente a un justo temor de verse expuesto quien contrata sociedad, su consorte o algunos de sus ascendientes o descendientes, a un mal irreparable y grave, además de la falta o ausencia de dolo pues quienes contratan, lo hacen llevados por el mejor buen espíritu e intenciones de obtener beneficios compartidos y no causarse perjuicios mutuos, es decir, actuar en el contrato y entre contratantes con una mutua credibilidad en la cual brilla por su ausencia la intención positiva, inequívoca, de causar o irrogar injuria o daño a la persona o propiedad del otro contratante, esto en los contratos sinalagmáticos.

En igual forma, como hemos obtenido que la capacidad legal de los contratistas es fundamental para contratar, así también, es de capital importancia, el requisito de consentir en el contrato, faltando el error, la fuerza o el dolo, en tal consentimiento o aceptación.

Esto último es claramente determinado en el artículo 1474 del Código Civil:

“Art. 1474.- El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes y cuando además aparece claramente que sin él no hubieran contratado”.

A su vez, el artículo 1475 es elocuente: El dolo no se presume, se prueba, salvo disposición expresa de la Ley.

En tanto que, el artículo 1476 del Código Civil es esencial:

“Art. 1476.- Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer. El mero uso de la cosa o su tenencia puede ser objeto de la declaración”.

A su vez, el artículo 1477 complementa lo anterior y ello representa la enjundia de todo contrato en cuanto la licitud de su objeto contractual:

«Art. 1477.- Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el contrario a la naturaleza y moralmente imposible el prohibido por las leyes o contrario a las buenas costumbres o al orden público».

El artículo 1461 en su tercer numeral, denomina lo anterior, el objeto lícito. Así, la sociedad en nombre colectivo, debe tener como fundamento para el logro de su prestación obligacional, dar, hacer o no hacer, una actividad reconocida y protegida por la Ley. Un contrato destinado a efectuar delitos o conductas criminales, así como desarrollar la prostitución o el comercio de niños, carece de objeto lícito, puesto que, los comportamientos antes mencionados, se encuentran fuera del amparo de la Ley o en contra de ella incluso.

“Para que se configure un acto jurídico no basta cualquier manifestación de voluntad, sino que es necesario que el agente o agentes persigan un objetivo jurídico, cual es la creación, modificación o extinción de relaciones de tal índole”<sup>10</sup>

“El requisito de tener todo acto jurídico un objeto lícito consiste, en que la prestaciones estipuladas por las partes sean permitidas, no prohibidas y así tales prestaciones influyen en la formación y validez del acto.”<sup>11</sup>

Así, el objeto lícito, está compuesto por las prestaciones obligacionales que existen entre las partes contratantes, esto es, dar, hacer o no hacer alguna cosa determinada.

A su vez, el artículo 1477 del Código Civil, comienza por decir que no solo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que exista, con lo cual se le asigna al vocablo objeto, un significado distinto al antes mencionado. De allí que, según el artículo 1477 ya no se entiende que el objeto está constituido por las prestaciones propias de las obligaciones provenientes del acto jurídico, sino con las cosas que son materia de tales prestaciones y de la operación jurídica que el acto tiende a realizar.

Recapitulemos: El objeto lícito existe tanto, en las prestaciones obligacionales del contrato como en las cosas o bienes, materia de tales prestaciones. Por ende, el objeto debe tener tres requisitos: 1. Posibilidad. 2. Determinación. 3. Licitud.

Ahora, al referirnos por ejemplo en concreto, al contrato de sociedad civil en nombre colectivo, tanto el artículo 1957 como el artículo 1959 son definitivos para establecer qué clase de objeto lícito debe recaer sobre la sociedad:

- a) Los socios ponen o depositan en común para constituir la sociedad.
- b) Dicha puesta en común consiste en dinero o efectos, industria, servicios o trabajo apreciable en dinero.

---

<sup>10</sup>OSPINA Fernández y OSPINA Acosta, Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Quinta edición. Editorial Temis. 1998. Pág. 237

<sup>11</sup>OSPINA Fernández y OSPINA Acosta, Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Quinta Edición. Editorial Temis. 1998. Pág. 238

c) La participación de beneficios por parte de los socios, que así usan y gozan de la sociedad.

En consecuencia, el objeto y su respectiva licitud, adquiere un carácter necesario para que el contrato de sociedad en nombre colectivo exista y obligue a las partes, pues si la sociedad no es lícita, un objeto no es lícito, sencillamente es prohibida: El artículo 1482 del Código Civil determina que hay objeto ilícito, en todo contrato prohibido por las leyes. El artículo 1960 establece que se prohíbe toda sociedad a título universal, sea de bienes presentes y venideros, o de unos u otros. Se prohíbe así mismo toda sociedad de ganancias, a título universal, excepto entre cónyuges, si entramos al campo de una prohibición legal llegamos a poder concluir que existen los delitos civiles. Si la Ley determina estas prohibiciones y en caso de que los socios contraten la sociedad incumpliendo la voluntad de la Ley, la sociedad cae en objeto ilícito y por ende, falta o se ausenta el objeto lícito, de tal manera que al faltar dicho objeto, el contrato de sociedad no se constituye como tal, no existe como ente económico legal, según lo dispuesto en el artículo 1461 del Código Civil.

El objeto lícito en un contrato de sociedad es vital, puesto que, si la sociedad se adapta a lo dispuesto por los artículos 1478, 1480 y 1482 del Código Civil cae en objeto ilícito y como tal, se ubica al margen de la norma jurídica, se trata de un objeto ilícito, el mismo que le impide existir en Derecho. Pero en igual forma, que el objeto lícito, comparte un carácter fundamental en la sociedad civil en nombre colectivo, como en todo acto o declaración de voluntad, la causa lícita que impulsa a los socios a contratar.

El artículo 1483 del Código Civil establece: 1. Que no puede existir obligación sin que tenga una causa real y lícita. 2. Causa es el motivo que induce al acto y contrato. 3. Causa ilícita, aquella que es prohibida por Ley o contraria a las buenas costumbres o al orden público. Lógico es pensar que lo no hay no existe, lo cual es la base de la Teoría de la Inexistencia Jurídica ya que esta falta de existencia no es de hecho, sino de derecho.

En consecuencia, el concepto legal de causa, implica la existencia de móviles impulsivos y determinantes de carácter lícito y real que conducen a contratar, a todos aquellos que intervienen en el contrato. Así, licitud y realidad conforman como

componentes esenciales, el concepto de causa, en cuanto constituye la razón o razones determinantes o definitivas, gracias a las cuales las partes celebran un contrato o un acto jurídico unilateral inclusive.

El artículo 1957 del Código Civil al conceptuar la sociedad establece que al estipular —dos o más personas- poner algo en común, con el fin de dividir entre si los beneficios que de ello provenga, claramente se conoce que la causa lícita en la sociedad, está constituida, por el deseo de los socios en integrarse y de consuno aportar bienes o dinero, trabajar y repartirse ganancias, es decir, no actuar solos o independientes sino integrados y unificados en calidad de socios. Así mismo, el artículo 1965 del Código Civil consigna que si la sociedad colectiva es aquella en que todos los socios administran por sí o por un mandatario elegido por común acuerdo, entonces, la causa lícita está constituida por el deseo y decisión de los socios colectivos, de ciertamente asociarse, pero sobre todo, lo impulsa de manera determinante, la convicción de que su pacto societario requiere ser gobernado o administrado por ellos mismos o por alguna persona que tenga su confianza absoluta.

Así, continuando el tenor de lo dispuesto por el artículo 1483 del Código Civil la causa en la sociedad civil en nombre colectivo, debe ser en todos y cada uno de los socios, totalmente lícita, es decir, que las razones o los motivos que impelen o impulsan a contratar a los socios, no sean prohibidos por las leyes o que se opongan a la moral social, las costumbres y valores socialmente aceptados o que no atenten contra el orden público o la paz colectiva en el Ecuador.

Innegable es que la licitud y la realidad de la causa serán factores de primerísimo orden en el contrato de sociedad civil en nombre colectivo, pues una sociedad constituida por razones terroristas o criminales o inspiradas en conductas y móviles dispuestos a destruir o combatir el orden jurídico, social y cultural imperante, no tiene cabida en el Derecho Ecuatoriano, pues adolece de causa lícita y según lo dispuesto por el artículo 1461 del Código Civil, en caso de que la causa sea ilícita, el contrato no se configura y menos surtirá efectos, es decir, no tendrá existencia y validez jurídica, lo mismo es aplicable a todos los contratos.

b) Existencia y validez en el contrato de sociedad civil en nombre colectivo. A fin de abordar aspectos tan importantes, de extrema importancia en realidad, en la vida

misma de todo acto jurídico y por ende en el contrato de sociedad civil en nombre colectivo, es menester en primer lugar, invocar las bases legales correspondientes en la materia que nos ocupa. El artículo 1461 del Código Civil, consagra que para obligarse una persona a otra por un acto o declaración de voluntad necesita 1. Capacidad legal. 2. Consentimiento, libre de vicios. 3. Objeto lícito. 4. Causa lícita.

Así, en la contratación, para que exista como tal y sea reconocido jurídicamente, necesita ineluctablemente, de estos cuatro componentes de manera absoluta e infaltable.

El que el contrato EXISTA o goce de vida jurídica y dotada de la fortaleza necesaria para sobrevivir, va a depender de que posea estos cuatro requisitos.

Gracias a la capacidad legal, es que los contratantes mencionados en el artículo 1965 segundo inciso y en el artículo 1957 del Código Civil es que estarán aptos para ser dos o más personas que aporten o depositen en común, dinero, bienes, industria, etc. Y así mismo, para administrar, por si o por mandatario, los negocios e intereses propios de la sociedad. Si los socios fueren incapaces absolutos o relativos, de acuerdo al artículo 1463 del Código Civil jamás podrían actuar por si solos en un acto jurídico tan significativo y de tantas consecuencias como es la sociedad civil en nombre colectivo.

Únicamente una persona completamente capaz puede administrar un contrato de sociedad, ser elegido mandatario de la misma o elegir mandatario a otra persona tan capaz como ella misma. Igual estimación sucederá con el consentimiento, libre de vicios, en los socios que deciden soberana y libremente, el admitir o aceptar, la coincidencia de sus voluntades y así conformar una sociedad entre ellos, aportando en común lo que corresponda. Sin el consentimiento por parte de los socios la sociedad no existiría. Pues el consentimiento abarca, además del pacto inicial de voluntades que da vida y forma a la sociedad, el administrar o designar administrador para la sociedad, pues la administración implica que sea aceptada y practicada, por aquel que fue seleccionado para ello, por decisión de la Ley o decisión humana.

El objeto lícito de la sociedad en nombre colectivo radicará tanto en la prestación obligacional materia del contrato, como en la cosa sobre la cual va a recaer dicha prestación, esto es, el objeto se va a configurar, en cuanto los socios estipulan ponen

algo en común y así, gracias a aquella aportación comunitaria y compartida, obtener beneficios, los cuales sin duda serán de naturaleza económica o dineraria, es decir el objeto aparecerá también en la consecución de un lucro legítimo en favor de los socios aportantes, más aún los bienes aportados, trabajos, industria, dinero, etc. también representarán un objeto lícito en este contrato.

Así, continuando con la licitud de la sociedad, en su objeto lícito, no olvidemos a la administración de la sociedad, por los socios o un mandatario elegido por ellos.

La causa lícita —en este contrato- está constituida por la decisión determinante de los socios de, unidos y aportantes, conformar una sociedad que será regida o administrada por ellos mismos o su mandatario, de tal manera que los propios socios sean los celosos guardianes de todo aquello que la sociedad produzca o aproveche o beneficie a sus socios, los cuales se distribuirán entre si, los beneficios en cuestión.

Por ende y en virtud de lo anterior, todos estos componentes le permiten existencia ante los ojos del Derecho al contrato de sociedad civil en nombre colectivo. Ahora bien, existiendo tal sociedad, sus actos a celebrarse y a ejecutarse, tendrán una condición jurídica de capital importancia: LA VALIDEZ.

“Los requisitos para la validez de aquellos son la capacidad de los agentes, la ausencia de vicios de la voluntad (error, fuerza y dolo) la ausencia de lesión enorme, la licitud del objeto, la realidad y la licitud de la causa y la plenitud de las formalidades prescritas por la Ley.”<sup>12</sup>

“La falta de los requisitos esenciales genéricos de todos los actos jurídicos produce inexorablemente la inexistencia de ellos, al paso que la falta de los requisitos, también esenciales pero específicos de cada acto en particular, si bien impide la existencia de este como tal, acto particular, puede no aniquilar totalmente su eficacia, si es viable su conversión en otro acto jurídico diferente”<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup>OSPINA Fernández y OSPINA Acosta, Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Quinta Edición. Editorial Temis. 1998. Pág. 84

<sup>13</sup>OSPINA Fernández y OSPINA Acosta, Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Quinta Edición. Editorial Temis. 1998. Pág.434

Así, la validez de todo acto o declaración de voluntad o contrato, está destinada a la producción de efectos jurídicos entre las partes contratantes, es decir, por la validez del acto es que las partes se obligan o crean un vínculo jurídico de dar, hacer o no hacer alguna cosa determinada. Gracias al cumplimiento de todos los condicionamientos que la Ley establece para el valor del acto o contrato, es que los efectos obligacionales van a lograr su cometido contractual, por ende, será de este modo que por la validez del contrato de sociedad de nombre colectivo, es que el contrato va a conservar su existencia jurídica, tanto en lo atinente a la administración de la sociedad colectiva como a lo referente a las obligaciones de los socios entre sí y de éstos, frente a terceros. Cuando hablamos de validez, hablamos de requisitos esenciales propios del valor del acto o contrato de sociedad colectiva y allí encontraremos sentido a lo dispuesto por el artículo 1975 del Código Civil:

«Art. 1975.- La administración de la sociedad colectiva puede confiarse a uno o más de los socios, sea por el contrato de sociedad, sea por acto posterior unánimemente acordado. Hemos usado la sociedad civil, contrato en el que se plasma con mayor facilidad la inexistencia jurídica.

En el primer caso, las facultades administrativas del socio o socios, forman parte de las condiciones esenciales de la sociedad, a menos de expresarse otra cosa en el mismo contrato.” El artículo 1986 del Código Civil, abona lo anterior: «Art. 1986.- Los aportes al fondo social pueden hacerse en propiedad o en usufructo. En uno y otro caso, los frutos pertenecen a la sociedad en el momento del aporte.”

En igual forma el artículo 1998: «Art. 1998.- El socio que contrata a su propio nombre y no al de la sociedad, no la obliga respecto de terceros, ni aún en razón del beneficio que ello reporte del contrato. El acreedor podrá solo intentar contra la sociedad las acciones del socio deudor.

No se entenderá que el socio contrata a nombre de la sociedad, sino cuando lo exprese en el contrato o las circunstancias lo mande un modo inequívoco. En caso de duda, se entenderá que contrata en su nombre privado». En consonancia con lo anterior, el artículo 1970 determina que: “Art. 1970.- Los contratantes pueden fijar las reglas que tuvieren por convenientes para la división de ganancias y pérdidas”.

Como es posible apreciar, toda la infraestructura jurídica de valor del contrato de sociedad en nombre colectivo, apoyada en la existencia jurídica del mismo, va a permitir que el contrato goce de todo el vigor legal necesario de carácter obligacional, respecto a los socios entre sí y frente a terceros, por parte de la sociedad, considerada esta última, como persona jurídica independiente de sus socios constituyentes y aportantes.

#### **2.1.4.2 Solemnidades de un contrato.**

El artículo 1459 del Código Civil dispone con todas luces:

«Art. 1459.- El contrato es solemne, cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellos no surten ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona con el solo consentimiento».

El artículo 1957 del Código Civil define: “Art. 1957.- Sociedad o compañía es un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común, con el fin de dividir entre sí los beneficios que de ello provengan. La sociedad forma una persona jurídica distinta de los socios, individualmente considerados”.

El artículo 1959 dispone: “Art. 1959.- No hay sociedad, si cada uno de los socios no pone alguna cosa en común, ya consiste en dinero o efectos, industria, servicio o trabajo apreciable en dinero. Tampoco hay sociedad sin participación de beneficios”.

El artículo 1970 señala: «Art. 1970.- Los contratantes pueden fijar las reglas que tuvieren por convenientes para la división de ganancia y pérdidas».

A su vez, el artículo 1975 establece: “Art. 1975.- La administración de la sociedad colectiva puede confiarse a uno o más de los socios sea por el contrato de sociedad, sea por acto posterior unánimemente acordado.”

En virtud de la voluntad de la Ley y de la naturaleza jurídica del contrato de sociedad civil en nombre colectivo, se constituye el mismo en un contrato de carácter consensual, esto es, el deseo y coincidencia de voluntades para contratar que tienen los socios, es elemento suficiente con el cual se perfecciona este contrato y así no

necesita otro factor para su perfeccionamiento a lo que, agregamos al tenor de lo dispuesto por el artículo 1461 del Código Civil número 3, que el consentimiento en cuestión es libre de vicios.

En primer lugar, analicemos, la constitución del contrato civil en nombre colectivo: Este contrato y esta sociedad o verdadera «compañía civil», representa una irrestricta confianza entre los asociados. Tal es grado de mutua confianza en esta sociedad civil y tanta responsabilidad implica, sobre todo en su administración, que será precisamente aquella administración, la que les corresponda a todos los socios por sí mismos o confían a un administrador-mandatario, escogido por todos ellos. Ahora bien, naturalmente que al tratarse de una verdadera sociedad civil, en razón de su objeto lícito, la misma se dedicará a actividades civiles, que el artículo 1957 del Código Civil denomina “poner algo en común, con el fin de dividir entre sí los beneficios que de ello provenga”.

El componente consensual en el contrato civil, trae aparejadas ciertas características de la sociedad colectiva civil.

1. Sociedad personalista de trabajo: Pues los socios —según lo dispuesto por el artículo 1965 del Código Civil- se comprometen a intervenir personalmente en las actividades sociales. Así en principio todos tienen que trabajar y el aporte esencial es el trabajo, pues los socios no necesariamente pueden aportar dinero o efectos, sino trabajo o servicios apreciables en dinero. El capital aportado no es un componente decisivo o de ingente importancia, pues, el trabajo apreciable en dinero puede considerarse aporte o puesta en común. Tomemos en cuenta el artículo 1973 del Código Civil.

2. Sociedad totalmente personalista: En razón de que el factor confianza entre los socios determina su constitución. Un socio no puede incluir a un tercero o a un ajeno a la sociedad, sin consentimiento de sus consocios. El artículo 1992 del Código Civil es definitivo al respecto: “Art. 1992.- Ningún socio, aún ejerciendo las más amplias facultades administrativas, puede incorporar a un tercero en la sociedad, sin consentimiento de sus consocios, pero puede, sin este consentimiento, asociarle a sí mismo”.

3. Todos los socios tienen derecho a administrar la sociedad, de acuerdo al artículo 1965 del Código Civil.

4. La incapacidad superviniente, la insolvencia de los socios, la muerte de cualquiera de los socios, así como, el consentimiento unánime de estos, constituyen causas de disolución de la sociedad.

Ciertamente, que el contrato de sociedad en nombre colectivo, propiamente dicho, constituye un acto de naturaleza consensual, en cuanto al pacto de voluntades concurrentes y dispuestas a contratar. Sin embargo, analicemos la voluntad de la Ley: El artículo 1957 del Código Civil al definir a la sociedad, consigna que es un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común y a su vez, el artículo 1959 dispone que los socios deben poner en común o aportar dinero o efectos, ya en una industria, servicio o trabajo apreciable en dinero, es decir, que las aportaciones van a constituir en patrimonio de la sociedad, así quien aporte dinero, lo hará sin ninguna solemnidad o formalidad mayor, quien aporte efectos, tales como bienes inmuebles — registrados y archivados en el Registro de la Propiedad Cantonal- cuya propiedad debe establecerse, ausencia de gravámenes, etc, deberá hacerlo, recurriendo a instrumentos públicos probatorios y referentes a dichos bienes, con lo cual la solemnidad aparece, ciertamente no en lo atinente al contrato de sociedad en sí, sino respecto a aquello que se pone en común o aportaciones individuales de los socios.

Quien aporta una industria maderera a la sociedad deberá hacerlo con las formalidades descritas, notariales y solemnes del caso, a diferencia de quien aporte su trabajo que no necesita tal requisito. Quien aporte sus servicios intelectuales apreciables en dinero —es decir por ejemplo, publicaciones de obras científicas- necesita su registro nacional de derecho de autor. Así, las solemnidades también se hacen presentes en el espacio de las aportaciones o puestas en común, pues y en definitiva, podemos concluir que si bien es cierto, la consensualidad es la única solemnidad o único requisito en este sentido, no es menos cierto que, la calidad jurídica de los aportes de los socios varía y por ende cada aportación tiene su régimen jurídico propio, en lo atinente a solemnidades.

### 2.1.2.5.- Teoría de la inexistencia jurídica

La inexistencia jurídica: Concepto: La inexistencia es la sanción que tienen los actos celebrados con omisión de uno de los requisitos exigidos para su existencia jurídica. En otras palabras, el acto es inexistente cuando falta el consentimiento, el objeto, la causa o las solemnidades establecidas para la existencia del acto. Y toda ya podemos decir con Josserand, que acto inexistente es aquel que carece de un elemento esencial, de un órgano vital, de tal manera que no corresponde a la definición genérica que para él da la Ley. Y así, no puede haber una compraventa sin precio, la sociedad sin que se ponga algo en común, etc.”<sup>14</sup> Es decir la inexistencia es la sanción al acto, convención o contrato carente de esencia

A fin de entender con claridad, la naturaleza de los actos jurídicos o su realidad ontológica y así mismo, sus fines u objetivos, esto es, su realidad teleológica, en cuanto entre los fines (del acto jurídico está el producir efectos, creando vínculos obligacionales entre las partes contratantes o cuasi contratantes, partimos de un supuesto esencial: Que el acto jurídico en cuestión goza de validez y licitud, si el acto jurídico se encuentra dotado de capacidad, consentimiento, objeto y causa lícitos. Así, la existencia, la licitud y la validez se hayan gozando de plenitud.

Ahora bien, sin embargo, cuando por alguna circunstancia sucede que en el acto o contrato faltan o están asuntos uno o más de los componentes necesarios para la existencia del acto jurídico, es decir, si faltase capacidad, consentimiento, objeto lícito y/o causa lícita, en consecuencia, el acto jurídico carecería de vida jurídica o existencia ante los ojos del Derecho: es inexistente. Apreciemos que, cuando hablamos de estos cuatro elementos básicos para un acto jurídico, nos referimos a dicho acto jurídico en cuanto a los requisitos o componentes necesarios para su existencia, más no, para su validez, puesto que el concepto validez atañe a la facultad de un acto jurídico para crear o producir efectos jurídicos, en cuanto tal acto ya exista en Derecho.

---

<sup>14</sup>VODÁNOVIC, Antonio. Curso de Derecho Civil. 1993 Tomo IV. Fuentes de las Obligaciones. Editorial Nacimiento. Pág. 312

Pero si faltasen uno o más de los componentes esenciales, para que el acto jurídico exista, sencillamente el acto no existe en términos jurídicos y menos aún le será posible provocar efectos entre las partes. Así, consideremos en primer lugar, que la inexistencia de los actos jurídicos tiene un carácter punitivo o castigador por parte del Derecho. La inexistencia es en primer lugar, una sanción, una pena, un castigo impuesto por el Derecho ante la falta o ausencia de unos o más de los cuatro componentes básicos sobre los cuales se construye el edificio de la existencia de los actos jurídicos.

Precisamente ese concepto rector de naturaleza punitiva, inspira a lo dispuesto por el artículo 1959 del Código Civil: “No hay sociedad, si cada uno de los socios no pone alguna cosa en común, ya consista en dinero o efectos, ya en una industria, servicio o trabajo apreciable en dinero.

Tampoco hay sociedad sin participación de beneficios.

No se entiende por beneficio el puramente moral, no apreciable en dinero.”

Disposición esta, que se encuentra fortalecida con lo dispuesto por el artículo 1961 del Código Civil:

Si se formare de hecho una sociedad que no pueda subsistir legalmente, ni como sociedad, ni como donación, ni como contrato alguno, cada socio tendrá la facultad de pedir que se liquiden las operaciones anteriores y de sacar sus aportes.

Esta disposición no se aplicará a las sociedades que son nulas por lo ilícito de la causa u objeto, respecto de las cuales estarán a lo dispuesto por el Código Penal.

El artículo 1961 es muy claro: Es posible que existan sociedades de hecho, pero no de Derecho, no con una naturaleza, no con una existencia jurídica. Igualmente, es posible que existan sociedades nulas por lo ilícito de su objeto o causa. Así, la Ley reconoce que una sociedad civil existe, pues tiene objeto o causa, pero la Ley no reconoce a aquella sociedad, la facultad de surtir efectos o crear vínculos obligacionales entre las partes, por ello es nula, pues su Validez Jurídica está lesionada por un vicio capital. La ley no niega existencia, la ley niega validez a aquella sociedad que posee causa u objeto ilícitos. Afirmábamos anteriormente no existe como ente económico legal.

“En el contrato de sociedad, dice igualmente el artículo que no hay sociedad, si cada uno de los socios, no pone alguna cosa en común, ya consista en dinero o efectos, ya en una industria, servicio o trabajo apreciable en dinero. Este requisito es esencial a la existencia de la sociedad, como también lo es, la participación de beneficios: No se trata de una sociedad nula, cuya nulidad absoluta sea necesario declarar para que cesen los efectos del contrato, sino de una sociedad que carece de existencia jurídica.”

Además de lo anterior, precisemos que la inexistencia jurídica o de los actos jurídicos capitalmente se refiere siempre a la ausencia o falta de los componentes básicos, no para que el acto jurídico surta efectos o sea válido, sino para que el acto jurídico posea existencia o vida jurídica. De tal manera, que existencia y validez constituyen dos conceptos. Así tampoco tendremos compraventa sin determinación de precio y cosa, como tampoco promesa de venta sin precio.

Analicemos: El artículo 1461 del Código Civil dispone u ordena:

“Para que una persona se obligue por un acto o declaración de voluntad es necesario.” Cuando la Ley habla de obligarse, la Ley está hablando de la creación o generación de actos jurídicos que van a nacer a la existencia tanto por el amparo de la ley como por la decisión de las voluntades humanas, es decir el obligarse implica crear actos jurídicos u otorgarles existencia, por ende, al existir tales actos y ajustados a Derecho, van a provocar efectos jurídicos o validez, de allí que los requisitos a los cuales se refiere el artículo 1461 del Código Civil, pertenecen a la existencia de los actos jurídicos, puesto que, en primer lugar, debe existirse, para luego producir efectos o tener validez los actos jurídicos.

Así, el artículo 1740 del Código Civil señala que: “La venta se reputa perfecta desde que las partes han convenido en la cosa y en el precio. Salvo las excepciones siguientes.”

En primer lugar, 1740 está ubicado en el párrafo titulado “Forma y Requisitos del Contrato de Venta” esto es, los requisitos, los componentes o las exigencias básicas de la Ley, para que el contrato (la compraventa exista y luego de existir se vea adornado de validez. En segundo lugar, si la venta ante la Ley, se considera perfecta,

únicamente desde que las partes contratantes han pactado cosa y precio, entonces, aquella venta no tendrá ser jurídico o existencia, sino desde que tal pacto o convenio se de u ocurra y antes no. El artículo 1714 del Código Civil establece: “Si los contratantes estipularen que la venta de otras cosas de las enumeradas en el inciso segundo del artículo precedente no se reputa perfecta hasta el otorgamiento de escritura pública o privada podrá., cualquiera de las partes retractarse, mientras no se otorgue la escritura o no haya principiado la entrega de la cosa vendida.” Recordemos que nuestro Código Civil es romanista, por lo que el contrato no transfiere el dominio esta transferencia es producto de la tradición la que a su vez es una convención, en este caso extintora de obligaciones. Diferente es el derecho civil francés donde el contrato por si transfiere el dominio.

En virtud del artículo 1714 la venta —si es que así fuese la voluntad de los contratantes- no será perfecta, no existirá ante los ojos del derecho, hasta tanto las partes no otorguen una escritura pública o privada contentiva de aquel acto o contrato y por ello, es que la compraventa existirá jurídicamente a partir del otorgamiento en cuestión. No olvidemos el artículo 1461 del Código Civil, al establecer que es necesario para obligarse la capacidad legal, el consentimiento libre de vicios, el objeto lícito y la causa lícita, de allí lo siguiente:

“No hay, por lo tanto, que confundir la falta absoluta de objeto que impide el perfeccionamiento del acto, con el objeto ilícito que permite ese perfeccionamiento con el vicio de la nulidad: Si falta el objeto, el acto no llegará a existir cualquiera que sea el tiempo que transcurra; si el objeto es ilícito, no se podrá pedir la declaración de la nulidad absoluta del acto, pasados los diez años, ya que la acción ordinaria prescribe, empero el acto o contrato no se saca sino después de quince años. Salvo que la ley declare nulo el acto o contrato.” Es también necesario que el acto tenga una causa, para que pueda existir. Se entiende por causa, el motivo que induce al acto o contrato, así la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa. Más adelante veremos lo que deben entenderse efectivamente por causa. Por el momento, observamos que sin causa no puede existir acto o contrato.

Si el acto o contrato tiene una causa; pero esa causa es ilícita, es decir prohibida por ley o contraria a las buenas costumbres o al orden público, la causa es ilícita, el acto

existe, aunque nulamente y su nulidad sea también absoluta. La falta de causa producirá la inexistencia del acto cualquiera que sea el lapso del tiempo; la causa ilícita producirá la nulidad absoluta del acto que saneará el lapso de quince años, sino se pide antes que se cumpla, la declaración de nulidad.” En virtud de todo lo anterior, es posible establecer lo siguiente: La inexistencia de los actos jurídicos o inexistencia jurídica constituye el grado máximo de ineficacia o ineficiencia de los negocios o actos jurídicos en general y particularmente en los contratos que son los principios de los actos jurídicos, en cuanto tales negocios, actos o contratos no se han producido ante el Derecho o que no pasan a ser una mera apariencia. Precisamente de allí que, la inexistencia jurídica implica equipararla o igualarla con la NADA esto es, lo que no existe, no es nada y por ello, no tiene importancia o valor en Derecho y menos aún surtirá efectos jurídicos, ya que sabido es que de la nada, nada sale. El artículo 1460 del Código Civil señala que se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de naturaleza y las puramente accidentales. Así, en igual forma, este artículo determina que son de la esencia de un contrato, aquellas cosas sin las que surte efecto alguno o degenera en otro contrato diferente

Ante aquella definición jurídica, es menester precisar que: La Ley en el artículo 1460 debería ser más taxativa y elocuente, en cuanto al faltar los requisitos esenciales de un contrato en realidad no se trata de que no produce efecto alguno al contrato, sino que sencillamente aquel contrato carece de existencia y componentes esenciales, esto es aquello que le permiten vivir, aquellos que le insufla vida, ser o existencia jurídica. Por ende si el contrato carece de vida jurídica, obviamente no está el contrato y no genera efecto alguno.

El artículo 1697 del Código Civil señala que es nulo todo acto contrato a que falta algunos de los requisitos que la Ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según la especie y la calidad y el estado de las partes, es decir, la Ley no expresa que el acto o contrato sea nulo si falta alguno de los requisitos exigidos para su existencia sino que se refiere a requisitos prescritos o definidos para el valor, es decir, para la validez del acto o contrato y a su vez al hablar de validez hablamos de la capacidad del acto o contrato para generar o surtir efectos, pero no hablamos de la existencia misma del acto o contrato.

Es decir que la Ley Sustantiva Civil si ha diferenciado en este artículo, la existencia y la validez de los actos jurídicos, al referirse a la nulidad en cuanto concepto antónimo de la validez.

Así mismo, es necesario establecer que: El actual Código Civil Ecuatoriano, si bien es verdad que legisla expresamente y que de manera exclusiva sobre la nulidad y la rescisión, aparentemente sin preocuparse de la inexistencia de los actos jurídicos, sírvanos como criterio rector la doctrina sostenida por el tratadista chileno Luís Claro Solar: “Es cierto que el Código habla especialmente de la nulidad de los actos jurídicos al tratar de la declaración de la nulidad y rescisión como medio de extinguir las obligaciones, pero esto no significa que los actos inexistentes queden comprendidos entre los actos nulos, pues los actos inexistentes no producen obligaciones y no puede, por lo mismo, tratarse de la extinción de las obligaciones con respecto a tales actos que no las producen.”<sup>15</sup>

Realmente, cuando el artículo 1697 del Código Civil expresa o dispone que es nulo todo acto o contrato a que falta algunos 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 a su vez, el artículo 1698 del Código Civil cataloga como absoluta a la nulidad producida por un objeto o causa ilícitos y a la producida por la omisión de un requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, sucede que la Ley da por supuesto, da como componente previo, el que se de actos o contratos existentes que han llegado a perfeccionarse y producir obligaciones y que tienen objeto y causa.

De allí que la ausencia de un instrumento público en los actos o contratos en que las leyes requieren esa solemnidad para su perfeccionamiento jurídico, hace que se miren en Derecho Civil, como no ejecutados o celebrados y no tanto como nulos, es decir, la falta de solemnidad impide o evita la existencia del acto o contrato: Art. 1718 del Código Civil:

---

<sup>15</sup>VODÁNOVIC, Antonio. Curso de Derecho Civil. Tomo IV. Fuentes de las Obligaciones. 1993. Páginas 319 – 320. Editorial Nacimiento.

“La falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la Ley requiere esa solemnidad; y se mirarán como no ejecutados o celebrados, aún cuando en ellos se prometa reducirlos a instrumento publico dentro de cierto plazo, bajo una cláusula penal. Esta cláusula no tendrá efecto alguno.”

Finalmente es cierto que, el Código Civil sanciona o penaliza con la nulidad absoluta a los actos y contratos de los absolutamente incapaces (artículo 1463) debiendo sancionarlos con la inexistencia, si es que esta, tuviese una distinción frente a la nulidad, hecha por el Código y que no la tiene, es preciso determinar el por qué el Código aplica la nulidad y no la inexistencia: “La incapacidad absoluta o natural de los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito, deviene de su falta de discernimiento e imposibilidad de tener y manifestar su voluntad consiente. En el hecho, esta clase de personas no consienten en el acto o contrato que ejecutan o no pueden dar a conocer su verdadera voluntad y podría decirse que falta en el acto o contrato el consentimiento y no puede perfeccionarse, pero, como pueden aparentemente consentir, la Ley expresamente declara que adolece de nulidad absoluta el acto o contrato de las personas absolutamente incapaces y había dicho ya que sus actos no producen ni aun obligaciones naturales.”<sup>16</sup>

Ahora, sin lugar a dudas, el Código Civil Ecuatoriano, en realidad, no se ha preocupado de legislar ex profeso sobre la inexistencia jurídica o de los actos jurídicos, puesto que desde el artículo 1697 hasta el artículo 1714 en el título vigésimo del cuarto libro, se consagra “la nulidad y la rescisión”. Pero, no olvidemos que el Código ha precisado todo el desarrollo de Derecho Positivo, sobre la nulidad y rescisión, en cuanto constituyen modos de extinguir las obligaciones y para extinguir, es preciso existir, tener ser, tener vida jurídica, así las obligaciones existen y por ende se extinguirán vía nulidad y rescisión, es decir, el Código Civil parte de la base de existencia previa de los actos y contratos y por consiguiente, no parte de que los actos no existen, por faltar algún requisito o componente básico para su existencia, según los consignados por el artículo 1461 del Código Civil y estos a su vez, procede de que

---

<sup>16</sup>VODÁNOVIC, Antonio. Curso de Derecho Civil. Tomo IV. Fuentes de las Obligaciones. 1993. Página 320. Editorial Nacimiento.

el Código asimila o considere iguales, tantos como requisitos básicos para la existencia como para la validez de los actos o contratos, de los cuatro componentes del artículo 1461 del Código Civil.

Sin embargo de lo anterior, hemos apreciado, como, tratadistas y estudiosos se inclinan por sostener la inexistencia de los actos y contratos como una realidad del Derecho Civil, es más, hemos establecido legislación vigente en el Código Civil Ecuatoriano, que hace muy respetable la creencia de la inexistencia dentro del ordenamiento jurídico nacional, sin olvidar la necesidad tal vez de actualizar en el Código la teoría de la inexistencia, a fin de que posea un carácter institucional homogéneo y no sean disposiciones distantes y dispersas.

## **2.1.6.- Diferencias entre nulidad e inexistencia de los actos jurídicos**

### **2.1.6.1. La Nulidad: sus bases conceptuales y legales**

El artículo 1583 del Código Civil establece que las obligaciones se extinguen en todo o en parte:

‘No. 9.- Por la declaración de nulidad o por la rescisión’ es decir, la Ley no habla de la nulidad o de la rescisión, para extinguir las obligaciones, sino de la declaración de aquella nulidad o rescisión, por lo cual, la nulidad y rescisión de los actos jurídicos debe declararse, en cuanto ambas constituyen modos de extinción de las obligaciones y así sucede que si las obligaciones se extinguen, es porque previamente existen o existieron, puesto que aquello que jurídicamente no existe, no es posible extinguir por los mismos medios jurídicos. Recordemos que para extinguir las obligaciones primero debieron nacer ya sea de una convención o contrato, un cuasi contrato, un delito, un cuasi delito o de la ley.

“Nulidad es la sanción legal establecida para la omisión de los requisitos y formalidades que se prescriben para el valor de un acto o declaración de voluntad según su especie o la calidad o estado de las partes.”<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup>VÉLEZ, Fernando. Estudio sobre Derecho Civil Colombiano. Página 15. Edición Segunda 1984.

El artículo 1697 del Código Civil determina: “Art. 1697.- Es nulo todo acto o contrato a que falta algunos 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.”

El artículo 1698 del Código Civil señala: “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 así mismo nulidad absoluta en los actos de contratos de personas absolutamente incapaces; Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa y da derecho a la rescisión del acto o contrato. Ahora bien, tenemos que no menciona a la esencia del acto, convención o contrato, será porque es nulidad relativa la cual es saneable o porque la ausencia de la esencia se sanciona con la inexistencia jurídica del mismo, claro está que es por lo último. A su vez, los artículos 1699 y 1700 del Código Civil complementan y perfeccionan la nulidad, desarrollándola a través de sus dos especies: Absoluta y relativa, sin perjuicio de las nulidades legales las cuales ni se sanean por el decurso del tiempo ni por la ratificación. Este tipo especialísimo de nulidad la tenemos en artículos... Art. 95 numerales 1, 3, 6, 7; el artículo 1735 entre otros.

“Art. 1699.- La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el Juez aún sin petición de parte, cuando aparece de manera en el acto y contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba; puede así mismo, pedirse por el Ministerio Público, por el 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.”

“Art. 1700.- La nulidad relativa no puede ser declarada por el juez sino a pedimento de parte; ni puede pedirse por el Ministerio Público en solo interés de la Ley; ni puede alegarse sino por aquellos en cuyo bien la han establecido las partes o sus herederos o cesionarios; ni puede sanearse por el transcurso del tiempo o por la ratificación de las partes.”

Así, en virtud de lo dispuesto por la Ley, si el requisito condicionante, es exigido según la naturaleza o especie del acto o contrato o declaración de voluntad, entonces existe con una omisión o ausencia, nulidad propiamente dicha. Si es exigido en atención a la calidad o estado de las partes, el acto o contrato es simplemente anulable y puede ser rescindido. Lo anterior lo establece el artículo 1697 del Código Civil al definir lo que es el acto o contrato nulo y diferenciar la nulidad absoluta de la nulidad relativa.

De allí que el acto o contrato puede adolecer de vicios o defectos que pueden dar lugar a una acción de nulidad o una acción de rescisión constituyendo los primeros más graves que los segundos, pero en uno y otro caso se trata de actos y contratos que tienen existencia jurídica, sin embargo, estos actos adolecen de una mortal enfermedad que debe ser declarada, pues no tiene curación; O una enfermedad de menor gravedad que puede dar lugar a que el acto o contrato sea anulado, pero que si es posible que sea saneado por el transcurso de cierto lapso o por la ratificación de las partes, pues se trata de una enfermedad curable.

No olvidemos que nulidad y rescisión cabe en el plano de la extinción de las obligaciones y en cuanto a tal extinción, ocurre que la nulidad por sí misma no la produce sino que es la declaración de nulidad o rescisión aquella que produce tal nulidad o tal rescisión, luego de declarado nulo o rescindido el acto o declaración de voluntad que le daba nacimiento. El artículo 1583 del Código Civil, no expresa por ello, que las obligaciones se extinguen por la nulidad o por la rescisión de ella, sino que se extinguen por la declaración de nulidad o por rescisión, porque mientras esa declaración no se efectúa, el acto o contrato está produciendo efectos

Mientras la declaración de la nulidad no se ha dado, en realidad, el acto o contrato existe con el vicio, el defecto, la imperfección, que puede ocasionar su muerte y entonces es cuando el acto o contrato imperfecto desaparezca frente a la declaración de nulidad, que se producirá la extinción de las obligaciones hacia aquel acto que le servía de fundamento.

En efecto, según la Ley, se declara nulo o se rescinde un acto o contrato que tiene existencia jurídica y dicha declaración tiene precisamente por objeto, evitar que produzca efectos que se darían en franca contradicción a las normas jurídicas que ha determinado tal SANCIÓN. Aparece aquí un criterio muy importante: El carácter

punitivo o castigador que la Ley asigna a la nulidad, es decir, se trata de una pena jurídica: “nulidad es la sanción legal establecida para la omisión de los requisitos y formalidades que se prescriben para el valor de un acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes. Nulidad absoluta es la sanción legal impuesta a los actos celebrados con omisión de un requisito exigido en consideración a su natural especie.

Nulidad relativa es la sanción legal impuesta a actos celebrados con prescindencia y un requisito ex en atención a la calidad o estado de las partes.”<sup>18</sup>

La nulidad en su concepto y su naturaleza jurídica, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1697 del Código Civil, debemos entenderla como un estado especial del acto o contrato que se opone a la validez de todo acto o contrato más no a su existencia y se necesita ser declarada pues a partir de aquella declaratoria es que la nulidad funciona y así, el acto o contrato nulo no produce efectos obligacionales entre las partes.

Una de las más importantes partes legales de la nulidad, es determinada por el artículo 9 del Código Civil: “Art. 9.- Los actos que prohíbe la Ley son nulos y de ningún valor. Salvo en cuanto designe expresamente otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención”

Partamos de la base, que los actos prohibidos por la Ley, constituyen actos contrarios a la Ley, conductas humanas que ofenden y desconocen a Ley, por ende tales actos, carecen del amparo y la defensa que las normas jurídicas ofrecen a todo acto desarrollado dentro de los límites y cánones que la Ley ha creado. Así pues, se trata de actos que podemos calificar de conductas contra-*legem* o contrarias a los supuestos por la Ley y como tal, prohibidos de realizarse según la voluntad legal. Es allí, cuando la propia Ley sanciona o penaliza las conductas contra-*legem* con la nulidad de tales actos o conductas injurídicas.

Es decir, que tales actos prohibidos por la Ley de ser efectuados, al ser nulos, carecerán de efectos jurídicos obligacionales entre quienes los realicen y carecerán además de la facultad de crear aquellos vínculos jurídicos: La nulidad —que nace de

---

<sup>18</sup>VODÁNOVIC Antonio. Curso de Derecho Civil. Tomo IV. Fuentes de las Obligaciones. Página 321. 1993. Editorial Nacimiento.

la Ley- está plenamente configurada en su aspecto punitivo: “Según esto, si la Ley no expresa la sanción de la nulidad o no indica otro efecto que la nulidad para el caso de contravención a sus preceptos prohibitivos, la sanción será la nulidad absoluta porque habrá objeto ilícito en la ejecución de un acto que la Ley prohíbe.”<sup>19</sup>

Ciertamente que la nulidad absoluta o relativa de los actos jurídicos imperfectos, constituyen una sanción que la Ley impone a tales actos. Sin embargo, el Código Civil en todas las bases legales invocadas y analizadas, no habla de que los actos nulos, constituyen actos que no existen. En realidad, surge la interrogante: ¿Es posible afirmar que lo nulo no existe? Frente a ello, cabe responder: Si un acto o declaración de voluntad tiene la calidad de nulo, es porque ha nacido y existe como un vicio o defecto ante la Ley y por consiguiente, no es posible afirmar o decir que es la nada o la falta de existencia del acto en cuestión.

El acto o contrato que no se ha perfeccionado, que no se ha realizado plenamente en Derecho, sencillamente no es tal acto o contrato: No es acto o contrato nulo. Sostener que lo nulo no produce efecto, no es sostener que lo nulo es la nada, sino que no puede producir los efectos de un acto válido.

La Ley impone la sanción de la nulidad absoluta de acto o contrato nulo y precisamente por eso, no se refiere a la omisión de requisitos exigido para el perfeccionamiento del acto o contrato. De allí que podemos sostener que la Ley habla de inexistencia en estos casos, más que de nulidad, puesto que, en realidad el acto o contrato que adolece del vicio de la nulidad absoluta que existe con este vicio la Ley si bien reconoce su existencia por un lado, en cambio por otro lado, la propia Ley no conserva, ni sostiene, ni ampara a dicho acto, en forma alguna.

Así comienzan a configurarse los grandes conceptos: Nulidad e inexistencia de los actos jurídicos. No olvidemos entonces, que la nulidad al ser un concepto jurídico opuesto a la validez y que implica el que la Ley reconozca a la existencia de un acto o contrato viciado, dicha nulidad significará la omisión o la falta de los requisitos legales

---

<sup>19</sup>VODÁNOVIC, Antonio. Curso de Derecho Civil. Tomo IV. Fuentes de las Obligaciones. Página 570. 1993. Editorial Nacimiento.

que integran a un acto jurídico válido, siendo tales requisitos generalmente aceptados: Capacidad legal, consentimiento libre de vicios, objeto y causa lícitos.

Así, al haber dos conceptos diferenciados entre nulidad e inexistencia veamos en qué consisten tales diferencias.

### **2.1.6.2 Grandes diferencias entre nulidad e inexistencia de los actos jurídicos**

En primer lugar, es necesario establecer que todo acto, contrato o declaración de voluntad, necesita para su existencia jurídica o perfeccionamiento, el que confluayan o concurren de manera unánime, ciertos requisitos dispuestos por la Ley, teniendo en cuenta que todo acto o convención o contrato deben distinguirse las “cosas” que le son esenciales, naturales o accidentales.

Precisamente, en virtud de lo anterior es que para que el acto jurídico exista es inevitable e indispensable que concurren aquellas cosas (componentes del acto jurídico en realidad) que resultan esenciales a dicha existencia.

En tanto que, a fin de que el acto jurídico tenga y goce de pleno valor jurídico o produzca los efectos que deben producir según su clase, es preciso que se encuentre libre o exento de vicios.

Por todo lo anterior es que, si falta uno de los componentes o cosas esenciales a su existencia, el acto no puede jurídicamente existir y tampoco le es posible producir efecto alguno: ES LA NADA.

En tanto que, si falta un requisito necesario para la validez del acto o contrato, tal acto existe realmente con el vicio o defecto: Es un acto nulo, pero no es un acto inexistente

“No es lo mismo la nada que la nulidad. La nada es la no-existencia y su sanción es la misma no-existencia que ha hecho imposible del perfeccionamiento del actos la

producción de algún efecto; La nulidad es la sanción del vicio que el acto adolece; El acto es nulo, de nulidad absoluta, o es rescindible por ser nulo relativamente.”<sup>20</sup>

El artículo 1460 del Código Civil es definitivo sobre este tema, puesto que establece el que, si falta una de las cosas esenciales al perfeccionamiento de un contrato, este no surte efecto alguno o degenera en otro contrato diferente: pero la Ley no establece que el contrato al cual falte aquella cosa o requisito esencial, sea nulo.

El artículo 1697 del Código Civil manifiesta de manera inequívoca y expresa que, es NULO todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la Ley prescribe para el valor del acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes: Es decir, la Ley no señala que el acto o contrato sea nulo si faltase alguno de los requisitos exigidos para su existencia, sino que se refiere a requisitos prescritos o referentes para el valor o la validez del acto o contrato.

Precisamente gracias a lo anterior, es que podemos determinar que un acto o declaración de voluntad puede hallarse en tres situaciones jurídicas distintas y determinadas claramente:

- a) La inexistencia jurídica del acto o contrato por no haberse podido perfeccionar por falta o ausencia de una de las cosas o componentes esenciales a su existencia legal
- b) La nulidad absoluta por adolecer un vicio que afecta a la validez en sí misma del acto o contrato de acuerdo a su naturaleza jurídica o realidad ontológica
- c) La nulidad relativa, por adolecer un vicio o defecto que lesiona o afecta a la validez del acto o contrato en relación con la calidad o estado de las partes intervinientes en tal acto.

Así en razón de las tres situaciones jurídicas antes mencionadas y diferenciadas, establezcamos lo siguiente, con relación a la nulidad y a la inexistencia de los actos jurídicos: Si la falta o ausencia de alguno de los requisitos que la Ley prescribe para el valor del acto o contrato, ocasiona la nulidad de aquel acto o contrato, a su vez, la

---

<sup>20</sup>VODÁNOVIC, Antonio. Curso de Derecho Civil. Tomo IV. Fuentes de las Obligaciones. 1993. Página 560. Editorial Nacimiento.

ausencia de uno de los requisitos que la Ley establece como esenciales a perfeccionamiento jurídico del acto o contrato, genera su total inexistencia.

Es posible creer o considerar con firmeza, que la distinción entre nulidad e inexistencia, se deduce de los términos del propio artículo 1697 del Código Civil es más, es posible creer que tal distinción ha sido olvidada al analizar él o los conceptos de que el Código Civil al expedir normas sobre la nulidad, ha utilizado este vocablo tan jurídico para referirse a aquello que no produce efectos y que también no existe en Derecho.

Real y objetivamente entendido, concluimos en que el Código Civil no ha establecido en parte alguna el que, acto o contrato nulo y acto o contrato inexistente, constituyan la misma cosa o tengan el mismo concepto para ambos. El Código Civil recurre a la palabra, al vocablo, nulo y nulidad, para significar el vicio, defecto o imperfección de que adolece según su especie, un acto o contrato que existe previamente y divide a la nulidad relativa o atinente respecto a ciertas personas específicas y absoluta, la cual es atinente respecto a todas esas personas o erga omnes.

Creemos que las diferencias más importantes y evidentes entre nulidad e inexistencia son las siguientes:

PRIMERA: La nulidad debe ser declarada por los tribunales de justicia; la inexistencia, no necesita tal declaración. Sin embargo, en ambos casos es preciso recurrir a los tribunales.

El objetivo o fin que se desea conseguir con la declaración de nulidad es que las partes vuelvan o regresen al estado en que se encontraban antes de la celebración del acto o contrato o declaración de voluntad. Para lo cual, es preciso previamente obtener la declaratoria de nulidad y en razón de ella, solicitar al juez el regreso o retorno del anterior estado.

La inexistencia tiene otra realidad: ella autoriza o permite directa e inmediatamente para exigir la vuelta o regreso al estado anterior a la celebración del acto o contrato que ante la Ley, no existe: en una compraventa sin precio y por ende inexistente, el interesado podrá solicitar al juzgador, de inmediato, la restitución de la cosa,

ejercitando la acción reivindicatoria, de similar manera que el dueño de una cosa singular cuya posesión ha sido arrebatada.

En esta primera diferencia, resultan muy importantes las disposiciones de los artículos 1704 primer inciso y 1706 del Código Civil, donde el primero es sumamente claro:

“Art. 1704.- La nulidad pronunciada en sentencia que tiene fuerza de cosa juzgada a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo sin pe de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.”

A su vez, el artículo 1706 complementa lo anterior:

‘Art.- 1706 La nulidad judicialmente declarada da acción reivindicatoria sin pe de las excepciones legales.’”

SEGUNDA: El acto inexistente no produce o genera efecto alguno. En tanto que el acto nulo mientras su defecto no es declarado judicialmente, produce todos sus defectos. Posiblemente, ésta diferencia constituye un de las más importantes o la más importante como tal.

TERCERA: Al acto inexistente no es posible sanearlo o perfeccionarlo por el transcurso del tiempo. Con respecto al acto nulo, si es posible.

CUARTA: A un acto inexistente no es posible ratificarlo por la sola voluntad de las partes, puesto que, ni siquiera existe una base legal para ello, ya que la nada no puede, mediante la confirmación, devenir o transformarse en existencia; la nada confirmada continúa siendo la nada.

En tanto que la nulidad relativa puede ser saneada por la ratificación de las partes o por el transcurso del tiempo. Así lo dispone el artículo 1700 segundo inciso del Código Civil.

Empero, la nulidad absoluta, al igual que la inexistencia, no puede sanearse por la ratificación de las partes. El motivo de la imposibilidad es distinto: la nulidad absoluta, no es posible sanearla por la ratificación, pues se trata de una institución de orden

público, establecido, no tanto en interés de las partes, sino en interés de la moral y de la Ley.

QUINTA: La nulidad puede alegarse como acción o excepción dentro del Proceso. La inexistencia puede alegarse, únicamente como excepción.

“Acción de nulidad de un contrato, puede constituir el objetivo de un juicio mientras que ninguna acción existe para hacer declarar la inexistencia de un contrato. El contrato inexistente, en efecto equivale a la nada ¿Puede acaso ser la nada objeto de una acción y constituir materia de un juicio? Pero si la inexistencia de un contrato no puede pedirse, por medio de una acción, puede deducirse como excepción contra el actor (demandante) porque en esta hipótesis el objetivo del juicio lo constituye la demanda del actor y se conoce de la existencia del contrato, no para fallar sobre ella principalmente, sino para su procedencia como medio de rechazar la pretensión de la parte contraria de inexistencia es menester distinguir dos situaciones: 2) El acto jurídico considerado inexistente no se ha cumplido b) El acto inexistente aparece produciendo efectos, como si en la venta de un bien raíz hecha por escritura privada o verbalmente, el inmueble hubiera sido entregado al que se dice comprador. En el primer caso, la parte interesada en la inexistencia del acto jurídico de que se trata, deberá esperar que se pretenda obtener su cumplimiento, por la otra; una vez dicho cumplimiento ante los tribunales ha de sostener que el acto o contrato no existe ni ha existido. En el segundo caso, el interesado deberá proceder de la misma forma que si otro no mediando contrato alguno, hubiere tomado posesión material de un bien raíz. Deducirá la acción correspondiente que se dirija a obtener que ese extraño sea desalojado en su dominio.”

SEXTA Otra significativa diferencia entre nulidad e inexistencia estriba en las personas que están en capacidad de alegar tanto esta como aquella.

De acuerdo al artículo 1699 del Código Civil, la nulidad absoluta puede alegarse por “todo el que tenga interés de ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba”. Más si el artículo permite que la nulidad absoluta sea así mismo, solicitada por el Ministerio Público en interés de la moral o de la Ley.

De tal manera que varios actores o muchos actores intervienen en el proceso de argumentar y lograr que la nulidad absoluta sea establecida.

El artículo 1700 dispone a su vez que, la nulidad relativa tiene que declararse por el juez, siempre a petición de parte, es decir, alguien que tenga especial interés en conseguir del juez, la declaratoria de nulidad relativa. Igualmente, la declaratoria puede ser alegada únicamente por quienes en cuyo beneficio la han establecido las leyes o sus herederos o cesionarios.

Es más la nulidad relativa presenta una situación muy interesante en cuanto al matrimonio y la sociedad conyugal: El artículo 1700 establece que los actos realizados por el marido o 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.

Si uno de los cónyuges realiza actos o contratos relativos a los bienes del otro, sin tener su autorización o representación, se produce igualmente nulidad relativa, que puede alegar el cónyuge que pertenece el acto o contrato.

Sobre quien puede solicitar la declaratoria de inexistencia, la Ley ha guardado silencio. Sin embargo, el artículo 18 del Código Civil regla séptima determina “a falta de ley se aplicaran las que existan sobre casos análogos y no habiéndolos se acudirán a los principios del derecho universal”

Es decir si no hay norma expresa ni tampoco analogía, apoyándose en los principios del Derecho Universal y sus fines, tales como, la justicia, la paz, la seguridad jurídica, etc., es posible establecer que las declaratorias de inexistencia pueden alegarse por cualquier persona capaz en Derecho, por absolutamente todos los capaces e incapaces relativos a través de sus legales representantes, pues la inexistencia constituye una situación anómala que debe ser corregida en homenaje a la juridicidad y pureza de los actos jurídicos.

SEPTIMA La nulidad, absoluta o relativa una vez judicialmente declarada produce efectos únicamente con relación a las partes en cuyo favor se ha declarado, ya que así

lo ha dispuesto el artículo 1707 del Código Civil, al señalar que “cuando dos o más personas han contratado con un tercero la nulidad declarada a favor de una de ellas, no aprovechará a los otros.”

Frente a esta aseveración de la Ley el gran Baudry-La Cantinerie afirma que “tal norma no podría extenderse a la inexistencia, la cual una vez que ha sido judicialmente constatada, permite a todo interesado utilizar y servirse de ella.”<sup>21</sup>

OCTAVA: Esta diferencia se refiere a la consecuencia que conduce el acto nulo y el acto inexistente. Así, el acto nulo produce efectos legales, mientras su vicio o defecto no se declare judicialmente y el acto inexistente, no produce nunca efecto alguno. Pensamos que se trata de una diferencia fundamental.

### **2.1.6.3 La inexistencia y la nulidad**

Por regla general o normalmente, los contratos civiles ecuatorianos, en caso de no cumplir con las prescripciones legales, esto es, los requisitos para su validez contemplados en el artículo 1461 del Código Civil adolecen de la nulidad en cuanto vicio injurídico de todo acto o contrato o adolecen de nulidad absoluta o relativa, según sea que, tales contratos civiles, sean pactados y ejecutados por incapaces absolutos o relativos, al tenor de lo dispuesto por el artículo 1463 del Código Civil.

Nulidad, sea absoluta o relativa, constituye el mecanismo o la fórmula con la cual la Ley sanciona a los actos o contratos defectuosos. En tanto que, la inexistencia ha logrado un escaso desarrollo en el Código Civil Ecuatoriano, frente a los grandes espacios legales alcanzados por la nulidad. Por ello es que, la Ley Sustantiva Civil en muy pocos casos, establece que en un contrato se produzcan como vicios o imperfecciones tanto la nulidad como la inexistencia a la vez, de manera paralela, lo cual es, precisamente el caso del Contrato de Sociedad Civil en Nombre Colectivo, donde la inexistencia no solo que va a aparecer sino que va a configurarse cuando se cumplan los tres supuestos señalados por el Código Civil.

---

<sup>21</sup>“Precis de Droit Civil” Tomo II. Página 387-388 Traducción Española: Ortúzar Enrique. Santiago de Chile. 1938. Memoria de la Prueba. Página 125

Es, en razón de lo anterior, la importancia de tener con claridad las respectivas o correspondientes bases legales que sustentan el Contrato de Sociedad Civil.

El Título XXV del Libro Cuarto del Código Civil, estatuye el Contrato de Sociedad. El artículo 1957 conceptúa que sociedad o compañía es un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común, con el fin de dividir entre sí los beneficios que de ello provengan. La Sociedad forma una persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados.

Establecida así, la existencia y la naturaleza del contrato de sociedad civil, será el artículo 1965 del Código Civil quien precise a aquella sociedad, dándole un aspecto más concreto que el anterior;

Pues el artículo determina o define que la sociedad sea civil o comercial, puede ser colectiva, en comandita o anónima.

Es sociedad colectiva aquella en que todos los socios administran por sí o por un mandatario elegido de común acuerdo, constituyendo lo anterior, a su vez, una respuesta a lo dispuesto por el artículo 1963 del Código Civil: La sociedad puede ser Civil o Comercial.

Son sociedades comerciales las que se formen para negocios que la Ley califica de actos de comercio. Las otras son sociedades civiles.

De lo antes expuesto, apreciamos que la Ley ha definido y establecido, en primer lugar, aquello que es, aquello en que consiste y que se entiende por Contrato de Sociedad Civil en Nombre Colectivo. Es la Ley quien determinó la realidad ontológica del Contrato de Sociedad en cuestión y más aún, la Ley construyó los conceptos y realidades que desarrollan a este contrato, en el universo jurídico actual.

Pero, así mismo, la Ley también d y definió cuando no es sociedad y cuando no hay, no existe sociedad civil colectiva. Es la visión negativa o antónima de la norma jurídica: Tal visión a su vez, va a configurar la inexistencia como realidad de los actos o contratos, reconocida por el Derecho.

El artículo 1959 del Código Civil, dispone que no hay sociedad, si cada uno de los socios no pone alguna cosa en común, ya consiste en dineros o efectos, ya en una industria, servicio o trabajo apreciable en dinero.

Tampoco hay sociedad sin participación de beneficios. No se entiende por beneficio el puramente moral, no apreciable en dinero.

El artículo 1961 del Código Civil dice que si se formare de hecho una sociedad que no pueda subsistir legalmente, ni como sociedad, ni como donación, ni como contrato alguno, cada socio tendrá la facultad de pedir que se liquiden las operaciones anteriores y de sacar sus aportes.

Luego de las normas anteriores y acto seguido, la Ley aplica sobre el contrato de sociedad civil, una visión distinta a la anterior: La nulidad, donde ya no se habla de inexistencia sino de la ausencia de efectos por falta de valor jurídico del contrato de sociedad: El último inciso del artículo 1961 del Código Civil señala que:

‘Esta disposición no se aplicará a las sociedades que son nulas por lo ilícito de la causa u objeto, respecto de los cuales se estará a lo dispuesto del Código Penal’

El artículo 1962 del Código Civil establece: “La nulidad del contrato de sociedad no perjudica a las acciones que correspondan a terceros de buena fe contra todos cada uno de los asociados, por las operaciones de la sociedad que existiere de hecho.”

En realidad lo anterior constituye una curiosa y poco científica mezcla o fusión de nulidad, inexistencia, existencia de hecho y en fin, una serie de imprecisiones jurídicas que al Contrato de Sociedad Civil en Nombre Colectivo, poco o nada lo han favorecido a nivel de técnica legislativa y menos en concepciones jurídicas perfectamente definidas, pues este contrato se ve sometido al vaivén de varias y contradictorias situaciones e imperfecciones jurídicas En todo caso, aquella es la realidad en que se encuentra la sociedad civil en los tiempos actuales.

De allí que, esa fusión o mezcla o imprecisión de situaciones jurídicas, sobre el Contrato de Sociedad Civil en Nombre Colectivo, nos conduzca a la legislación positiva civil, concretamente al artículo 1697 del Código Civil:

‘Es nulo todo acto o contrato a que falta algunos de los requisitos que la L 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’.

A su vez, los artículos 1698, 1699 y 1700 del Código Civil, desarrollan toda una legislación sobre las manifestaciones de la nulidad: Absoluta y relativa, lo cual a su vez desemboca en el artículo 1704 del Código Civil:

‘Esa nulidad pronunciada en sentencia, que tiene fuer de cosa juzgada a las partes Derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; Sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.’

Es evidente que las actuales bases legales del Contrato de Sociedad Civil en Nombre Colectivo, lo ponen o colocan en un estado de imprecisión, de inexactitud, con relación a la nulidad, la inexistencia, la existencia de hecho, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, etc. puesto que resulta poco razonable pensar o creer que un contrato pueda estar ubicado en varias situaciones jurídicas unas, injurídicas otras, de manera paralela o al mismo tiempo, pues de ser así, cabe reflexionar:

¿Cuál de todas aquellas situaciones prevalece sobre el contrato y por qué? ¿Es necesario que el Contrato de Sociedad afronte todas aquellas situaciones jurídicas e injurídicas?

#### **2.1.6.4 Nociones históricas de la inexistencia en el derecho**

Partiendo de las instituciones jurídicas y construcciones Legislativas del Derecho Romano, encontramos, una serie de instrumentos normativos, contenían aquellas instituciones, así, plebiscitos, senadoconsultos, constituciones imperiales, edictos de los Magistrados y respuestas de los Prudentes, además de una importante fuente del Derecho en Roma: la costumbre o mosmaiorum.

La aparición en Roma de la LexTabularum, implica la presencia de las leyes. Por ello entre el siglo noveno y quinto antes de Cristo, se va configurando la Legislación y la iurisprudencia.

Todos estos componentes, logran la creación del *iusciuille* o el Derecho de Roma para los Romanos, a diferencia del *iusgentium*, que era el Derecho que regulaba relaciones entre Romanos y extranjeros.

Con el transcurso de los siglos noveno a primero antes de Cristo y fortalecido el Derecho, aparecerán en Roma, conjuntos de estudiosos y sabientes que van a formular sus propias interpretaciones y análisis jurídicos, aparecen entonces los juristas y las escuelas del Derecho, entre los siglos primero antes de Cristo a tercero después de Cristo.

Será el entorno apropiado, para que el *Pacta Ex Contracta*, se constituya en el régimen más importante del *iuscivile*: validez, nulidad, inexistencia de los actos jurídicos, surgen sobre todo, entre los estudiosos y sabientes latinos, los cuales llevarán sus opiniones a las *legesscriptarum*.

*Nullitatis*, aparece con un concepto fundamental, que gestado en la época de la jurisprudencia clásica, siglos primero y segundo después de Cristo, continuara, en la época postclásica, entre el siglo tercero a sexto después de Cristo.

Contrato, existencia, validez, nulidad, configuran los grandes conceptos del *Tus Contracta*, el cual estará presente en la gran compilación Justiniana del siglo sexto después de Cristo: *Corpus Iurisciuilis*, compuesto por: *Institutiones*, *Digests*, *Codex Nouellae*.

Este documento fundamental en la cultura jurídica de Occidente, será aceptado y receptado, a comienzos de la Alta Edad Media, siglo quinto, sexto y séptimo después de Cristo, a través de otros grandes monumentos legislativos: *Codex Theodosianus*, *Nouellae* y finalmente la *Lex Romana Wisigothorum*

En los reinos cristiano-arrianos de la Península Ibérica del siglo séptimo después de Cristo, aparecerá el *Codex Euricianianus* y la *Lex Visigothorum*. Pero estos grandes textos, conceptuaron y desarrollaron en el *Tus Ciuile*, la teoría de los contratos, su existencia y validez así como su antónimo la nulidad. Poco o nada trataron sobre inexistencia en aquellos contratos. De allí que, así como en Roma fueron los Prudentes y estudios del Derecho que elaboraron teorías sobre inexistencia, algo

similar sucedió en la Europa de la Baja Edad Media, cuando aparezcan las primeras Universidades en el siglo XII y surja la Escuela de Derecho, en Bolonia y luego en París, con sus célebres “Glosadores” y “Posglosadores”, es decir profesores de las universidades que comentaban o glosaban textos jurídicos romanos, justinianeos o visigóticos.

Los estudios jurídicos se incrementan en los siglos medievales y modernos, con una orientación teórico-práctica y el sistema italiano o mositalicum se extiende a todas las universidades de Europa en los siglos XV y XVI. Los humanistas del siglo XVI aplican a los textos jurídicos los métodos filológicos, en lo que se denominó mosgallicus o sistema francés, por ser Francia cuna de estos estudios en los siglos XVI y XVII. Los juristas y estudiosos del Derecho Francés crearan sus propias escuelas de Derecho Civil, en las cuales, entre los siglos XVII y XIX surgirá la tesis de los actos jurídicos inexistentes, para unos y nulos, para otros.

Ese cúmulo de tradición jurídica francesa se concretará con el Código Civil de 1802 o Código de Napoleón, cuya primera estructura era: título preliminar (de la publicación, efectos y aplicación de las leyes) libro primero (de las personas) libro segundo (bienes y modificaciones de la propiedad) libro tercero (diferentes modos de adquirir la propiedad). A su vez, el Código Civil mereció el análisis de doctores y estudiosos franceses, que al estudiar, las Obligaciones y contratos del Derecho Civil, detectaron una serie de silencios en la legislación, respecto a actos de la voluntad, establecidos en contratos o como consecuencias de ellos. Esto, motivó en el siglo XIX, la presencia de varias corrientes de pensamiento jurídico que proclamaban la inexistencia de actos, frente a la nulidad que el Código señalaba, actos inexistentes, como el matrimonio entre dos personas de un mismo sexo, situación no contemplado en el Código.

En el propio siglo XIX, en Italia, doctores empezaron a diferenciar la nulidad de la inexistencia, así que para poder calificar de inválido un contrato tendrá al menos que existir, con lo cual la inexistencia será cosa distinta de la invalidez o nulidad. Juristas italianos como Santoro Passarelli, Cariota Ferrara, elaboran teorías de la inexistencia. Al llegar, a mediados del siglo XIX, el Código Civil a las repúblicas Hispanoamericanas, emerge la figura del venezolano Bello, autor del Código Civil Chileno, modelo de los Códigos Civiles Hispanoamericanos.

Los estudiosos chilenos, sostendrán las tesis de la inexistencia, frente a aquellos que sustenten la nulidad de actos jurídicos, cuando falten los requisitos cardinales para que un acto humano o de la voluntad, sea considerado plenamente un acto jurídico. La divergencia surgirá en que para unos, la falta de estos componentes esenciales dañará a los efectos o vínculos obligacionales de las partes celebrantes del acto o contrato.

En tanto que, para otros juristas, la falta de los componentes fundamentales de un acto jurídico, lesionará a la vida o existencia misma del acto. El único punto de contacto, es que acogiendo lo dispuesto por el Código Civil, aceptan los requisitos que componen un acto jurídico: Capacidad legal, consentimiento o aceptación de las partes, objeto y causa, lícitos y posibles.

Aquella discusión de la doctrina chilena, sobrevivió hasta el siglo XX en lo que a Sudamérica respecta. En tanto que en el mundo español, el Código Civil de fines del siglo XX, utiliza los términos nulidad y anulación así como inexistencia, indistintamente, cuando un acto o contrato, se encuentra en un estado de suma imperfección. Esta situación también dividió la doctrina española, pues unos autores sostienen, que la inexistencia no constituye una expresión de ineficacia, sino que existen solo dos regímenes básicos y típicos de ineficacia negocial que son nulidad y anulabilidad.

En tanto que, otra corriente doctrinaria lucha por reinstaurar la categoría de la inexistencia, como una situación del supuesto de hecho contractual y ha contribuido a la discusión doctrinal sobre las causas o supuestos de nulidad absoluta o anulabilidad u otras formas atípicas de invalidez y ineficacia. Finalmente, en la discusión española, aparece la nulidad, frente a la inexistencia, no solo por la ausencia de uno o más de los componentes fundamentales para configurar el acto, si no que surge la ineficacia proveniente de contravención a las leyes o normas jurídicas.

### **2.1.6.5 Aplicación de la inexistencia en el ordenamiento jurídico – civil ecuatoriano. Proemio**

Luego de estudiar a profundidad la inexistencia en el Contrato de Sociedad Civil en Nombre Colectivo, es preciso establecer varias realidades o situaciones en las cuales está envuelta la inexistencia dentro del ordenamiento o sistema jurídico ecuatoriano y acto seguido. Ofrecer una nueva perspectiva en cuanto a aquello que debe constituir la inexistencia para la ley nacional.

a) En primer lugar, el Código Civil del Ecuador, contempla la Nulidad y la Rescisión en cuanto imperfecciones de los actos o declaraciones de voluntad o de los contratos, en lo atinente a la falta o ausencia de requisitos previstos por la Ley para el valor jurídico de aquellos actos o contratos según su especie y la calidad o estado de las partes.

Allí se encuentra el Título de la “Nulidad y Rescisión” artículos 1697 a 1714 del Código Civil.

b) La Inexistencia, de los actos o contratos, tal cual el Código Civil concibe y estructura a la nulidad, no está normada ni diseñada a cabalidad por la legislación civil objetiva ecuatoriana, no obstante, dicha legislación admite parcialmente y casuísticamente a la inexistencia. Así, la Sociedad Civil en Nombre Colectivo constituirá un caso muy concreto, en el cual se presenta el reconocimiento o la admisión de la inexistencia como imperfección o defecto severo y decisivo que impide la vida jurídica y la plena realización del contrato de sociedad en nombre colectivo.

En realidad, únicamente los artículos 1959 y 1961 del Código Civil se refieren a la Inexistencia dentro del contrato de sociedad. No olvidemos, sin embargo que, la nulidad también afectará a la sociedad civil, acorde al artículo 1962 del Código Civil.

c) Del concurso de todas estas realidades, surge la necesidad científica —a nuestro modo de ver— de una nueva opción que establezca legalmente, a la Inexistencia de los actos o contratos o declaraciones de voluntad, como una realidad jurídica en el país, que ocupe un sitio definido frente a la Nulidad y la Rescisión, considerando que estas últimas y sus respectivas declaraciones, constituyen modos de extinguir obligaciones civiles.

Apreciemos pues, a la Inexistencia de los actos o declaraciones de voluntad o contratos en su real dimensión e importancia y con ello, se habrá dado un gran paso en la formación del Derecho Ecuatoriano.

Surgirá entonces el capítulo “DE LA INEXISTENCIA DE LOS ACTOS O DECLARACIONES DE VOLUNTAD” y las necesarias reformas o modificaciones sustanciales al actual artículo 1461 del Código Civil. Ensayemos y propongamos con entusiasmo lo siguiente:

Artículo 1461 del Código Civil: “Para que un acto jurídico o declaración de voluntad existan así una persona se obligue para con otra, se necesita de manera taxativa lo que sigue:

- a) Voluntad manifestada.
- b) Consentimiento Libre de vicios.
- e) Objeto lícito.
- d) Forma solemne.

Artículo 1462 del Código Civil: “Para que un acto jurídico o declaración de voluntad sea válido y produzca obligaciones entre las partes contratantes, se requerirá de lo siguiente:

- a) Capacidad de los agentes o partes contratantes.
- b) La ausencia de vicios de la voluntad: error, fuerza y dolo.
- e) La ausencia de lesión enorme.
- d) La licitud del objeto.
- e) La realidad de licitud de la causa.
- j) La totalidad de la formas previstas por la Ley.

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

## **“DE LA INEXISTENCIA DE LOS ACTOS O DECLARACIONES DE VOLUNTAD”**

Art. 1.- La falta de uno o más de los requisitos previstos por el artículo 1461 implica la inexistencia o condición ajurídica de los actos o declaraciones de voluntad.

Art. 2.- La inexistencia de los actos jurídicos o declaraciones de voluntad, consiste en una imperfección de dichos actos en cuanto carecen de las condiciones legales para que existan, configurándose, por ello, la calidad ajurídica de los mismos.

Art. 3.- La inexistencia de un acto jurídico o declaración de voluntad, permite y autoriza directa e inmediatamente, el exigir el regreso al estado anterior a la celebración del acto o contrato que, en Derecho, no existe.

Corresponderá al Juez determinar la exigencia de la parte o partes afectadas por la inexistencia.

Art. 4.- Los actos jurídicos o declaraciones de voluntad que adolezcan de inexistencia, no generan efecto obligacional o contractual de ninguna clase entre las partes, aún desde antes de la determinación judicial.

Art. 5.- Créase la determinación judicial de inexistencia según la cual, compete exclusivamente al juez establecer la inexistencia del acto o contrato.

En la determinación, el Juez diferenciará claramente a la inexistencia de la nulidad, respecto de los actos o declaraciones que sean materia de juzgamiento.

Art. 6.- A los actos o declaraciones de voluntad que sean inexistentes, no es posible perfeccionarlos por el transcurso del tiempo, bajo ninguna razón.

Art. 7.- La pura voluntad de las partes, tampoco puede perfeccionar o ratificar a un acto jurídico o inexistente.

Art. 8.- La inexistencia de los actos o contratos podrá alegarse ante el Juez, por parte de cualquier persona capaz en Derecho, así como, por todos los incapaces absolutos y relativos por intermedio de sus representantes legales.

Los actos y contratos de tales incapaces, en los cuales no han faltado los requisitos legales para la existencia, no podrán ser determinados judicialmente inexistentes, sino

de acuerdo a las causas legales en que gozarían de esta posibilidad, las personas capaces y que administran libremente sus bienes.

Art. 9.- La inexistencia, una vez judicialmente determinada, se extenderá o favorecerá a las partes o parte que la alegan y además, a todo aquel que tenga interés en beneficiarse de ella.

Art. 10.- El plazo para solicitar determinación judicial de inexistencia, será de carácter indefinido; las partes siempre estarán en condiciones de requerirla, de ser el caso.

No vale la solicitud de determinación judicial, de quien no es capaz de contratar.

Art. 11.- La inexistencia pronunciada en sentencia con fuerza de cosa juzgada, concede a las partes el regreso al estado anterior a la celebración del acto o contrato inexistente.

Con relación a las partes afectadas por la inexistencia, en la sentencia, el Juez estará a lo dispuesto — en la medida de lo aplicable- a los artículos 1704 inciso segundo y 1705 del Código Civil.

Art. 12.- En cuanto a la inexistencia de los actos o contratos efectuados por el Estado y los entes públicos establecidos en el artículo 118 de la Constitución, serán considerados los mismos, en cuanto personas jurídicas, como incapaces relativos su situación se resolverá según el régimen jurídico de aquella especie de incapaces.

### **2.1.7.- La simulación del acto jurídico**

Inicialmente, el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia define a la palabra “simular” como el “representar algo, fingiendo o imitando lo que no es.”<sup>(22)</sup>; luego, concomitantemente, como una de sus acepciones, define al término “simulación” como la “alteración aparente de la causa, la índole o el objeto verdadero de un acto o contrato”.<sup>(23)</sup>

22”Conforme a la versión en línea, visualizado en internet en el link: <http://lema.rae.es/drae/?val=simulaci%C3%B3n>

23”Conforme a la versión en línea, visualizado en internet en el link: <http://lema.rae.es/drae/?val=simulación>

Ya en el aspecto jurídico, se considera a la simulación del acto jurídico al acto mediante el cual se realizan negocios jurídicos que contienen una declaración de voluntad ficticia o no verdadero, bien porque el acto como tal no existe, o bien porque la real intención de quienes intervienen en el mismo es la de llevar a cabo un acto jurídico de naturaleza jurídica y efectos distinto al celebrado, siendo entonces posible la realización de una simulación absoluta o una simulación relativa -cuestión que será desarrollada más adelante. Dicha simulación no necesariamente debe ser ilegítima, y su procedencia puede provenir de motivaciones diversas personales, patrimoniales, tributarias, entre otras.

Así, FERRARA, citado por SIXTO GUEVARA BRAVO, menciona que “la simulación es la declaración de un contenido de voluntad no real, emitido conscientemente y de acuerdo entre las partes, para producir con fines de engaño la apariencia de un negocio jurídico que no existe o es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo; o el acuerdo de partes de dar una declaración de voluntad a designio divergente de sus pensamientos íntimos, con el fin de engañar inocuamente en perjuicio de la ley o de terceros”.<sup>(24)</sup>

Para que se establezca un acto simulatorio como tal es necesario, al menos, la existencia de dos requisitos:

- Un acuerdo simulatorio propiamente dicho; y,
- La intencionalidad de engaño hacia terceros.

Respecto al acuerdo simulatorio, este es consustancial e intrínseco para la existencia del acto simulado, pues refiere a la voluntad de las partes -es decir, un proceder consiente- de proveer al acto o negocio específico una apariencia jurídica determinada y por ende surtiendo los efectos jurídicos de aquella apariencia, frente a terceros; sin embargo, el trasfondo del acto aparente disfraza una intencionalidad -fáctica y jurídica- distinta a la del acto aparente, la cual es justamente la verdadera intención de los comparecientes al acto.

24” SIXTO GUEVARA BRAVO en “Doctrina. Simulación del Acto Jurídico”, documento digital, visualizado en internet en el link: [http://www.elnotariado.com/ver\\_notas.asp?id\\_noticia=1505](http://www.elnotariado.com/ver_notas.asp?id_noticia=1505).

Así, un ejemplo común de un acuerdo simulatorio y de su intencionalidad es la transferencia del dominio de un inmueble mediante una aparente transacción de compraventa entre las partes –generalmente suelen ser entre familiares o parientes directos- pero que en el fondo se trata realmente de un acto de donación, pues no se realiza en ningún momento el pago real o efectivo del precio del inmueble, siendo generalmente la motivación de estos actos simulatorios el tema pago de impuestos.

En cuanto a la intencionalidad de engaño a terceros, aquello se constituye como un efecto lógico-causal del acto simulatorio, pues justamente se procede a través de aquel para evitar los posibles intereses o efectos que pudieran resultar para un tercero si se procediera con el acto debido pleno sin acudir a la simulación. Ahora bien, cabe señalar que no todo acto simulatorio es ilegítimo, ilegal o necesariamente doloso en cuanto a un tercero; así, los actos simulados con la finalidad de evitar el pago de tributos, disfrazar o distraer el patrimonio de los acreedores, o de arrebatar o menoscabar derechos patrimoniales o de otra índole a terceros, sí se considerarán abusivos y lesivos al ordenamiento jurídico, pues su finalidad será en perjuicio de intereses legítimos de terceros; en cambio los actos tendientes a una disminución aparente del patrimonio para evitar que, por ejemplo, familiares o allegados soliciten constantemente favores de garantías o similares, sin entrar a lesionar o romper los aspectos emocionales, son legítimos en cuanto no estén restringidos por norma jurídica alguna.

#### **2.1.7.1 Clasificación de la simulación en general**

Existen varias clases de simulación de acto jurídico, que básicamente vienen dadas, doctrinariamente, por su intencionalidad o causa, participación, así como por sus efectos. SIXTO GUEVARA BRAVO los identifica y clasifica de la siguiente manera:

##### **2.1.7.1.1 SIMULACIÓN ABSOLUTA:**

En la simulación absoluta, la causa es la finalidad concreta de crear una situación aparente y, por tanto, no vinculante. Por la simulación absoluta se aparenta celebrar un negocio jurídico, cuando en realidad no se constituye ninguno. El negocio jurídico

celebrado no producirá consecuencias jurídicas entre las partes. Nuestra jurisprudencia nacional siguiendo a la teoría clásica de la naturaleza jurídica de la simulación considera a la simulación absoluta cuando no hay voluntad de celebrar el acto jurídico y solo en apariencia se celebra. Un claro ejemplo de la simulación absoluta, será cuando una persona con el fin de engañar a sus acreedores simula enajenar su bienes a otros, a fin de impedir que estos cobren sus créditos; pero en realidad no se transfiere nada y lo único que se busca es aparentar la celebración de tal acto, puesto, que ni la transferencia del bien ni el pago del precio se han concretizado.

Los simulantes quieren solamente la declaración, pero no sus efectos, esto es, se crea una mera apariencia carente de consecuencias jurídicas entre los otorgantes, destinada a engañar a terceros. Hay una declaración exterior vacía de sustancia para los declarantes.

#### **2.1.7.1.2 SIMULACIÓN RELATIVA:**

En la simulación relativa, el fin del negocio simulado sí es el de ocultar al disimulado, o a los elementos disimulados, para que los efectos que aparezcan al existir se crean procedentes de un negocio que no es aquél del que realmente proceden, por ejemplo ocultar una donación a través de una compraventa. En la simulación relativa se realiza aparentemente un negocio jurídico, queriendo y llevando a cabo en realidad otro distinto. Los contratantes concluyen un negocio verdadero, que ocultan bajo una forma diversa, de tal modo que su verdadera naturaleza permanece secreta.

En la simulación relativa existen dos negocios jurídicos:

- a) Negocio simulado como aparente y fingido
- b) Negocio disimulado como oculto y real.

En la simulación relativa no se limita a crear la apariencia, como en la absoluta, sino que produce ésta para encubrir un negocio verdadero. Para ello será necesario considerar la unida de la declaración de voluntad de las partes de sustituir la regla

aparente por una diversa, uniendo así la declaración de voluntad de simular y la declaración de voluntad de establecer un reglamento de intereses distinto de aquél contenido en la declaración ostensible (...)

#### **2.1.7.1.3 SIMULACIÓN TOTAL:**

La simulación es total cuando abarca al acto jurídico en su totalidad. La simulación total es inherente a la simulación absoluta, pues en ella tiene esta característica desde que comprende la totalidad del acto, en todos sus aspectos.

#### **2.1.7.1.4 SIMULACIÓN PARCIAL:**

La simulación relativa puede ser parcial o total. La simulación relativa total afecta la integridad del negocio jurídico, verbigracia un anticipo de herencia es ocultado mediante un contrato compraventa.

La simulación relativa parcial recae solamente sobre alguna de las estipulaciones del acto. Esto sucede cuando el acto contiene unas estipulaciones que son verdaderas y otras que son falsas. Tal como en un contrato de compraventa se simulado el precio con la finalidad de evadir impuestos.

En la simulación parcial, el acto jurídico no será nulo, por el principio de conservación de los actos jurídicos el acto se mantendrá sólo se anulara las estipulaciones en los cuales se haya cometido la simulación.

De otro lado debe distinguirse la simulación con la falsedad. En la falsedad se trata de un hecho material, por el cual se crea, se altera o se suprime algo, con lo que se forja, se modifica o se destruye una prueba testificativa de alguna obligación. Se trata ya de un hecho punible, que cae dentro de la esfera del Derecho Penal. No es una declaración que no corresponde a la realidad, esto es, a lo verdaderamente querido. Mientras que en la simulación parcial corresponde a datos inexactos y pueden estar referidos a fechas, hechos, cantidades y, en general, declaraciones que no guardan conformidad con la realidad.

#### **2.1.7.1.5 SIMULACIÓN LÍCITA:**

Tal como se ha señalado líneas arriba la simulación en principio no es ilícita. La ilicitud se da cuando se perjudica el derecho a terceros. Barbero considera que el fin de la simulación puede ser lícito y que no hay nada ilícito, por ejemplo cuando alguien pretende conservar sus bienes para ello simula enajenarlos, a fin de evadir ciertos requerimientos de sus familiares.

La simulación lícita denominada también legítima, inocente o incolora, esta dado cuando no se trata de perjudicar a terceros con el acto; además no deberá violar normas de orden público, imperativas ni las buenas costumbres. Se funda en razones de honestidad.

#### **2.1.7.1.6 SIMULACIÓN ILÍCITA:**

La simulación es ilícita, maliciosa, cuando tiene por fin perjudicar a terceros u ocultar la transgresión de normas imperativas, el orden público o las buenas costumbres, verbigracia un deudor simula enajenar sus bienes a fin de sustraer de la obligación de sus acreedores.

De otro lado no se debe confundir el acto jurídico simulado ilícito con el error en la declaración. En el primero las partes en forma concertada ante la demente pretenden celebrar un acto a fin de que no tenga efectos entre ellos. En el segundo las partes quieren que el acto tenga plena eficacia, es decir, no existe un acuerdo para perjudicar a los terceros.

#### **2.1.7.1.7. SIMULACIÓN POR INTERPÓSITA PERSONA:**

La simulación por interpósita persona es una modalidad de la simulación relativa que consiste en que una persona aparezca como celebrante del acto y destinatario de sus efectos cuando en realidad es otra persona, pues el que aparece celebrando el acto es un testaferro u hombre de paja, un sujeto interpuestos ficticiamente, ya que el acto realmente se celebra con la otra persona, el interponente, y sólo en apariencia se celebra con el interpuesto o testaferro. Esta clase de simulación se configura cuando

alguien finge estipular un negocio con un determinado sujeto, cuando, en realidad, quiere concluirlo y lo concluye con otro, que no aparece.

En la simulación por interpósita persona la interposición es ficticia porque quién celebra el negocio con el interpuesto sabe que es un testaferro y que los efectos del acto celebrado se proyectan hacia el simulanteinterponente, porque el acuerdo simulatorio es tripartito, ya que en él participan las dos partes simulantes y la persona interpuesta, quien deliberadamente, de acuerdo con ambas partes, se presta para la formación del acto jurídico simulado (25).

#### - **Efectos de la simulación en general**

De igual manera, a partir del análisis de las partes que intervienen en el acto, así como de los posibles terceros lesionados, el citado autor realiza la siguiente clasificación de los efectos del acto jurídico simulado:

#### **2.1.7.2 EFECTOS DE LA SIMULACION ABSOLUTA ENTRE LAS PARTES:**

Si el acto jurídico ha sido simulado con simulación absoluta, en la que existe sólo un acto aparente, irreal, que carece de contenido, pues la voluntad de las partes quedó contenida únicamente en el acuerdo simulatorio convenido precisamente para no producir un acto verdadero, el acto jurídico así simulado no produce eficacia alguna, así también se ha pronunciando la jurisprudencia al establecer que la simulación absoluta tiene como efecto que el acto sea inválido y no se admite su convalidación o confirmación. La simulación relativa es un acto anulable que puede ser confirmado.

El acto simulado es un negocio ficticio querido y realizado por las partes para engañar a terceros, pero no para que produzca efectos entre ellas. Los otorgantes quieren la declaración pero su contenido, por lo que no pueden exigir su cumplimiento.

25” SIXTO GUEVARA BRAVO en “Doctrina. Simulación del Acto Jurídico”, documento digital, visualizado en internet en el link: [http://www.elnotariado.com/ver\\_nota.asp?id\\_noticia=1505](http://www.elnotariado.com/ver_nota.asp?id_noticia=1505).

Es decir, el acto simulado no produce ningún efecto entre las partes, por la razón de que no es efectivamente sino sólo fingidamente querido. Este es el fundamento de la nulidad inter partes del acto jurídico que adolece de simulación absoluta. Por ello discrepamos con LOHAMANN al referir que la simulación absoluta requiere necesariamente de un pronunciamiento jurisdiccional, mediante una sentencia. Debemos tener en cuenta que el acto nulo es desde su génesis; además, que el juzgador puede declarar de oficio.

La carencia de efectos entre las partes del acto simulado es independientemente de su licitud o ilicitud. Un acto ficticio, desprovisto de contenido, aun cuando sea lícito, no puede producir efectos para los otorgantes, porque tal fue su común intención al otorgarlo. Con mayor razón si el acto simulado es ilícito, no produce los efectos entre las partes, ni para nadie. Si la simulación es lícita sólo podrá ser invocada por las partes, los terceros quedan desprovistos de la acción por no tener legitimidad para obrar.

#### **2.1.7.3 EFECTOS DE LA SIMULACION RELATIVA ENTRE LAS PARTES:**

Este negocio simulado tendrá efectos entre las partes, siempre que concurren los requisitos de validez y no perjudique el derecho del tercero. Así, el negocio jurídico disimulado (oculto y real) vincula efectivamente a las partes siempre y cuando concurren sus requisitos de validez. Además, el negocio jurídico disimulado no debe afectar el derecho del tercero. Aquí se tutela el interés de los terceros en hacer prevalecer la realidad (negocio disimulado) sobre la apariencia (negocio simulado). Es irrelevante si el negocio simulado (aparente y fingido) no reúne los requisitos de validez.

Las mencionadas reglas sobre los efectos de la simulación relativa entre las partes están inspiradas en el principio de respeto de la voluntad negocial: en su carácter disimulado es eficaz porque las partes lo han deseado efectivamente como un acto que surtirá efectos que le son propios; en cambio, en su carácter simulado es ineficaz, adolece de simulación absoluta porque los efectos le son propios a la figura usada para esconder el carácter real del acto no son queridos por las partes.

Nuestra legislación nacional el artículo 191 del Código Civil con respecto a los efectos de la simulación relativa nos plantea ciertas dudas, al respecto LOHAMANN, nos ilustra con comentario: ¿Qué ocurre cuando el negocio oculto, aunque tenga los requisitos de ley, vulnera una disposición legal. Así por ejemplo, cuando el contrato disimulado sea una compraventa y de la interpretación del mismo se apreciase que constituye cláusula esencial la del precio aplazado con intereses usurarios, o la cláusula de venta también esencial, que obligara al vendedor, en caso de resolución, a pagar una cantidad superior al precio de venta. En este y otros casos en los que siendo válido sustancialmente (tiene todos los elementos naturales y esenciales) y formalmente el contrato oculto, se impone la nulidad y el negocio disimulado no tendrá efecto válido entre las partes. La segunda es con respecto a la formalidad. Supóngase el caso de un negocio ostensible, el aparente, plenamente formal, que oculta en sí mismo a un negocio distinto que no ha sido instrumentado por separado. Por ejemplo, la venta por escritura en la que se declara que el precio totalmente recibido por el vendedor escondiendo así una donación. ¿Sería nula la donación porque la misma, como tal negocio gratuito, no ha sido adecuadamente formalizada, aunque la voluntad de donar fluya de documentos privado y la transferencia haya operado por escritura pública? En la duda –según el autor- ha de optarse por la solución más favorable al mantenimiento de la voluntad oculta, siempre que no perjudique a terceros y la formalidad que garantiza la existencia de declaración y el contenido esencial pueda encontrarse en el negocio aparente o en el acuerdo de disimulación (contradecларación). Hasta aquí, las palabras del LOHAMANN. No es todo tan cierta la posición del autor anteriormente mencionado imaginemos la celebración de un contrato de compraventa realizado por un funcionario del estado con un particular, cuando realmente lo ha donado; en estos casos la donación será nula porque no se podrá afirmar que es válido el acto oculto.

#### **2.1.7.4 EFECTOS DE LA SIMULACION PARCIAL ENTRE LAS PARTES:**

Cuando la simulación relativa objetiva sea parcial, esto es, cuando la partes no esconden el carácter total del negocio que realizan bajo la apariencia de otro negocio diferentes, sino solamente ciertos aspectos mediante estipulaciones o cláusulas que hacen referencia a datos inexactos, tienen efectos entre ellas los datos exactos,

ocultados, por ser los efectivamente queridos, siempre que sean lícitos y no afecten los derechos de terceros.

De otro lado en la simulación relativa subjetiva parcial por interpósita persona ficticia, el testafarro no adquiere ni tramite derechos sino que sirve de enlace para que el derecho pase directamente del trasmiteante al efectivo titular oculto. El acuerdo simulatorio se da entre el disponente del derecho, el testafarro y el adquirente efectivo, de modo que la simulación de persona es siempre parcial; no es aparente todo el acto, sino solamente con relación a uno de los sujetos. El testafarro no adquiere nada; presta una colaboración puramente material; la relación jurídica se constituye desde el primer instante entre el trasmiteante y el verdadero adquirente. El que transfiere el derecho sólo se obliga aparentemente con el interpuesto, pero en la inteligencia de obligarse hacia el tercero, frente al cual adquiere los derechos y asume las obligaciones resultantes del acto.

#### **2.1.7.5 EFECTOS ENTRE SIMULANTES Y TERCEROS:**

Existe el principio jurídico *res inter alios acta*, es decir, que los actos jurídicos sólo producen efectos en quienes lo concluyen; sin embargo tal aseveración no es tan rígida, tratándose de los actos jurídicos simulados. En ese sentido se entiende por terceros aquellos que no han tenido participación en la celebración del acto jurídico, ni por sí ni mediante representante; y, por consiguiente, no pueden gozar ni sufrir sus efectos. Ahora bien, en el tema de los terceros en materia de simulación serán únicamente los que tengan un derecho bien legal, bien contractual.

Los terceros pueden ser absolutos y relativos. Es tercero absoluto quien no tiene ninguna relación jurídica con cualquiera de las partes. Es tercero relativo, son aquellos ajenos a las partes del acto jurídico, pero que pueden ser alcanzados, positivamente o negativamente, por sus efectos.

Las relaciones entre simulantes y terceros se basa en el principio de la oponibilidad de la simulación por los simulantes a los terceros de buena fe. La simulación, mientras no sea descubierta, es irrelevante para los terceros. Por principio, el acto simulado es

válido y eficaz frente a los terceros. Si la simulación es relativa, descubierto el acto disimulado será válido éste.

#### **2.1.7.6 EFECTOS ENTRE LOS SIMULANTES Y TERCEROS ADQUIRENTES DEL TITULAR APARENTE:**

El artículo 191 del Código Civil consagra la confianza de los terceros sub-adquirentes de buena fe y a título oneroso. Los terceros de buena fe son tutelados mediante la oponibilidad de las pretensiones procesales formuladas por las partes o por los terceros perjudicados. Se tutela el interés de los terceros de buena fe haciendo prevalecer la apariencia (negocio jurídico simulado) sobre la realidad cuando hayan adquirido situaciones jurídicas subjetivas del titular aparente. Así se podrá decir que el negocio simulado es eficaz respecto de los terceros de buena fe. Aquí se tutela la confianza basada en la apariencia y el aparente titular es considerado como titular efectivo.

La buena fe del tercero tiene que ser objetiva. La existencia de la buena fe subjetiva es discutible actualmente en doctrina y jurisprudencia. La buena fe subjetiva (buena fe de creencia) es definida como la ignorancia de lesionar el derecho ajeno, o la convicción positiva de estarse comportando jure, provocada por un error. Esta definición es inaplicable en sistemas jurídicos que consagran los principios de la confianza y de la apariencia.

Por el principio de la seguridad jurídica, quién ha adquirido de buena fe y a título oneroso, derechos o garantías reales sobre los bienes que fueron objeto del acto simulado, está plenamente protegido por el beneficio de la inoponibilidad de la simulación, aún cuando el acto simulado hay sido declarado nulo. Nuestra legislación nacional protege el derecho del tercero en el artículo 2014 del Código Civil, esto es, que la seguridad del tráfico sacrifique la seguridad del derecho. Este sacrificio se produce, si una persona adquiere de otra un derecho y sucede que el derecho del otorgante es nulo, "el derecho común" establece que será nulo también el del derecho del adquirente, porque nadie puede transferir más de lo que tiene y nadie puede adquirir mayor o diverso derecho que aquel que se le trasmite. Esa solución, dada por el "el derecho extraregistro", es sacrificada, sin embargo, por la "seguridad del tráfico",

que expresa que si esa nulidad no aparece del registro, el adquirente adquiere el bien y la nulidad del título del otorgante no lo perjudica. De lo que concluimos que la simulación no podrá ser opuesta por las partes y terceros al tercero subadquirente que ha obrado de buena fe.

#### **2.1.7.7 ENTRE LOS SIMULANTES Y EL ACREEDOR DEL SIMULANTE ENAJEANTE:**

Los terceros legitimados tienen legitimidad para obrar. En efecto, negocio simulado es ineficaz respecto de aquellos terceros cuyos derechos son perjudicados. La norma pretende evitar el daño que se quiere producir a los terceros. Cuando el negocio simulado disminuya el activo o aumente el pasivo del deudor, los acreedores están facultados para solicitar la ineficacia del negocio. De la misma manera, el heredero perjudicado por un negocio simulado concluido por su causante y el cónyuge perjudicado por un negocio simulado celebrado por el otro cónyuge, están legitimados para pedir la nulidad.

#### **2.1.7.8 EFECTOS ENTRE LOS SIMULANTES Y LOS TERCEROS ACREEDORES DEL TITULAR APARENTE:**

El acto jurídico simulado es válido y eficaz frente a los terceros acreedores del adquirente (titular aparente). El acreedor de buena fe del simulante adquirente tiene un interés opuesto al del acreedor del simulante enajentante. Su interés es el de hacer prevalecer la apariencia sobre la realidad, a fin de poder satisfacer su crédito con la ejecución forzada del bien que aparentemente ha ingresado al patrimonio de su deudor.

Los autores de la simulación no pueden oponer ésta a los terceros acreedores del titular aparente, pero, por el contrario, los terceros acreedores del enajentante simulado pueden hacer valer la simulación en relación a las partes cuando ella perjudica sus derechos.

### **2.1.7.9 EFECTOS ENTRE ACREEDORES DE AMBAS PARTES SIMULANTES:**

Al existir un conflicto entre los acreedores del simulante enajenante y acreedores del simulante adquirente (titular aparente), según el Dr. Torres se presenta la siguientes situaciones.

a) Si ambos acreedores en conflicto son de fecha anterior a la simulación, será preferido el acreedor del enajenante por ser la víctima de la simulación; el acreedor del adquirente nada pierde, pues, no contaba en el activo de su deudor con los bienes adquiridos después en forma ficticia.

b) Si ambos acreedores son de fecha posterior a la simulación, será preferido el acreedor del titular aparente que ya contó en el patrimonio de su deudor con los bienes ingresados en forma simulada, mientras que el acreedor del simulante enajenante no contaba ya con esos bienes en el patrimonio de su deudor.

c) Si los acreedores del enajenante son anteriores a la simulación y los del propietario aparente son posteriores, se da preferencia a las víctimas de la simulación sobre los acreedores del propietario aparente. Esto aún cuando hayan iniciado de buena fe la ejecución forzada, sucumben en el conflicto con los acreedores del simulante enajenante, cuyo crédito es anterior al acto simulado.

### **2.1.7.10 EFECTOS ENTRE LAS PARTES EFECTIVAS Y EL TESTAFERRO:**

El testafarro es una persona que no adquiere ningún derecho, por tanto, el cualquiera de las partes puede oponer la simulación a éste.(26)”

#### **- La simulación notarial**

Si bien es verdad que la teoría de la simulación tiene amplia aplicación en el derecho a diferencia de otras legislaciones no existe una tipificación de la misma sin embargo a esto, en la Ley Notarial se indica que el notario que intervenga a sabiendas que una

<sup>26</sup>GUEVARA Bravo,Sixto. “Doctrina. Simulación del Acto Jurídico”, documento digital, visualizado en el link: [http://www.elnotariado.com/ver\\_nota.asp?id\\_noticia=1505](http://www.elnotariado.com/ver_nota.asp?id_noticia=1505)

escritura es simulada será destituido, sanción sumamente grave, partiendo del principio que para aplicar la pena o la sanción debe existir tipificación del ilícito, sin embargo a esto, la doctrina ha sido clarísima en el contenido de la simulación y aplicando el artículo 18 del Código Civil gramáticamente tendremos el concepto de simulación que es el que indicamos al inicio del estudio de la misma.

## 2.2. HIPÓTESIS O PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN

¿Es la dación de fe, un acto propio?

HIPOTESIS	VARIABLE	INDICADORES
Es imposible entender la Dación de Fe como acto propio	Posibilidad entender a la Dación de Fe como acto Propio	Art. 200 Constitución Reconoce lo que es el Acto Notarial

## **CAPÍTULO III**

### **METODOLOGÍA**

#### **MODALIDAD DE LA INVESTIGACIÓN:**

##### **3.1.- ENFOQUE:**

Utilizaremos la modalidad cualitativa no interactiva, ya que al evitar demandas inútiles se mejorará la juridicidad, teniendo así pretensiones jurídicas de un nivel más alto, evitando errores en las vías de sustanciación, al igual que evitando que personas ajenas al conflicto jurídico sean inmiscuidas en este.

##### **3.2.- Aspecto esencial**

3.2.1.- Estudio corresponde a asuntos de ordenamiento jurídico

3.2.2.- En lo fáctico se aplica a hechos regulados por las normas

3.2.3.- Axiológico no se refiere a la reforma o derogatoria de normas directas, sino a la aplicación de estas normas, las cuales al ser recurrentes en casación podrían convertirse en normas de aplicación. Lo cual carece de valores por ser un procedimiento judicial.

##### **3.3.- Tipo de investigación**

3.3.1.- Es histórico jurídico, ya que se estudia el desarrollo a través de los años de la dación de fe

3.3.2.- Es jurídico – comparativo ya que se confrontan actos administrativos, judiciales y notariales, para determinar semejanzas y diferencias.

3.3.3.- Jurídico descriptivo debe descomponerse la esencia de cada acto para así determinarlos.

3.3.4.- Es exploratorio ya que abre caminos para nuevos estudios.

3.3.5.- Esta tesis no hará proyecciones sino cambios actuales. Específicamente al tener clara la diferencia del acto notarial, del acto administrativo o judicial, se dejará de demandar nulidades de escrituras cuando son nulidades de contratos, y al decir contratos, estos van desde poderes, donaciones, permutas, hipotecas, transacciones hasta ventas.

3.3.6.- La ratio de esta tesis es netamente propositivo ya que evaluó fallas y las corrige.

### **3.4.- POBLACIÓN Y MUESTRA:**

- Se observó la judicialización por parte de abogados y jueces en los procesos de anulabilidad, al igual que leyes y publicaciones tanto físicas, (libros); como digitales (internet);
- Estudios remitidos en línea (siendo esta la unidad de análisis de observación, no hay universo de observación distinto).
- Así pues veremos entre profesionales del Derecho Doctores y Abogados (10.000 consultados), Jueces y Ministros de instancia y de casación (500 consultados), estudios de los doctrinarios (400 consultados), no hay posibilidad de escoger otra población ya que no habría una relación con el objeto del estudio, por lo que la muestra está dirigida a jueces de primera instancia de apelación y de casación, al igual que cuestionarios a concedores del tema.

### **3.5.- INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS:**

El método teórico será de análisis y síntesis, dentro del método empírico realizaremos cuestionarios, por lo tanto ésta investigación también es cualitativa – interactiva, por la esencia de nuestra tesis, no habrá posibilidad de métodos matemáticos, así determinaremos ya la variable, la unidad de análisis y la respuesta, desafortunadamente para el proceso del método su metodología y la técnica en nuestra tesis el desarrollo informático no servirá de filtro ni tamiz, ya que el proceso de pensamiento lógico hasta la fecha es humano y no computarizado.

### **3.6.- PROCEDIMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN:**

La dialéctica Hegeliana, sigue siendo el lif motive del desarrollo jurídico, ya que de las tesis, sus antítesis y sus síntesis convertidas en tesis las que no soportarán una antítesis y formularan una síntesis con un procedimiento ad infinitum como decía Vico del Corsi et recorsi, formularemos conceptos y de estos repensamiento o anticonceptos, ya que la normatividad rige hechos y comportamientos los que no son inmutables.

Así, la verdad de hoy puede ser la mentira de mañana o como se dijo en el verano de París, lo difícil hoy, lo imposible mañana. Así esquematicemos los principales elementos:

- **¿Quiénes proporcionan la información?**

Los Abogados, los Jueces, los doctrinarios, los estudiosos del derecho, ahora nace una incógnita: ¿Cómo obtengo la muestra? Para ser imparcial y objetivo, característica del método científico, debo recurrir a sentencias a favor y en contra de la tesis a desarrollarse de la misma forma publicaciones de los doctrinarios y estudiosos sean esta físicas como libros, tratados, estudios o información idéntica digital.

- **¿Cómo accedemos a la información requerida?**

Mediante la lectura y estudio de libros, sentencias, estudios y formularios de preguntas, de aquí nace la interrogante doble ¿Qué pregunto? ¿A quién pregunto? Tenemos pues que despejar esta incógnita, ¿Cómo? formulando las preguntas las que deben encaminarse a cercar al preguntado de tal manera que no pueda evadir la pregunta, eso sí, formulando un cuestionario, presentando un anexo que permita la libertad de pensamiento y que no lo induzca a darnos la respuesta que deseamos, sino la obtención de la verdad libre y libertadora a la que nosotros después de estudiar la comentaremos y compararemos con las otras respuestas, así preguntaremos (anexo).

**- ¿Cómo se recogerá los datos obtenidos?**

Se acumularan mediante transcripción de la información o la digitalización de la misma.

**- ¿Cómo se organizan los datos obtenidos?**

Primero cronológicamente, es obvio se archiva primero lo que primero llega, luego se depura por su importancia y necesidad a posteriori se acumula su utilidad.

## CAPÍTULO IV

### ANÁLISIS DE RESULTADOS

Luego de un largo estudio hemos llegado al cabal convencimiento de que la dación de fe como acto propio es completamente simple de explicar y de entender así los educados – en este caso los estudiantes de derechos- y los profesionales de derecho podrán tener acceso directo a estos pensamientos.

#### PRESENTACIÓN DE RESULTADOS

##### 1) Base de Datos

Confirmado verbalmente por el archivo de la Federación de Notario al igual que el Colegio de Notarios del Guayas, no existe un registro de demandas ni de sentencias de nulidad de contratos o actos notariales, empero ante la necesidad de obtener información se ha conversado con varios notarios con experiencia superior a los 15 años de ejercicio notarial.

<b>AÑOS</b>	<b>NÚMEROS DE NOTARIOS</b>	<b>DEMANDAS NULIDAD CONTRATOS</b>	<b>DEMANDAS NULIDAD DE TESTAMENTOS</b>	<b>DEMANDAS NULIDAD DE DILIGENCIAS</b>	<b>DEMANDAS NULIDAD OTROS</b>	<b>DEMANDAS NOTARIO</b>
2000	13	19	6	0	0	25
2001	13	6	8	14	0	28
2002	13	12	2	12	0	26
2003	13	14	4	21	3	42
2004	13	13	5	6	1	25
2005	13	30	10	3	5	48
2006	13	16	6	8	3	33
2007	13	21	3	4	1	29
2008	19	15	11	5	2	33
2009	19	6	10	7	6	29
2010	19	19	6	6	5	38

## **2) Análisis y discusión de resultados**

Con el muestreo realizado al grupo de notarios en el cuadro arriba citado, obtuvimos resultados sobre el problema generado por el no entendimiento de los actores judiciales, sobre el hecho fáctico de que el acto de fe notarial es autónomo. De esta manera vemos como la función judicial a través de sus jueces civiles han mal gastado recursos, tanto cognoscitivos como físicos, así pues, todo el tiempo perdido analizando procesos mal planteados, debió invertirse en estudios de procesos que hubiesen ayudado a las partes en conflicto. Tenemos tantos procesos perdidos, como notarios injusta e inmerecidamente demandados, puesto que de acuerdo a la Constitución no hay trabajo gratuito, por lo que es sumamente fácil entender que los demandados debieron cancelar honorarios de sus patrocinadores profesionales, sin perjuicio de que este tipo de juicios tiene dos instancias y es susceptible de casación estamos hablando que podría demorar en el mejor de los casos de seis meses a dos años y en el peor de los casos de cuatro a seis años para que al final se declare nulo todo por errores en las demandas. Luego de analizar y explicar el contenido de la presente tesis, a los entrevistados se llegó a un común criterio, para así responder el cuestionario de preguntas planteadas en el capítulo uno de la presente tesis, enumerándolas y contestándolas de la manera citada a continuación:

### **1.- ¿Cuáles son sus requisitos y cuáles son sus elementos?**

#### **Requisitos:**

- El acto debe ser realizado ante quién puede dar fe pública
- Libertad y capacidad de los otorgantes
- Legitimidad del acto

#### **Elementos:**

- Objeto causal contractual o convención

- Necesidad legal de instrumentación solemne o acuerdo entre las partes para legalizarlo
- Solicitar la solemnización

## **2.- ¿Tiene esencia y principios el acto notarial?**

El acto notarial se rige por principios netamente normativos y la esencia del acto notarial consiste en su ser, así podemos afirmar que los actos y contratos solemnes nacen al mundo jurídico solo después de su instrumentación.

## **3.- ¿En qué defectos o errores puede incurrir la dación de fe?**

La dación de fe es un acto de verdad y como tal debe ser carente de errores, sin embargo, pueden existir omisiones instrumentales o fallas contractuales.

## **4.-¿Que sanciones le son aplicables al acto notarial, en caso de incurrir en defectos o errores?**

Las sanciones son dadas según el error si este es administrativo la sanción será la destitución del notario; si es contractual, el resarcimiento de daños y perjuicios; y si es delito penal, prisión.

## **5.-¿Puede el acto notarial ser anulado o declarado inexistente?**

El acto notarial puede ser anulado mediante sentencia judicial; mas no puede ser declarado Inexistente, ya que para ser acto notarial debe existir primero.

## **6.-Son las mismas nulidades del contrato, las nulidades del instrumento notarial?**

No, Las nulidades del contrato, se encuentran el Código Civil (Arts. 1697;1698; y; 1463); y las nulidades del acto Notarial en la Ley Notarial (Arts. 44 al 48)

### **7.-¿Si el acto notarial no es un acto propio; será un acto judicial, o será un acto administrativo?**

Sostenemos que el acto notarial es un acto propio, porque si fuera administrativo, sería revocable, si fuera judicial, solo para comenzar habría que esperar tres días después de hecha la escritura para que cause ejecutoria.

### **8.-¿De qué nos sirve y es necesario resolver el problema planteado?**

Al entender que el acto notarial es un acto propio, evitaremos juicios innecesarios, ya que así se escinde el contrato del instrumento notarial

### **3) Verificación de hipótesis o de la pregunta de investigación**

Con pesar hemos verificado que en el 100% de las demandas por nulidad de contratos de compraventa inmobiliaria y de automotores, declaraciones, testamentos, el notario ha sido parte demandada, sin ser parte del contrato sino del instrumento público. Volviendo a lo explicado anteriormente si las personas entienden que el notario es el solemnizador del instrumento o del acto y no el contratante este tipo de demandas no tendrían razón legal de existencia.

### **4) Comentario de las repuestas**

De todo lo indicado anteriormente es comprensible indicar primero que la capacidad notarial y el ejercicio del mismo nacen de la ley, por lo tanto esta pasa a ser la fuente única del ejercicio notarial, constandingo aquí su rito, forma y requisitos, por lo tanto y como el más simple de los comentarios todo el quehacer notarial se basa en la ley.

### **5) Comparación de las respuestas**

De las repuestas ya indicadas y luego de compararlas llegamos sin temor a equivocarnos siempre a la misma conclusión que la ciencia del derecho notarial tiene

un acto propio que es conocido como la dación de fe, lo que significa que el solemnizar lo insólomne, perfeccionar lo solemne, constatar en un contenido el continente observado por el notario es la esencia del quehacer notarial y el motivo de la existencia de los notarios, para lo cual debe investirse de conocimiento, capacidad y por sobre todo honradez, vivir para la verdad y a su vez vivir de esta.

## **6) Síntesis**

El haber revisado casos de denuncias y por sobre todo haber obtenido información de la fuente notarial nos ha permitido completar nuestra investigación específicamente en una parte similar a la estadística obtenida en la base de datos, lo cual pasa a ser una fase fundamental de la tesis ya que demuestra y es prueba existente de la necesidad de conocer y entender lo que verdaderamente es la dación de fe.

## CAPÍTULO V

### CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

#### CONCLUSIONES

Vemos pues que las últimas reformas han creado nuevas facultades a los notarios, también han creado más problemas que resultados ya que por lo confuso de su redacción o lo inocuo de su contenido no se ha logrado el fin adecuado. Las atribuciones del notario además de las ya someramente indicadas se encuentran en varias leyes tales como Código Civil, Código de Procedimiento Civil, Código de Comercio, Ley de Régimen Tributario Interno, Ley Minera, etc.

La fe pública es un concepto tan genérico que es muy probable que se pierda en su contenido, al no existir una definición legal. Tendremos a base de lo manda en el art. 18 del C.C. llegar a la interpretación gramatical o la que dan quienes practican la ciencia, arte u oficio, lo cual es complicado ya que la fe pública no solo la da u otorga el notario, sino también todo funcionario de fe como puede ser un citador judicial, podríamos concretarla como el criterio que genera veracidad y certeza, tanto como tener apariencia real, como ser producto o emanado de un funcionario competente, es decir, lo mismo que la fe privada pero otorgada por un funcionario calificado, el funcionario calificado y tal vez el más conocido es el notario. Quien produce y crea fe pública como también la reproduce, todo esto lo logra mediante el Acto Notarial que es el ejercicio mediante el cual se materializa a través de instrumentos físicos las facultades que la Ley otorga al notario. Así pues el acto notarial es la práctica de la ciencia notarial mediante la prueba escrita en legal y debida forma de los actos, contratos sean estos solemnes o no solemnes requeridos por parte capaz y libre, en la circunscripción territorial en la cual tiene competencia el notario.

El acto notarial es el otorgado por el notario competente cumpliendo el rito, mediante el cual se solemniza lo insólente, se cumple con la esencia de lo solemne, se instrumenta lo ya declarado o constituido por la Ley, con lo que se materializa a perpetuidad un Estado o derecho. Acto que es esencialmente a ruego de parte.

Sus elementos son: el notario competente, un solicitante, las formalidades de Ley, así el notario realiza actos declarativos, constitutivos, perfeccionadores y solemnizadores, el instrumento publico es el contenido cuyo continente serán los hechos y circunstancias que consten en el mismo con lo que el instrumento matriz será de fe pura o primigenia y los testimonios lo serán de fe derivativa.

La rogación es uno de los pilares del notariado a través de la historia, sin embargo la malhadada redacción del artículo 296 de la Ley Orgánica de la Función Judicial da a interpretar lo contrario.

Por lo que tenemos que el acto notarial es otorgado por un funcionario, que a diferencia del judicial, no es autoridad, el acto es firme y no es susceptible de ser revisado por autoridad superior como el acto administrativo, empero si puede ser anulado en sede judicial.

El juez o el ministro juez es una autoridad, de la que pueden emanar actos judiciales como administrativos, mientras que del notario solo pueden emanar actos de fe, las decisiones judiciales son sometidas a recursos ante superiores jerárquicos, lo que no ocurre con los actos notariales, los que se pueden dar a cualquier hora y día, a diferencia de los judiciales que requieren habilitar los tiempos y plazos. El acto administrativo tiene su procedimiento específico al igual que el judicial, mientras que el notarial tiene su rito y solemnidades es verdaderamente autónomo, imparcial y jurídicamente distinto al administrativo y al judicial.

Así pues el acto notarial solo podrá ser otorgado por y ante notario competente, quien perfeccionará lo solemne, solemnizará lo insólente, materializará en un contenido documental el continente por el observado, con lo que perpetuará lo solicitado o mandado por la Ley. A groso modo esto es la actuación constatadora, calificadora y perpetuadora de actos, contratos, convenciones, solicitudes ante el notario rogadas. Decimos que perfecciona lo solemne, ya que si tenemos un acto o contrato solemne este no existe en derecho si no es otorgado ante notario, mientras que un contrato o convención real o consensual no necesita de solemnidad de acuerdo a lo que manda la Ley en el artículo 1491 del Código Civil, empero las partes pueden acordar solemnizarlo, mientras que mediante un acta de constatación se documenta lo visto por el notario aclarando que el notario solo otorga su ministerio de

fe a ruego de parte, esto sin perjuicio de la mala redacción del artículo 296 del Código Orgánico de la Función Judicial, que da a entender que el notario puede realizar actas de lo que ante el ocurre sin ruego, lo cual contraría la esencia del notariado, ya que uno de los pilares es el ruego de parte, como ya lo hemos indicado en líneas anteriores. El notario es también un depurador o filtro, ya que en sus actos debe verificar y examinar la capacidad de los otorgantes, la libertad con la que proceden, el conocimiento con que se obligan, y la correcta solución o pago tributario, así pues tenemos que el notario no solo debe ser un docto en material notarial, civil, sino también tributaria, ya que en sus funciones es responsable de la correcta tributación, además de que por sus derechos debe tributar, responde laboralmente para con sus empleados, civil, penal y administrativamente por sus actuaciones, no creemos que exista un funcionario sometido a tantas responsabilidades. Ahora bien, el notario que legalmente tiene competencia todos los días y horas del año, cumpliendo con sus funciones y solemnidades otorga la escritura pública, la cual por él ha sido incorporada al protocolo, confiriendo testimonio autentico de la misma, este testimonio autentico será producto de un acto administrativo o de uno judicial, partamos de una primera premisa los actos judiciales son dictados, ordenados o emanan de una autoridad judicial generalmente, ya que si vemos la facultad de sancionar que tenían antes los diputados y en la actualidad los asambleístas, si bien es distinta a la de los jueces o ministros, también tienen una sanción y un símil de proceso. El acto administrativo emana en su esencia de una autoridad competente, mientras que el acto notarial es producido por un funcionario llamado notario, al cual la Ley lo ha investido de fe pública, el acto notarial queda en firme por la actuación del notario y se materializa mediante el otorgamiento del testimonio autentico el cual se diferencia del acto administrativo o judicial, pues no puede ser revocado, apelado ni está sujeto a revisión o confirmación de superior jerárquico, ya que el notario no tiene superior jerárquico, empero el acto notarial puede ser anulado en sede judicial y mediante el trámite legal correspondiente. De esto nos preguntamos: ¿a qué tipo de nulidades está sujeto el acto notarial? Vemos que el viejo y legendario Código Civil, tipifica las nulidades absolutas, relativas, legales y especiales el Código de Procedimiento Civil, el trámite de las mismas, a nuestra manera de entender las leyes, estas nulidades afectan el contenido del instrumento público y no a su continente, el cual no es afectado por las nulidades de los contratos y de los actos o declaraciones de voluntad,

sino por las nulidades del instrumento público, las que constan en el artículo 44 de la Ley Notarial, las que en cierta forma son distintas a las nulidades del Código Civil, varia también el concepto de invalidez, ya que notarialmente la invalidez notarial opera solo ante la falta de solución o pago de tributos, y esta se subsana con la cancelación de los mismos sin otro trámite adicional, vemos pues que mediante un análisis frío y sin pasiones podemos afirmar a base de lo que manda, prohíbe o permite la Ley, que el acto notarial es eminentemente distinto al administrativo y al judicial, en tanto que en la actualidad es ya una ciencia el Derecho Notarial.

Se puede decir que el notario que es un servidor judicial dotado de fe pública, lo cual es verdad empero también existen servidores judiciales dotados de fe pública como los secretarios de los juzgados, los que hacen las veces de estos – los oficiales mayores – los citadores judiciales, ellos también tienen fe pública, así tenemos las copias certificadas judiciales otorgadas por los actuarios de los juzgados, o la razón de la citación de los citadores judiciales, sin embargo no se puede afirmar que estos servidores judiciales con fe pública hacen instrumentos públicos, ya que este es el otorgado ante el funcionario competente con las solemnidades legales, lo que significa que el instrumento público es una creación de fe o una fe pública originaria, mientras las certificaciones son fe pública derivativa, ya que son reflejo o copia exacta de un original, mientras que las citaciones son solo razones de haberlas realizado y la circunstancia de esta, sea por boleta o en persona, si fue realizada por el citado o por otra persona por este designada o de su negativa de recepción, o bien si la citación fue realizada por la prensa o por sorteo, etc. Así vemos que existe una fe judicial empero si bien al igual que la fe notarial es solicitada – principio de rogación – la fe judicial es ordenada por el juez, quien es una autoridad superior al fedatario judicial, sino ocurre esto el acto es nulo y no sirve como prueba, no puede ser convalidado como tampoco ratificado, es absolutamente nulo y como tal su nulidad puede ser declarada de oficio, tenemos aquí la principal diferencia con la fe notarial, ya que esta es rogada mas no ordenada, además que el notario no tiene un superior jerárquico, los fedatarios judiciales son remunerados y sus pagos se realizan de partidas y presupuestos, ellos no tienen de acuerdo a la ley derechos por sus actuaciones, pertenecen a la carrera judicial, tienen un horario fijo de trabajo y fuera de esas horas no pueden realizar certificaciones, además que sus funciones son distintas, son

auxiliares del juez parte de los juzgados, teniendo fe pública para ciertos actos procesales.

Tenemos también un tipo de fe que es privada, como la que tienen los secretarios de las juntas de accionistas o socios para certificar la conformidad de las copias de las actas o de los enlistamientos de los documentos privados de los que son actuarios, igual fe privada tienen los secretarios de los comités o asociaciones ya sea con fin o sin fin de lucro, dan fe también los secretarios administrativos de la función ejecutiva, como los de los gobiernos seccionales, el secretario del congreso también tiene fe pública en sus certificaciones, pero todos estos operan ante orden jerárquica superior, quien puede ordenar o suprimir como también revocar y dejar sin efecto tales certificaciones, lo cual no se produce ante la fe notarial la cual es esencia inamovible, pudiendo si ser anulada total o parcialmente en sede judicial y quedar en firme la sentencia o resolución.

## **RECOMENDACIONES**

Publicitar las opiniones de diferentes estudiosos del derecho para así orientar tanto a jueces como a los profesionales del derecho a optimizar el criterio sobre el acto notarial, de esta manera se ahorrará en recursos judiciales, para lo cual las universidades, colegios de Abogados, Colegios de Notarios, deben realizar foros, cursos, simposios, charlas y conversatorios sobre este tema, de esta manera nuevos estudiosos crecerán jurídicamente con un concepto y concepción del tema distinto, de esta forma simplificaremos el trabajo sobre el entendimiento y aplicación del acto notarial o dación de fe.

## **ANEXO N° 1**

### **CUESTIONARIO DE PREGUNTAS Y RESPUESTAS**

#### **SI LA DACION DE FE ES UN ACTO PROPIO**

- 1.- ¿Cuáles son sus requisitos y cuáles son sus elementos?**
- 2.- ¿Tiene esencia y principios el acto notarial?**
- 3.- ¿En qué defectos o errores puede incurrir la dación de fe?**
- 4.-¿Que sanciones le son aplicables al acto notarial, en caso de incurrir en defectos o errores?**
- 5.-¿Puede el acto notarial ser anulado o declarado inexistente?**
- 6.-Son las mismas nulidades del contrato, las nulidades del instrumento notarial?**
- 7.-¿Si el acto notarial no es un acto propio; será un acto judicial, o será un acto administrativo?**
- 8.-¿De qué nos sirve y es necesario resolver el problema planteado?**

## **BIBLIOGRAFÍA**

- ALSINA, Hugo. TRATADO TEÓRICO PRÁCTICO DE DERECHO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL. Primera Parte. Segunda edición, Ediar Soc. Anon. Editores. Buenos Aires. 1963, pág. 31.
- DROMI, José. EL ACTO ADMINISTRATIVO. Editorial IEAL. Madrid. 1985.
- Diccionario de la Real Academia Española, versión en línea, visualizado en el link: <http://lema.rae.es/drae/?val=simulaci%C3%B3n>
- Diccionario de la Real Academia Española, versión en línea, visualizado en el link: [http://lema.rae.es/drae/?val=simulación](http://lema.rae.es/drae/?val=simulaci%C3%B3n)
- Fallo de Sala de lo Administrativo, abril 5 de 1995. R. O. 697 del 17 de mayo de 1995
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomas CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. 15ª edición; Marzo 2011
- GORDILLO, Agustín. TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. Editorial Porrúa. México. 2004.
- GRANJA Galindo, Nicolás. FUNDAMENTOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO. Universidad Técnica Particular de Loja. 1997.
- GUEVARA Bravo, Sixto. "Doctrina. Simulación del Acto Jurídico", documento digital, visualizado en el link: [http://www.elnotariado.com/ver\\_nota.asp?id\\_noticia=1505](http://www.elnotariado.com/ver_nota.asp?id_noticia=1505)
- LAUBADERE, Adré de. MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO. Editorial Temis. Bogotá. 1984
- MARIENHOFF, Miguel. TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. Abeledo. Buenos Aires. 1988
- OSPINA Fernández y OSPINA Acosta. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Quinta edición. Editorial Temis. 1998.
- Publicación en el Registro Oficial 395 del 4 de agosto del 2008
- Publicada en el Registro Oficial 349 del 31 de diciembre de 1993
- Publicado en el Registro Oficial 544 del lunes 9 de marzo del 2009
- Publicado en el Registro Oficial Suplemento No.58 del 12 de julio del 2005

- Publicada en el Registro Oficial, Suplemento No. 299 del 24 de marzo del 2004.
- PÉREZ Camacho, Efraín. DERECHO ADMINISTRATIVO. Tomo II. Corp.Estudios y Publ. Quito 2006.
- "Precis de Droit Civil" Tomo II. Página 387-388 Traducción Española: ORTÚZAR, Enrique. Santiago de Chile. 1938. Memoria de la Prueba.
- SECARIRA, Patricio. CURSO BREVE DE DERECHO ADMINISTRATIVO. Editorial Universitaria Quito. 2004.
- VEDEL, Georges. DERECHO ADMINISTRATIVO. Biblioteca Jurídica Aguilar. Madrid. 1980
- VÉLEZ Fernando. Estudio sobre Derecho Civil Colombiano. Segunda edición. 1984.
- VODÁNOVIC, Antonio. Curso de Derecho Civil. 1993 Tomo IV. Fuentes de las Obligaciones. Editorial Nacimiento.
- ZAVALA Egas, Jorge. DERECHO ADMINISTRATIVO. Tomo I. Edino. Guayaquil. 2005.