



Universidad del Azuay

Facultad de Ciencias Jurídicas

Escuela de Derecho

**LA DIFERENCIA ENTRE NULIDAD DE
ESCRITURA PÚBLICA Y NULIDAD DE
CONTRATO A PARTIR DE LA VIGENCIA DE LA
LEY NOTARIAL EN EL ECUADOR.**

Autor:

Danny Fernando Jiménez Arias

Director:

Dra. Paulina Recalde Poma

Cuenca – Ecuador

2023

DEDICATORIA

A mi madre y a mi padre, mis cimientos y amparo.

A mamita Zara y papito Manuel, mis ejemplos inalcanzables.

Y a mis amigos, por la suerte de su incondicional compañía.

AGRADECIMIENTO

A toda mi familia que, con su diario obrar, me enseñó de la buena fe y del esfuerzo.

A mis amigos, por compartir conmigo, en cada aula, cada montaña y cada canción, la experiencia de sentirse vivo y, sobre todo, querido.

A mi guía y amigo, Doctor Geovanni Sacasari, quien, viviendo su pasión con la más pulcra técnica y lucidez, me ha inspirado y enseñado lo que ser el mejor significa.

RESUMEN:

El presente estudio cualitativo aborda dos puntos clave: la nulidad de instrumento público y la nulidad de contrato, fundamentales en el Derecho Civil. En ocasiones, su coordinación es esencial para los efectos legales de ciertos negocios. Cuando surge oposición a dichos efectos, es crucial distinguir con precisión el efecto en disputa y determinar si proviene del acuerdo de voluntades sobre las obligaciones contractuales o si se refiere a la formalidad y cómo se elevó el contrato a instrumento público. Esta distinción adecuada nos ayuda a identificar las causas que respaldan la nulidad de contrato o instrumento público para determinar cuál de ellas resolverá nuestro cometido, diferenciando finalmente, al contrato como el contenido y a la escritura pública como el continente.

Palabras clave: Código Civil, Contrato, Ley Notarial, Escritura Pública, Nulidades.



Dr. Geovanni Sacasari Aucapiña

Director de Tesis



Danny Jiménez Arias

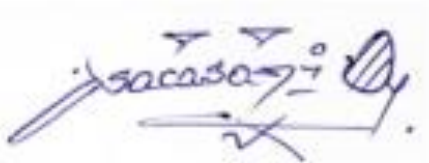
Autor

ABSTRACT:

The present qualitative study addresses two key points: the nullity of a public instrument and the nullity of a contract, fundamental in Civil Law. Sometimes, their coordination is essential for the legal effects of certain businesses. When opposition to such effects arises, it is crucial to precisely distinguish the effect in dispute and determine if it comes from the agreement of wills on contractual obligations or if it refers to the formality and how the contract was elevated to a public instrument. This appropriate distinction helps us identify the causes that support the nullity of a contract or public instrument to determine which of them will resolve our task, finally differentiating the contract as the content and the public deed as the container.

Keywords: Civil Code, Contract, Notarial Law, Public Deed, Nullities.

Translated by: Danny Jimenez Arias



Dr. Geovanni Sacasari Aucapiña

Thesis Director



Danny Jiménez Arias

Author



INDICE

DEDICATORIA.....	ii
AGRADECIMIENTO.....	iii
RESUMEN:	iv
ABSTRACT:.....	v
INTRODUCCION	1
CAPÍTULO I: NULIDADES EN LOS NEGOCIOS JURÍDICOS.....	2
GENERALIDADES Y DEFINICIONES	2
1.2 CLASIFICACIÓN DE LAS NULIDADES	6
1.3 NULIDAD DE CONTRATO	8
1.4 NULIDAD DE ESCRITURA PUBLICA	10
CAPÍTULO II: NORMATIVA ECUATORIANA REFERENTE A LAS NULIDADES	12
2.1 NORMATIVA APLICABLE EN EL CASO DE NULIDAD CONTRACTUAL.....	12
2.2 NORMATIVA APLICABLE EN EL CASO DE NULIDAD DE ESCRITURA.....	16
CAPÍTULO III: EFECTOS Y DIFERENCIAS DE LAS NULIDADES EN PUGNA	21
3.1 EFECTOS DE LA NULIDAD DE CONTRATO.....	21
3.2 EFECTOS DE LA NULIDAD DE ESCRITURA PUBLICA	26
3.3 DIFERENCIAS PUNTUALES ENTRE NULIDAD DE ESCRITURA Y NULIDAD DE CONTRATO	29
CONCLUSIONES.....	32
RECOMENDACIONES:	34
REFERENCIAS	36

INTRODUCCION

Dentro de las obligaciones contractuales y la forma en que las mismas se exigen en el contexto normativo ecuatoriano, es importante identificar si es que aquellas son válidas para su posterior reclamo o no, sin embargo, uno de los problemas de dicha identificación, es muchas veces la incapacidad de determinar si lo que es inválido es el contrato y su contenido, que evidencia la voluntad de las partes, o si la causa de invalidez recae en aquellas formalidades inherentes y atribuibles al instrumento público en sí mismo.

En ese contexto, los profesionales del derecho, en ocasiones, demandan la nulidad del instrumento público e identifican como responsable de aquello al notario público que elevó a escritura pública dicho contrato y lo que, a priori, realmente deberían demandar es la nulidad de contrato, pues en lo que no están de acuerdo es precisamente en las voluntades contrapuestas que no se adecuan al contrato o en las condiciones en las que este fue concebido que pueden generar una nulidad y no en la solemnidad que le ha dado el notario al elevarlo a instrumento público, una actuación que sin duda corresponde a los deberes del Notario y nada tiene que ver con las partes intervinientes en la celebración del contrato.

Es por tanto que, al existir dicha confusión y no solo de las partes en un proceso, sino también de los administradores de justicia, se incurre en varios y evidentes problemas como lo evidenciamos al analizar el Art. 142 numeral 9 en donde consta claramente la obligatoriedad de presentar una demanda con la pretensión clara y precisa, donde además el deber de los Jueces es verificar aquello como un requisito fundamental para ser admitida a trámite, vulnerando e inobservando precisamente aquello en el caso de confusión de las figuras de nulidad de escritura pública y de contrato, pues al no identificarse correctamente, el problema no solo recae en las partes y la frustración de sus anhelos judiciales al presentar mal sus acciones, sino también en las unidades judiciales que, al no haber reconocido y advertido oportunamente aquello, coadyuvan al problema y además se hacen de carga procesal innecesaria e incongruente con las pretensiones verdaderas y es a partir de advertir estos inconvenientes que surge la necesidad imperativa de una correcta diferenciación jurídica en todo su espectro.

CAPÍTULO I: NULIDADES EN LOS NEGOCIOS JURÍDICOS

GENERALIDADES Y DEFINICIONES

El estudio de las nulidades en los negocios jurídicos, de acuerdo con el objetivo de la presente investigación, comprende analizar, a partir de la llamada Teoría del Negocio Jurídico, la importancia y el significado institucional de la autonomía privada, pues al trazar líneas generales del negocio jurídico destaca el significado de sus elementos y ponerlos en relieve es necesario para este y otros estudios que nos conducen a comprender las reglas básicas que rigen la autonomía de la voluntad y además permiten construir las bases para el estudio en general de todo el derecho privado e incluso sirve para llenar “lagunas legales” pues en efecto como lo menciona Hernán Coello (2006): “ la parte más importante de las relaciones de derecho que pueden darse entre los hombres, tienen por causa un negocio jurídico”. (TEORIA DEL NEGOCIO JURIDICO, pág. 22)

Consecuentemente, para este análisis iniciaremos por abordar en concreto el concepto de Negocio Jurídico que podemos identificarlo cuando estamos frente a un acto voluntario por parte del humano que tiene efectos jurídicos y además lícitos y deliberadamente causados por el individuo, una definición que también se entiende con respecto del Acto Jurídico conforme el doctrinario Aníbal Torres Vásquez (2012), es que es “ el acto humano, voluntario, lícito, con manifestación de voluntad destinada a producir efectos jurídicos consientes en : crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas.” (pág. 71). Conceptos que nos dan claramente delimitado el espacio de actuación en donde comprendemos que es la manifestación de la voluntad de una persona lo que en definitiva el ordenamiento jurídico reconoce y tutela.

Adentrándonos en los conceptos antedichos, es importante examinar la composición de los mismos y empezamos por identificar a los Hechos y aquellos son todo suceso que ocurre en el mundo independientemente de su naturaleza, pueden estar constituidos por un fenómeno natural o una actuación humana: siendo naturales cuando no tienen implicaciones jurídicas, recordando que en todo hecho existe algún potencial jurídico y es jurídico cuando surte efectos en derecho, es decir, cuando determina la creación, modificación o extinción de un derecho. Pueden darse con independencia de la voluntad del individuo y también por

el efecto de su actuar deliberado y en este caso nos encontramos frente a un Acto que por su parte es un hecho producido por la voluntad humana y la diferencia esencial que se advierte con los hechos es la intervención de la decisión de una persona, a su vez, estos pueden ser: simples cuando no tienen implicaciones en el derecho, jurídicos cuando están orientados a la modificación de relaciones de derecho. También pueden ser: lícitos cuando se ajustan a lo mandado por la ley, aquí hablamos de Acto Jurídico e ilícitos cuando contravienen a la ley, estos suelen llamarse delitos o cuasidelitos.

Comprendidos los anteriores caracteres, ahora habrá de analizarse la estructura misma del negocio jurídico que, aunque no sea el objetivo primordial de la presente, en aras de proporcionar una base de conocimientos para desarrollar y desencadenar paulatinamente, se plantea un esquema de los elementos de un negocio jurídico, iniciando por los elementos esenciales que son los que no pueden faltar en el negocio jurídico y constituyen su contenido mínimo. Hay 2 tipos: los Comunes que deben estar presente en todo negocio jurídico en general pues sin estos el negocio no produce ningún efecto (a. la capacidad, b. la voluntad, c. el objeto y d. la causa) y los Específicos que son propios de cada tipo de negocio jurídico; sin ellos el negocio degenera en otro distinto y para comprender mejor esta parte, cabe mencionar algunos ejemplos como en la compraventa es el precio; en la donación la gratuidad; en el arrendamiento el canon arrendaticio.

Por otro lado, los elementos de la naturaleza son los efectos que por ley están atribuidos a todos los negocios jurídicos y no es necesario que las partes agreguen estas cláusulas porque se entiende que pertenecen al negocio por naturaleza; siempre que no esté prohibido por la ley las partes pueden eliminar estos elementos sin que se altere la validez del negocio jurídico y por último los elementos accidentales son cláusulas que las partes agregan voluntariamente al negocio jurídico para modificar el efecto normal que este produce, los más frecuentes son: la condición, el plazo y el modo.

Otro criterio importante de clasificación distingue los requisitos de validez y existencia, siendo: los requisitos de existencia aquellos sin los cuales el negocio jurídico no nace a la vida jurídica; no se perfecciona (1. La voluntad 2. El objeto 3. La causa 4. Las solemnidades (si es un negocio jurídico solemne)) y los requisitos de validez aquellos en donde el negocio jurídico si nace a la vida jurídica y de hecho existe, mas sus efectos son

nulos o deben ser corregidos por la ley (1. La capacidad 2. El objeto lícito 3. La causa lícita 4. La voluntad libre de vicio).

Esbozada ya la estructura general de los negocios jurídicos, contamos con un esquema de elementos suficientes para empezar a tratar con rigurosidad aquello que es materia de análisis en el presente trabajo: las nulidades. Sin embargo, en un primer momento, nos aproximamos al concepto de aquellas sabiendo que, en ausencia de alguno de los requisitos de validez (el consentimiento o voluntad libres de vicios, la capacidad, el objeto lícito y la causa lícita) el negocio será nulo, pues la ley prevé esta figura como una suerte de sanción, en donde cabe hacer énfasis: los negocios jurídicos nulos surten todos sus efectos mientras no sea declarada judicialmente la nulidad. Una vez declarada la nulidad, las cosas deben volver al estado en que se encontraban antes de la celebración del negocio jurídico, así mismo se complementa esta idea con lo que sostiene el autor Adolfo Núñez (2015)

En términos generales nulidad es la carencia de valor, falta de eficacia, la ilegalidad absoluta de un acto o la inexistencia, la incapacidad, la ineptitud de personas inhábiles. Ello en cuanto al fondo de los motivos de la nulidad de los actos. El gesto de los actos jurídicos debe relacionarse con elementos que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiesen podido clasificar como objetos de algún acto jurídico, o hechos que sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por la leyes o que se opongan a la libertad de las acciones, de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero (NULIDADES CIVILES SUSTANTIVAS Y PROCESALES, pág. 6)

Tal y como lo hemos venido desarrollando, entendemos entonces que la nulidad es la sanción que establece la ley para todos aquellos actos y contratos que no han cumplido con la solemnidades previstas y que traen como consecuencia que el acto no produzca efectos jurídicos para los que está llamado a cumplir, como la nulidad es la sanción por el incumpliendo de las formas y como las formas buscan proteger o tutelar un interés la aplicación de la nulidad no es tan automática o matemática sino más bien para que se produzca la nulidad es necesario se observen los principios que gobiernan la nulidad principios que los podemos reunir en 4:

Principio especificidad: que se concreta en la máxima de no hay nulidad sin ley que no la consigne expresamente, lo cual quiere decir que por más grosera resulte la violación de la solemnidad si no está contemplada en la ley la nulidad como efecto esta no debe ser declarada, es preciso que exista una norma que de manera específica indique que el incumplimiento genera nulidad de otra manera el juez no puede declarar la nulidad

Principio de transcendencia: se resume en la frase, no hay nulidad sino existe un efecto concreto o si esta no ha transcendido, si la violación a la norma no ha causado una consecuencia en la resolución, por tanto, no es que todo incumplimiento de una forma genere nulidad, sino que esta se producirá solamente cuando la transgresión de alguna forma incida en la resolución de la causa, este principio se halla invocado o referido en el numeral 2 del art 294 del COGEP. Cualquier vicio de nulidad es responsabilidad del juez por eso debería ser sancionado con pago de las costas. No se declara la nulidad si esta no ha influido en la decisión de la causa

Principio de protección: se subsume este principio en una máxima (no hay nulidad sin perjuicio) pues recordemos que las solemnidades buscan proteger intereses y si la transgresión de la forma no implica el desamparar un interés o derecho protegido tampoco hay razón para que se declare la nulidad, por eso el mismo numeral 2 del 294 se refiere puntualmente al caso y plantea el escenario donde se hubiese causado indefensión.

Principio de convalidación: implica que ante la posibilidad de actos nulos y actos validos siempre nos inclinemos hacia los validos es decir ante la alternativa de declarar la validez o nulidad siempre se buscara declara valido el acto porque nos interesa avanzar con el proceso, por eso está en íntima relación con el principio procesal de la preclusión si es que se ha cometido un acto que implique nulidad pero no se ha alegado oportunamente ello determina la convalidación del acto es decir adquiere validez y ya no puede declararse nulo.

Estos principios de la nulidad se los debe tener presentes precisamente para saber cuándo corresponde la declaratoria de nulidad y cuando no corresponde. Por otra parte, y a mayor abundancia con respecto de la nulidad, es importante resaltar un problema presente en el código civil ecuatoriano, pues el mismo no distingue expresamente la nulidad de la inexistencia, aunque reconoce a ambas, pues utiliza expresiones como “no surtir efectos” que evidentemente hace alusión a la inexistencia. No obstante, la inexistencia no está

regulada por nuestra ley. Algunas disposiciones son contradictorias pues permiten deducir que por una misma razón se produce la nulidad o la inexistencia: Art. 9: establece una causal de nulidad absoluta, Art. 1064: los testamentos en los que falta una formalidad no tienen valor, es decir, son nulos., del Artículo 1460 se desprende que si falta un elemento esencial el contrato no surte efecto alguno, es decir, es inexistente., así mismo del Artículo. 1718: que la falta de instrumento público como solemnidad sustancial, hace que los negocios se miren como no ejecutados o celebrados, es decir, inexistentes. Al no estar regulados en la ley los efectos precisos de la inexistencia, es una figura aparentemente inaplicable.

1.2 CLASIFICACIÓN DE LAS NULIDADES

Conforme así lo detalla el Código civil ecuatoriano en su título XX denominado “DE LA NULIDAD Y LA RESCISION, iniciando por el “Art. 1697.- Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes. La nulidad puede ser absoluta o relativa.” (Codigo Civil, 2022,14 de marzo, pág. 261) que nos enmarca directamente en un escenario ambivalente entre la nulidad absoluta y la nulidad relativa, siendo esta la clasificación de la cual nos ocuparemos.

La distinción entre las causales de nulidad absoluta y relativa está dada en nuestra ley. La nulidad absoluta se produce por: la incapacidad absoluta de una de las partes, cuando se contraviene una prohibición legal, cuando hay objeto o causa ilícitos y cuando se han omitido las formalidades impuestas por la ley. Los vicios del consentimiento producen especiales efectos en los negocios jurídicos mortis causa, y se consideran nulidades absolutas porque el causante no puede ratificar el acto.

La nulidad absoluta da como resultado que las cosas vuelvan al estado anterior en el que se encontraban antes del negocio jurídico nulo. Sin embargo, lo dado o pagado a sabiendas por objeto o causa ilícitos, no se puede repetir. La nulidad absoluta puede ser alegada por todo el que tenga interés en ella y el juez está obligado a declararla de oficio, si llega a su conocimiento, finalmente con respecto de su saneamiento, la nulidad absoluta puede sanearse por el transcurso del tiempo (15 años), sin embargo, no puede ser ratificada por voluntad de las partes.

En concreto, la nulidad absoluta “es aquella en la cual el acto carece de todo valor jurídico, con excepción de las reparaciones y consecuencias que por lo ilícito o dañoso puede originar” (Núñez, 2015, pág. 9) además, cabe resaltar que la nulidad es producida, no por las personas y su calidad o condición de ser quienes acuerdan, sino por un objeto o causa ilícita y por la omisión de las formalidades o requisitos que según la naturaleza de cada acto o contrato debía ser observado y aplicado. Valenzuela (2022) es su tesis, nos dice que:

La nulidad relativa en nuestro Código Civil no determina un concepto claro, pero se entiende que es la naturaleza de un contrato que da la facultad de sanear el acto efectuado, ya que dicha acción de nulidad es producida por un error u omisión de un requisito que el acto necesita para ser válido y contraer obligaciones entre las partes, como por ejemplo un documento habilitante necesario para que el contrato se inscriba dicho acto en el registro correspondiente (Nulidad de acto o contrato por causa ilícita o error involuntario; y, rescisión conforme normativa ecuatoriana.[Tesis de Grado, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil], pág. 9)

Sin embargo y en concreto, la nulidad relativa se suscita en los casos de incapacidad relativa, vicios del consentimiento, y demás a los que la ley no haya previsto específicamente la nulidad absoluta, concretamente es un acto considerado relativamente nulo cuando se ha omitido alguno de los requisitos que la ley prevé y exige para determinado negocio jurídico con respecto al estado o calidad de las personas que intervienen en el al momento de su celebración.

La nulidad relativa da derecho a la rescisión del negocio jurídico y sólo puede ser alegada por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, no puede ser declarada por el juez, de oficio. Este tipo de nulidad es susceptible de saneamiento por el transcurso del tiempo (4 años) y también de ratificación por voluntad de la parte afectada, que estaría renunciando a la rescisión.

En este contexto, es importante incorporar un concepto que a la vez que agrupa aquellos detalles esenciales de cada nulidad y también los diferencia para una mejor comprensión y es que para Valenzuela (2022), tal cual lo dice en su tesis:

Todos los actos o contratos que se efectúan en el Ecuador pueden ser declarados nulos, aquellos que no cumplen los requisitos establecidos en la ley y deberemos

tener claro los tipos de nulidades para no incurrir en ellas. Conforme a nuestra legislación tenemos dos tipos de nulidades: la nulidad absoluta y la nulidad relativa, se la puede definir o entender por el acto que haya efectuado al momento de contraer una obligación, la absoluta por todo lo ilegal o causa ilícita y la relativa por un error, falta y/o omisión de un documento que solicita la ley el cual prescribe para dar eficacia al mismo” (Nulidad de acto o contrato por causa ilícita o error involuntario; y, rescisión conforme normativa ecuatoriana.[Tesis de Grado, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil], pág. 8)

Una vez descritas e identificadas a plenitud, tanto la nulidad absoluta como la relativa, con la intención de una aplicación idónea de las mismas, fijamos finalmente el plazo de prescripción extintiva de la acción de nulidad en los dos casos, siendo para la primera el de 10 años en razón de lo que manda el Art. 215 del Código Civil y la segunda, en 4 años que se contarán a partir de la celebración del acto salvaguardando algunas excepciones como la violencia e incapacidad legal que ha sido precisamente lo manifestado por el Dr. Cristóbal Ojeda (2017)

Violencia e incapacidad legal; que, en caso de violencia, el cuadrienio (es decir los cuatro años), se contará desde el día en que ésta hubiere cesado; y, para el caso de incapacidad, se contará el cuadrienio desde el día en que haya cesado esta incapacidad. (Art. 1708, inciso segundo y tercero). Dada esta situación hay que tener en cuenta que la prescripción ordinaria, de esta acción, se suspende en favor de las personas señaladas en el Art. 2409, numerales 1 y 2.” (DERECHO CIVIL ECUATORIANO EN PREGUNTAS Y RESPUESTAS, pág. 927)

1.3 NULIDAD DE CONTRATO

Empezamos por describir al contrato civil como un elemento diferente a la escritura pública en forma y esencia, por lo que decimos, al menos normativamente en el caso ecuatoriano según el Artículo 1454 del Código Civil, el contrato o convención es un acto que tienen por objeto obligar a una parte para con otra: a dar, hacer o no hacer determinada cosa o acción, donde además cada parte puede ser exclusivamente una o también muchas

personas. Sin duda este artículo mantiene también relación con el artículo 1453 ibídem, que establece a los contratos o convenciones como fuentes de obligaciones.

Es evidente, como se desprende del texto citado, que lo que la norma define es la obligación, es decir, el género, aunque se refiera a la especie que es el contrato el cual, en efecto, genera obligaciones, pero claramente no todas las obligaciones tienen como fuente los contratos, razón por la cual debemos procurar una noción adecuada de esta fuente de las obligación que es el contrato y aproximarnos a una definición concreta del mismo como todo acuerdo bilateral que tiene por objeto crear, modificar o extinguir obligaciones.

Complementando esta definición, hay que resaltar algunos elementos como la necesaria intervención de los elementos especiales que conforman un contrato como tal, y estos son el consentimiento libre de vicios, el objeto lícito, la causa lícita, las solemnidades propias y necesarias de cada contrato en particular especificadas en la ley o demandadas por la doctrina y también la capacidad de las personas que puede entenderse de manera sencilla como aquella aptitud que tenemos para adquirir derechos y contraer obligaciones en donde, además, no debemos inobservar la diferencia entre la capacidad de goce y la ejercicio que no es el tema que nos ocupa en esta oportunidad.

Conocido entonces el concepto de contrato, nos concentramos en este punto directamente en la nulidad del mismo que en base a la estructura en líneas anteriores descrita, requiere de acentuar un concepto clave con respecto al principio de la autonomía de la voluntad que sencillamente faculta a las partes contratantes a estipular tanto cuanto a ellos se les ocurra o beneficie, pero bajo un claro y evidente límite, la ley. Pues como regla general del derecho privado entendemos que, a diferencia del derecho público en donde se puede hacer únicamente aquello permitido por ley, se puede hacer con amplitud y libertad todo excepto lo prohibido por la ley.

Motivo por el cual, la ley resulta un límite o un tope para la libertad que tienen los contratantes con la finalidad de asegurar o velar por la eficacia del negocio jurídico que se pretende llevar a cabo por las partes, o entendido de otra manera, doctrinariamente se ha desarrollado el concepto con respecto de la nulidad de contrato como un agente de rol sancionatorio, es decir, en caso de que el contrato no cumpla con aquellos requisitos

normativos establecidos para dicho contrato en concreto, el mismo será nulo por aquel control y límite que sobre el mismo ejerce la ley.

Sin embargo, es menester no confundir la figura de la nulidad que hemos venido tratando con otras como la inexistencia, ya que en el caso de no cumplir con los requisitos que la ley exige, el contrato no se extingue, sino más bien demanda de una suerte de curación, esta idea se reafirma con lo manifestado por Luis S. Parraguez (2021)

Puede decirse que la nulidad es una patología del negocio jurídico, lo que resulta particularmente adecuado en nuestro sistema civil en el que, al amparo del principio de la eficacia del negocio, toda causa de nulidad, por grave que parezca, simplemente “enferma” al acto pero no provoca su muerte o extinción ipso iure. (REGIMEN JURIDICO DEL CONTRATO, pág. 583)

1.4 NULIDAD DE ESCRITURA PUBLICA

De igual forma que lo hemos hecho con el contrato, nos corresponde definir a la escritura pública y nos aproximamos a ese concepto mencionando que es, más que un elemento final, una formalidad que se le atribuye a determinados negocios jurídicos, es decir, es la categoría que le da un notario, después de verificar ciertos presupuestos, por ejemplo; a un contrato. Entonces, una escritura pública es el documento que contiene los actos y contratos o negocios jurídicos que las personas otorgan ante un Notario público y que éste autoriza e incorpora a sus libros registrales, observando todas las solemnidades pertinentes y correspondientes a la capacidad, libertad, conocimiento y el pago de los impuestos fiscales y eventualmente municipales a los cuales este o no sujeto el acto o contrato en particular. Este documento público garantiza para sociedad y el estado su perpetuidad, autenticidad eficacia y legalidad, salvaguardando y promoviendo la seguridad jurídica.

Concretamente, una escritura pública es un documento que se realiza ante un notario público sobre un determinado hecho o derecho en donde aquel en calidad de fedatario público, lo autoriza al verificar la firma del otorgante u otorgantes, capacidad jurídica del contenido y los demás elementos básicos como la fecha y los demás descritos en la ley notarial. Consecuentemente la nulidad del mismo corresponde en los eventos donde se

inobserve o incumpla con uno de aquellos, una definición, aunque sucinta, demuestra un principio fundamental que se advierte al enfrentar la nulidad de contrato y la nulidad de escritura, pues la primera es el contenido y la segunda el continente, y la nulidad del instrumento público analizada en concreto, solo podrá ser alegada por las faltas a lo que la ley notarial considere correspondientes y no por las mismas causas que nulitan un contrato.

CAPÍTULO II: NORMATIVA ECUATORIANA REFERENTE A LAS NULIDADES

2.1 NORMATIVA APLICABLE EN EL CASO DE NULIDAD

CONTRACTUAL

Para el efecto, nos ocuparemos en revisar el articulado del Código Civil en lo correspondiente al contrato y a su nulidad, empezando por analizar a profundidad el título XX de la nulidad y la rescisión que inicia por el Art. 1697 que nos da directamente el concepto de acto nulo: “Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes. La nulidad puede ser absoluta o relativa” (Codigo Civil, 2022,14 de marzo, pág. 117) artículo que, aunque de forma general, nos indica que existen dos esferas que dan validez a un acto, por un lado, el cumplir con los requisitos establecidos en la ley conforme a la especie del acto y por otro lado con respecto a las partes, es decir, en virtud de la calidad o estado de las personas que concurran en determinado negocio jurídico.

La separación o individualización de estas dos esferas como las hemos tratado anteriormente, tienen el objetivo de ayudarnos a entender con mayor claridad la necesidad de contemplar cada aspecto no solo con respecto del negocio jurídico que se plasmara e instrumentara, sino también con respecto de las partes que pueden o no intervenir en el mismo, ya que resulta clara la posibilidad de cumplir con el primer espectro legal y no con el otro.

Finalmente, enfrentamos una clasificación final que nos da a entender el anterior artículo invocado sobre las nulidades y su bifurcación en relativas y absolutas, que a su vez son producidas por diferentes causas para lo cual y por ventaja tenemos el Art. 1698 que describe las causales de nulidad.

La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas. Hay asimismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces. Cualquier otra

especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato (Asamblea Nacional del Ecuador, 2022,14 de marzo, pág. 117)

El artículo antecedente contiene inmersas las causales de nulidad que a continuación individualizaremos en conjunto con la normativa que el código Civil, para cada caso, a previsto, iniciando por la nulidad absoluta, que en razón del artículo antedicho, se advierten cinco causales que naturalmente engloban a la capacidad de las partes, donde a raíz del artículo 1463 entendemos que los impúberes, los dementes y las personas sordas que además no puedan darse a entender ni verbal, escrita o por lenguaje de señas, son para la ley absolutamente incapaces y su participación directa en un contrato acarrearía la nulidad absoluta pues sus actos, conforme lo detalla la norma, no producen ni siquiera obligaciones naturales.

Las demás causales que nos ocupan se enfocan meramente en aquello que la ley prevé para darle validez al contrato en sí mismo, iniciando por el artículo 1478 del código civil hasta el 1482 que nos describen a detalle lo que la ley prohíbe y entiende como objeto ilícito de un negocio jurídico que son la consecuencia de inobservar lo que el artículo 1477 ibídem que en una suerte de regla general, nos señala plenamente los límites con respecto del objeto en un contrato que debe tener nuestra autonomía de la voluntad en el orden de proteger la seguridad jurídica como uno de los valores superiores que apunta alcanzar y proteger el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Por otro lado, el artículo 1483 del Código Civil, sobre la ilicitud de la causa, trae consigo la premisa de que sin causa real y lícita no puede haber una obligación, sin embargo, a consecuencia de la autonomía de la voluntad no es necesario especificar el motivo concreto de cada negocio jurídico que se lleve a cabo y por otro lado , el mismo artículo explica que “ se entiende por causa el motivo que induce l acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público. (Asamblea Nacional del Ecuador, 2022,14 de marzo, pág. 102)

La cuarta causa de nulidad corresponde a la omisión de aquellas solemnidades o ritualidades esenciales para que un contrato sea válido, lo cual es fácilmente identificable a través de un ejemplo sencillo como son los testigos en un testamento o la necesidad de, escriturar, en términos coloquiales (notarizar) una promesa de compraventa. Finalmente,

para Luis S. Parraguez (2021) “Fuera de esos casos expresamente previstos por el código, es causa de nulidad absoluta, en general, la omisión de un requisito de validez prescrito por la ley en consideración a la naturaleza del negocio.” (REGIMEN JURIDICO DEL CONTRATO, pág. 586)

Por otro lado, la normativa ecuatoriana también comprende las nulidades relativas en el caso del contrato, pero de forma mucho menos pormenorizada que con respecto de la nulidad absoluta, tomando como punto de partida el artículo 1698 del Código Civil, en su parte final, donde nos indica que, fuera de los vicios que producen nulidad absoluta, todas las demás especies de vicios producirán nulidad relativa, es decir, el legislador a través de esta norma, de cierta forma califica de manera general y secundaria a la nulidad relativa diciéndonos que se genera en todo lo que no ha sido especificado con respecto a la nulidad absoluta.

Puntualmente, es en el Artículo 1700 *ibídem*, que encontramos la descripción normativa de las cualidades y alcances de la nulidad relativa, que para empezar el legislador indica, que solo a petición de parte el juez podrá así declararla y deberá ser alegada por quienes se beneficien de lo establecido en la ley, por sus herederos o cesionarios. Además, el artículo invocado en su parte final define dos condiciones que deben cumplirse, no necesariamente de forma simultánea, para el saneamiento de esta nulidad: por la ratificación de las partes o por el transcurso del tiempo.

Como es evidente, la normativa con respecto de la nulidad relativa se presenta en una suerte de complemento o remanente dentro del Código Civil ecuatoriano en relación a la nulidad absoluta y esto en virtud de que no existe una descripción taxativa o que refiera particularmente a cuáles son las causales de nulidad relativa como lo hemos analizado previamente en el desarrollo de este análisis, lo que resulta una regla general desde la cual partimos el análisis, ya que la nulidad relativa será en todos los casos en donde la ley no sancione expresamente determinada situación con la nulidad absoluta, un enfoque que para el autor referido, desembocaba en 3 principales causas de nulidad relativa.

A la primera a la que haremos referencia, hace uso de una denominación diferente a Nulidad Relativa, sin embargo, a ella se refiere al decir que la nulidad que acarrea determinada situación “no es absoluta”, este particular lo encontramos en el artículo 1463

del Código Civil en su inciso tercero donde la norma aclara que son incapaces quienes se hayan en interdicción de administrar sus bienes, los menores adultos y las personas jurídicas. “Pero la incapacidad de estas clases de personas no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2022,14 de marzo, pág. 101) artículo que concretándolo, nos evidencia la primera causa de nulidad relativa, la incapacidad relativa de alguna de las partes.

La siguiente causa, comprende los vicios del consentimiento que los encontramos normativamente descritos a partir del artículo 1467: error fuera y dolo, que concretamente en el Artículo 1469 inicia tratando el error de hecho sobre la especie del acto y la identidad de la cosa, es decir, cuando una persona confunde el contrato que celebra como puede ser el caso de un préstamo con una donación o con respecto de la cosa, las partes contratantes no identifiquen a la cosa objeto del negocio de la misma manera y directamente entiendan como objeto del negocio a cosas totalmente diferentes. Continuando de forma secuencial, el artículo 1470 y 1471 del Código Civil, tratan también la identidad de la cosa, pero desde la sustancia o la calidad determinante de aquella, es decir, sobre su calidad esencial como en el caso de una barra brillante dorada que puede ser oro pero también puede ser un metal cualquiera pintado de color dorado que se asemeje, y también sobre la persona, en el caso de que su identidad sea especial, determinante y causa principal para la celebración del contrato en particular.

Finalmente, la tercera causal señalada por el autor Luis Parraguez es con respecto del estado y calidad de las partes intervinientes en un contrato cuando se ha omitido precisamente ese requisito de validez que la ley prevé (artículos 1697 y 1698), como por ejemplo aquel consentimiento requerido de ciertas personas para la validez de algunos actos, “entre ellos el del conyugue en el régimen de sociedad conyugal, para la disposición, limitación y gravamen de bienes raíces, vehículos a motor y acciones y participaciones mercantiles, pertenecientes al haber de la sociedad conyugal (artículo 181)” (Parraguez, 2021, pág. 605) particular que además consta en el segundo inciso del artículo 1700 donde la ley claramente habilita una acción de nulidad relativa a favor del cónyuge cuyo consentimiento era necesario y fue omitido o inobservado.

2.2 NORMATIVA APLICABLE EN EL CASO DE NULIDAD DE ESCRITURA

En cuanto al régimen normativo de las escrituras públicas, es menester señalar que la Ley Notarial es aquella encargada de la regulación de los instrumentos públicos y del desarrollo notarial de los diferentes negocios jurídicos, motivo por el cual, iniciaremos con la referencia directa y primordial que nos da esta ley con respecto de la escritura pública y su concepto normativo en el Art. 26 “ Escritura pública es el documento matriz que contiene los actos y contratos o negocios jurídicos que las personas otorgan ante notario y que este autoriza e incorpora a su protocolo.” (Ley Notarial, 2023, 7 de febrero, pág. 10)

Si bien la Ley notarial mantiene absoluto protagonismo en este capítulo, es en razón de los siguientes artículos del Código Civil que se desprenden las circunstancias y condiciones, por así decirlo -generales- que nos dan a entender los casos donde se genera una nulidad de acto o contrato en relación a la falta de una formalidad, puntualmente en el artículo 1697 y el 1698 ibídem, donde se hace referencia, sin especificar mayor detalle sobre la especie, naturaleza o calidad de las partes, a aquellos requisitos y formalidades que la ley prescribe como indispensables en ciertos actos o contratos, y es aquí donde incorporamos la normativa presente en la ley notarial que precisamente incluye dichos presupuestos formales y señala las nulidades posibles en caso de inobservancia de los mismos.

En este contexto, hemos de señalar aquellos artículos correspondientes a la nulidad de escritura pública contenidos en la Ley notarial, empezando por el Art. 44 que se encuentra dentro del capítulo cuarto de las nulidades y sus sanciones que nos señala a su vez a otro artículo del mismo cuerpo normativo, puntualmente, los numerales 3 y 4 del Art.20 que de ser inobservados o la infracción a los mismos, conlleva no solo una nulidad de escritura sino también la destitución del notario salvaguardando además cualquier tipo de responsabilidad de orden civil o penal.

Dentro del Art. 20 antes mencionado, el numeral 3 corresponde a “Autorizar escrituras de personas incapaces, sin los requisitos legales; o en que tengan interés directo los mismos notarios, o en que intervengan como parte su cónyuge o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad” (Asamblea Nacional del Ecuador,

2023, 7 de febrero, pág. 8)y tal como ha sido transcrito de la ley, se evidencian dos circunstancias notorias, la primera con respecto de la capacidad de las partes intervinientes y la segunda directamente con la relación sanguínea o de parentesco que mantenga un notario con las partes intervinientes en un negocio jurídico que, dicho sea de paso, también es el tipo de acto a celebrarse un elemento importante y necesario de observar para evitar posibles nulidades pues , por ejemplo; un notario no puede autorizar un testamento que contenga disposiciones a su favor.

Por otro lado, con respecto del numeral 4; conscientes de que las obligaciones del notario para autorizar determinado instrumento público evidentemente son diferentes a las obligaciones de las partes para celebrar un contrato, hemos de decir que lo descrito en la norma invocada: el autorizar, a sabiendas, una escritura simulada, es una disposición que se advierte en un primer momento como confusa, esto en función de que se puede interpretar que dicha -simulación- puede recaer no solo en el negocio jurídico sino, a tono con esta norma, en la escritura pública en sí misma.

Planteados los dos escenarios, a partir del artículo antedicho, resulta pertinente entender qué es la simulación y para el efecto haremos uso del siguiente concepto: “la simulación es la declaración de un contenido de voluntad no real, emitida 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” (Ferrara, 2017, pág. 250) decimos entonces, a partir de esta definición y en general del tratamiento doctrinal que se ha dado, que la simulación recae esencialmente sobre el negocio jurídico, es decir, sobre aquella contradicción entre el deseo íntimo y real de las partes frente al contrato en concreto que están llevado a cabo y no sobre aquel revestimiento de solemnidad que le da un notario al elevar a escritura pública tal negocio jurídico.

En este sentido, resulta sencillo entender a la norma invocada cuando el conocimiento de la simulación recae sobre el negocio jurídico, pero, sin ser el tema objeto de la presente, es menester comprender también dicha norma en cuanto al conocimiento de la simulación, ya no del contrato, sino de la “escritura” en sí misma, verificándose a priori, que lo único sobre lo que se podría simular una escritura es con respecto de su forma y en general sobre lo establecido en la ley Notarial Artículo 48 que establece la nulidad en los

casos por defecto en la forma de las escrituras, lo cual evidentemente resulta más complejo y poco común.

Sin adentrarnos más en la temática de la simulación, continuamos con el articulado normativo de las nulidades desarrollando el antedicho Artículo 48, pues presupone varios escenarios en virtud de los cuales se producirá una nulidad, naturalmente todos en torno a un defecto de la forma, pero precisando que son estas circunstancias las cuales, taxativamente, anularán las escrituras, siendo otras omisiones o faltas, simplemente castigadas con multas, pero no serán nulas las escrituras.

Dichas circunstancias engloban a las escrituras sin: designación del tiempo y del lugar en que fueron realizadas, los nombres de los otorgantes, la firma de partes y en caso de que no puedan escribir o no sepan, la de un testigo que lo haga por ellas y las procuraciones o documentos habilitantes, además, la presencia de dos testigos física o telemáticamente cuando intervengan en el acto y también la del notario o de quien haga sus veces, todos estos son los requisitos que caracterizan a un instrumento público y le dan validez pues de faltar uno de ellos pero de igual forma contar con las firmas de las partes, tal documento se valoraría como instrumento privado tal cual lo prevé el artículo 34 de la misma ley notarial.

Finalmente, dentro del capítulo IV de las nulidades y sanciones de la Ley Notarial, analizamos los artículos:45,46 y 47 restantes que, sin desmerecer su presencia en la ley, hemos de decir que por su contenido, no demandan exuberante análisis, describiendo el primer artículo la obligación de pagar los impuestos respectivos sobre el verdadero valor del acto o contrato, el segundo la obligación de cumplir con el Art. 25 ibídem con respecto de los testamentos cerrados y por último, el Artículo 47 donde destaca la precisión y pulcritud del obrar del notario quien, en virtud de este artículo, se ve obligado a incorporar una escritura pública al protocolo en la página exacta que correspondería respetando el orden cronológico.

No obstante, de haber analizado ya el capítulo correspondiente a las nulidades, la Ley Notarial prevé otras exigencias con respecto de las escrituras públicas que, de ser inobservadas, acarrearían posibles nulidades, tal como es el caso del Artículo 29 de la Ley Notarial, puntualmente en su numeral 6, se encuentra la obligación del notario a dar fe del

conocimiento de las partes otorgantes, de los testigos y de los interpretes cuando estos intervengan, teniendo en consideración que de no poder dar fe de conocimiento de los interesados, se tiene que respetar la forma establecida en el numeral subsiguiente del mismo artículo para solucionar dicha situación que de no ser solventada en esas condiciones, acarrearía la nulidad del instrumento público.

Finalmente, el artículo 29 *ibídem* en su numeral 11 contiene la obligación de las partes otorgantes y del notario además de los testigos e intérpretes en caso de haberlos de realizar la suscripción, en un solo acto después de salvar como dice el código, las enmendaduras o testaduras de ser el caso cuando el acto sea prestado de forma física, sin embargo, lo realmente interesante de esta disposición de la Ley Notarial es su segundo inciso: “ si el acto o contrato se realiza de forma telemática, en la escritura se incorporara la firma electrónica de todas y todos los comparecientes y de la o del notario.” (Ley Notarial, 2023, 7 de febrero, pág. 11) Lo que nos da a entender la posibilidad de celebrar, en las condiciones descritas por la norma y demás aplicables, que existe la posibilidad de llevar a cabo una escritura pública, de forma no necesariamente presencial en un mismo espacio físico, sino que también puede ser a través de medios telemáticos, siendo necesaria únicamente la firma electrónica del notario y de quienes comparezcan.

Del párrafo anterior, es importante destacar como la tecnología y la tendencia de simplificación de trámites, que responden tanto a los intereses globales como al principio de celeridad presente en nuestro sistema normativo, al día de hoy, han permeado también a la Ley Notarial que evidentemente está presente en la mayoría de negocios jurídicos que se llevan a cabo en la cotidianeidad y que ahora, gracias a las diferentes reformas que ha tenido, permiten una mayor agilidad y facilidad de acceso a las personas.

En este punto, analizadas ya las disposiciones fundamentales contenidas en la ley notarial correspondientes a las nulidades de los instrumentos públicos, cabe recalcar que aquellas desembocan en una nulidad absoluta, siendo importante también referirse a las disposiciones que, provocando de igual manera, nulidad de la escritura pública, lo hacen pero de forma relativa y, para el efecto, iniciamos por el Artículo 45 de la Ley Notarial que a su vez, en base al artículo 20 en su numeral séptimo que prohíbe a los notarios autorizar escrituras en las cuales no se determine la cuantía del acto o contrato, señala la invalidez de

la escritura que no respetando la exigencia del Artículo 20 se hubiere otorgado pues no podrán además pagar los impuestos correspondientes al verdadero valor del acto o contrato, haciendo hincapié en el contexto donde intervengan extranjeros, ya que serán ellos los responsables de cubrir dichos impuestos además de los daños y perjuicios.

Por otro lado, en la parte final de este artículo, se establece la potestad fiscalizadora de la Contraloría General del Estado y de la Dirección General de Rentas con respecto de todos los actos o contratos que se hayan realizado contraviniendo lo antes descrito para posteriormente pedir la destitución del notario ante el órgano competente que en la actualidad es el Consejo de la Judicatura.

Continuando con las nulidades relativas, del ya analizado artículo 48, nos enfocamos en su inciso final que permite, con respecto de las formalidades relativas a las procuraciones y documentos habilitantes de los diferentes actos o contratos constantes en el primer inciso del artículo, que se agreguen en originales al registro del notario o en su defecto que se inserten en el texto de la escritura salvo los casos en donde existan escrituras otorgadas antes del 24 de diciembre de 1895 , pues en esos casos la ley permite la subsanación de la omisión, protocolizando dichos documentos o procuraciones.

Dichos documentos habilitantes, engloban más de lo que a primera vista se puede advertir, esto en función de que la doctrinariamente se encuentra presente la división de los documentos habilitantes en dos clases según su origen; los legales y los voluntarios, siendo los primeros todo dos aquellos referentes a la capacidad de los intervinientes y los que la ley exija para cada caso e concreto y siendo los voluntarios, en palabras de Andrade (2018) los sigueintes:

Los documentos que se incorporen a las escrituras por voluntad de las partes como planos, balances o formularios no deberían ser considerados como habilitantes, en razón de que su omisión no anula la escritura ya que no “habilitan” la comparecencia de los que intervienen ni son exigidos por la ley (NULIDAD DE LA ESCRITURA PÚBLICA Y NULIDAD DE LOS ACTOS Y CONTRATOS. FALSEDAD DEL INSTRUMENTO PÚBLICO [Tesis de maestría, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil], pág. 30)

CAPÍTULO III: EFECTOS Y DIFERENCIAS DE LAS NULIDADES EN PUGNA

3.1 EFECTOS DE LA NULIDAD DE CONTRATO

En base a lo desarrollado anteriormente con respecto de los contratos, se colige fácilmente el efecto primigenio y fundamental de la nulidad de aquellos, pues, siendo estos un acuerdo de voluntades coordinadas en función de un objetivo ciertamente beneficioso para las partes intervinientes, evidentemente el verse frustrado ese objetivo o fin, sería un despropósito y como tal, un fracaso, que no permite se vea realizada la voluntad de las personas en sus diferentes negocios jurídicos, por lo que será, justamente esta no realización de las voluntades, el efecto que produce la nulidad.

En este escenario destructor del contrato que hemos descrito en sencillos términos, precisaremos los efectos de la nulidad entre las partes, empezando por la presunción de validez de la que gozan los negocios jurídicos y que se rompe dejando al contrato carente de toda eficacia y aquellas obligaciones contenidas dentro de sí, serán indiscutiblemente inejecutables, tal cual lo corroboramos con el artículo 1583 del Código Civil que se encuentra dentro del título XIV de los modos de extinguir las obligaciones, puntualmente en el numeral noveno “ Por la declaración de nulidad o por la rescisión” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2022,14 de marzo, pág. 109) .

Previo a continuar con el análisis de los efectos, lo primero que debe observarse es que los efectos de las nulidades requieren de una sentencia firme. Es decir que la ley exige que la sentencia que declare la nulidad haya surtido los efectos de cosa juzgada. Tales efectos pueden producirse solamente cuando la sentencia ha causado ejecutoria, esto es, cuando ya no es susceptible de recurso alguno; o cuando no ha sido impugnada; o cuando habiendo sido impugnada, la parte ha desistido del recurso o lo ha abandonado, bien porque no se remita el proceso al superior, bien porque no concrete el recurso ante el superior, bien, en fin, porque no se haya despachado el proceso dentro de los términos señalados por la ley (dos años). Es preciso, además, que entre la p primera sentencia que se haya pronunciado y la segunda acción que pueda llegar a proponerse, para que quepa la excepción de cosa juzgada, se den las tres identidades, esto es, la identidad objetiva, la identidad subjetiva y la identidad de causa.

Ahora bien, la normativa del Código Civil, puntualmente el Artículo 1704 titulado como los efectos de la declaración de nulidad, entendemos que toda la situación provocada por el

contrato, una vez declarado nulo por sentencia judicial ejecutoriada, será restituida al estado anterior a la celebración de dicho contrato y para que aquello acontezca, verificamos lo que manda el antedicho artículo:

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos y la posesión de buena o mala fe de las partes... (Asamblea Nacional del Ecuador, 2022, 14 de marzo, pág. 117)

Naturalmente, el analizado artículo, cobra mayor sentido cuando se han ejecutado ya entre las partes determinadas prestaciones contractuales y por lo tanto corresponde una restitución entre ellas, salvaguardando sin duda el derecho existente en los contratos donde no existe tal equivalente entre las prestaciones o no son estrictamente bilaterales, sino entendidos como unilaterales, resaltando el caso de la donación donde cabe la devolución de lo donado en virtud de una declaración de nulidad.

Ocupándonos de esta consecuencia restitutoria de la declaración de nulidad, es menester advertir una posible confusión entre el efecto de la acción de la nulidad, el cual es objeto de este análisis, y una acción reivindicatoria, pues el hecho de que en un contrato declarado nulo, las cosas vuelvan a su estado anterior y se devuelvan o restituyan entre las partes a consecuencia de lo que hemos analizado en la norma anterior, nada tiene que ver con la acción civil de la reivindicación que esencialmente es la facultad que tiene el dueño no poseedor de un bien a reclamar su devolución y es una acción real distinta a la nulidad que no trataremos en esta oportunidad.

Sin embargo, quien, si tiene una acción reivindicatoria neta, es el contratante que se enfrenta a la situación en donde la cosa, objeto del contrato, ya no está en el poder de la parte que debía restituirla, sino que está en poder de un tercero, es aquí, donde el reclamante puede emprender una acción de reivindicación en contra del tercero poseedor, lo cual resulta en última instancia favorable para quien tiene el derecho a reclamar, pero hemos de ver la posibilidad de que la cosa se haya perdido o peor aún, se haya destruido y ya no existirá acción reivindicatoria posible, lo cual deja al propietario original de la cosa con la única posibilidad de exigir lo dispuesto en el inciso final del Artículo 1704 antes analizado.

Dicho sea de paso, con respecto del caso fortuito, han de aplicarse directamente las normas contenidas en el título XIX de la pérdida de la cosa que se debe del Código Civil , atendiendo esencialmente a dos directrices; la primera se da cuando la parte contratante obligada a dar la cosa la pierde por caso fortuito, en ese caso no le corresponde responder por ella salvo que se encuentre en mora, pues ahí sí deberá pagar el precio de la cosa y adicionalmente los perjuicios por encontrarse en mora, pero, se advierte también la posibilidad de que se demuestre que el caso fortuito hubiese afectado a la cosa incluso en poder de la parte acreedora contratante, en cuyo caso, solo se deberá una indemnización por la mora. Una situación diferente a la segunda directriz esencial, que se da, ya no cuando la pérdida o destrucción de la cosa es por caso fortuito, sino por culpa, donde es entera responsabilidad de la parte que tenía que entregar la cosa, el pagar su valor y las indemnizaciones correspondientes a los perjuicios ocasionados.

En el mismo inciso, de forma subsiguiente al caso fortuito, se trata a la buena o mala fe de las partes en su posesión de la cosa y consecuentemente su responsabilidad restitutoria de las cosas haciendo hincapié en las condiciones de la misma como mejoras, deterioros, frutos, etc., sin duda un amplio y suficiente tema para tratarlo íntegramente en un estudio individualizado, sin embargo, se pueden sintetizar varias de las normas llamadas a solucionar o regular estos casos, según lo expresando por Luis S. Parraguez (2021) en las siguientes proposiciones:

(i) el contratante de buena fe no está obligado a la restitución de los frutos percibidos antes de la demanda (artículo 951); (ii) tiene derecho al reembolso de las mejoras útiles (artículo 953) y a retirar los materiales de las mejoras voluptuarias (artículo 955); y (iii) solo responde de los deterioros de la cosa ocasionados por un hecho suyo (artículo 950). (REGIMEN JURIDICO DEL CONTRATO, pág. 637)

Una vez hemos descrito varios escenarios de la nulidad y consecuentemente de la restitución que se puede dar sobre las cosas objeto de los contratos, corresponde también describir la circunstancia o posibilidad de que no proceda dicha restitución en función de que la nulidad ha sido declarada por ilicitud del objeto o de la causa precisamente porque en el Artículo 1484 del código civil, se prohíbe la repetición de lo que se ha pagado o dado entorno a una causa u objeto ilícito pero sobresaltando una particularidad, a sabiendas, es decir, las partes contratantes, conociendo de la ilicitud, de igual forma celebraron el negocio jurídico por lo que esta situación afectara a las dos partes conocedoras de la ilicitud.

Por otro lado, siguiendo el orden de tratamiento del Código Civil, nos ocuparemos del caso en donde procede o no la restitución de la cosa recibida en los casos de nulidad del contrato celebrado con un incapaz, situación contenida en el artículo 1705, donde se coligen dos situaciones con respecto de la persona capaz; la primera que deberá restituir aquello recibido en virtud del negocio jurídico y la segunda que no podrá exigir se le devuelva aquello que pago o gasto para celebrar el contrato con la persona incapaz, y como resulta evidente, nada se dice con respecto del deber de obrar de la persona incapaz, pero por mera lógica y por un principio en pro de aquellos, la norma, hace una excepción a los criterios comunes y resulta llamada y creada en torno a sancionar a la persona no incapaz por no aplicar la diligencia común para advertir la condición de su contraparte contractual de la cual solo se podrá reclamar un eventual derecho de restitución o reembolso en el caso de que se probase, bajo las consideración del ultimo inciso de la norma invocada, que existió un enriquecimiento en virtud de ese contrato celebrado.

Con respecto a terceros, tenemos que atender lo dispuesto en el artículo 1706 ibídem, para comprender otro de los efectos de la nulidad que es precisamente el derecho a reivindicar la cosa materia del contrato declarado nulo, pero cabe precisar la circunstancia en la que esta acción opera, pues será posible cuando la cosa objeto del contrato esté en poder de un tercero contra el cual se podrá accionar la restitución bajo un fundamento jurídico sencillo, el cual parte de la premisa de que no siendo el contrato valido y entendiéndolo como no celebrado, consecuentemente, el negocio jurídico celebrado por el obligado a restituir tampoco tendrá eficacia, por lo que el tercero que consiguió tener en su poder la cosa, se verá obligado a devolverla.

Aplicando una consideración práctica, en las condiciones descritas anteriormente, es decir, cuando la cosa objeto del contrato, dentro del tiempo comprendido entre la celebración del contrato y la ejecutoria de la sentencia que declare su nulidad, ha pasado a estar en poder de un tercero que nada tiene que ver con el contrato inicial del cual se pretende la nulidad, cabe en función del Artículo 145 del Código Orgánico General de Procesos que permite la pluralidad de pretensiones, en orden a garantizar un ejercicio efectivo de la justicia y evitar dilataciones innecesarias, se puede plantear a través de una misma demanda la acción de nulidad y la acción reivindicatoria contra el tercero por ser estas acciones compatibles y no contradictorias, incluso cuando su naturaleza es diferente, dejando claro que la acción de reivindicación está supeditada al prospero resultado de la acción que busca la nulidad y además deberá ser exigida cada una conforme a su correspondiente contradictor.

Por otra parte, y con el afán de abarcar tantos cuantos escenarios sean posibles con respecto de los efectos de la nulidad, nos encontramos con aquel efecto provocado por los contratos prohibidos por ley, mismos que en principio, aparentan una evidente y sencilla consecuencia de no tener ningún valor, sin embargo, el Artículo 9 del Código Civil también expresa una salvedad en cuanto la misma norma designe expresamente algún otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención a dichos actos prohibidos por la ley.

De lo anterior se desprende, que, frente a un contrato prohibido por ley, el mismo es directamente insubsanable por la prohibición insuperable que el legislador a impuesto sobre el mismo, pero existen excepciones donde la ley en verdad busca, más allá de una estricta prohibición, una forma de exigir se cumpla con los requisitos que la misma prevé para determinado negocio jurídico, una distinción que nos aproxima a un mejor entendimiento de los casos de nulidad absoluta y hacemos referencia a lo contenido en el Artículo 1482 del Código Civil que nos indica algunos casos de objeto ilícito que directamente acarrearán una nulidad insubsanable, mientras que, por ejemplo, si evidenciamos otra prohibición expresa como la compra de cosas del mandante por parte del mandatario, la cual, de llegar a darse, produce una nulidad pero relativa en cuanto puede subsanarse con la aprobación expresa del mandante.

Finalmente, en el contexto de los efectos de la nulidad en los contratos, analizamos de paso también la posibilidad conexa de indemnización de perjuicios, para lo cual es importante señalar que incluso en la ausencia de norma expresa referente al pago de daños emergentes o de lucro cesante a consecuencia de la nulidad y aun cuando la nulidad de un negocio jurídico no constituye per se un motivo para demandar una indemnización, es posible plantear una acción en los casos donde un contrato declarado nulo traiga consigo algún hecho u acto que desencadene un perjuicio que también puede darse como consecuencia de los actos ilícitos. De todas formas y sin adentrarnos a profundidad en la discusión, las consecuencias perjudiciales en general, pueden y deben ser reparadas por aquella parte contractual que genere las mismas independientemente de si existe norma expresa que vincule la nulidad de un contrato con una acción de perjuicios ocasionados.

3.2 EFECTOS DE LA NULIDAD DE ESCRITURA PUBLICA

Del segundo capítulo que antecede al que nos ocupa y que se ha desarrollado analizando la normativa del Código Civil Ecuatoriano y la Ley Notarial, resulta verificables aquellas consecuencias del incumplimiento o inobservancia de lo prescrito por la norma, además de que, si atendemos al contenido literal de la misma, el producto de la sanción impuesta por la ley, entendida como la nulidad, es la privación o ausencia de efectos de la escritura pública con la intención de volver a la partes al estado anterior de la celebración de dicha escritura.

Es importante insistir en que la es solo a partir de la declaración de nulidad de instrumento público que este deja de producir sus efectos normales, pues resulta evidente que mientras esto no suceda, dicha escritura existe y consecuentemente genera efectos jurídicos los cuales, como ya hemos desarrollado antes, en virtud de esta sanción legal que representa la nulidad, se ven truncados, donde además precisamos también el efecto de la nulidad absoluta de escritura pública y el efecto de la nulidad relativa, pues de la normativa invocada en el capítulo correspondiente, se advierte que existen varios articulados destinados a tratar cada situación.

Sin embargo, aunque al principio esta diferenciación entre nulidad absoluta y relativa de la escritura pública se asemeje a un tema de estudio demandante y basto de desarrollo, hemos de cerrar esta idea y decir que la consecuencia de la nulidad absoluta es únicamente que no susceptibles de convalidación mientras que aquellas escrituras públicas que adolecen de nulidad relativa, si lo son. Entendiendo a la convalidación tal cual lo expreso Guillermo Cabanellas (2008) aquella es:

Hacer válido lo que no lo era. La convalidación constituye un acto jurídico por el cual se torna eficaz otro que estaba viciado de nulidad relativa. Ahora bien, si el acto que se intenta convalidar es nulo, de nulidad absoluta, también lo será la convalidación; de tal manera que sólo cabe realizarla en aquellos actos cuya nulidad sea subsanable (DICCIONARIO ENCICLOPEDICO DE DERECHO USUAL, pág. 419).

Por otro lado, entendiendo los efectos primordiales de la declaración de nulidad de escritura, es menester enfocarnos en las personas que participan en ella, y no precisamente

en las partes intervinientes, es decir, en aquellas que celebraron el contrato contenido dentro de la escritura pública, sino más bien en el notario que da fe de ella, y como hemos desglosado normativamente, los deberes y responsabilidades del mismo son evidentemente de forma y únicamente con respecto del continente, razón por cual de verse afectadas aquellas, en varios artículos de Ley Notaria se condena al Notario a su destitución y esta es en efecto la consecuencia directa también de una declaración de nulidad, la cual, procede única y exclusivamente cuando la ley así lo determina en cada caso en concreto como lo manda el Artículo de la Ley Notarial en cuanto se incumplan aquellas formalidades establecida en el Artículo 25 del mismo cuerpo normativo.

Ahora bien, la participación del notario, se podría decir que hasta ínfima resulta al momento del otorgamiento de una escritura pública, sin embargo, es de tal gravedad su eventual error que puede provocar, por una parte y absolutamente vinculada a sus intereses, su destitución, y por otra, más relacionada al interés de las partes, la posibilidad de accionar en contra de la persona notaria un eventual juicio de nulidad de escritura pública, y es precisamente de la legitimación pasiva de los mismos que existe cierta discusión.

Los notarios tendrán entonces legitimación pasiva cuando la demanda que busca una declaratoria de nulidad de escritura pública, manifieste y pruebe irregularidades en la actuación neta de dicho funcionario, es decir, cuando existan defecto de forma, insistiendo en punto en la importancia de comprender al Instrumento público como un continente del contrato que es realmente el fondo de los asuntos, pues dicha forma es el revestimiento solemne que las personas buscan dar a sus negocios jurídicos y que además la ley exige en orden de, entre otras cosas, garantizar la seguridad jurídica y éxito de los diferentes negocios jurídicos, razón por cual, en el caso de que la actuación notarial sea negligente o de mala fe incorrecta, el notario deberá responder por sus actos tanto civilmente, en cuanto a los daños y perjuicios que ocasione, como penalmente de ser el caso también, pues su castigo, no se reduce únicamente a su destitución como lo hemos advertido en el articulado de la Ley Notarial.

En este punto, no cabe duda de la necesidad de vincular al notario público que dio fe de determinado instrumento público, cuando la pretensión de una demanda sea el buscar la nulidad del mismo, exclusivamente en ese caso, se deberá citar al notario, pues siendo de

otra forma, la eventual sentencia de un caso donde se incluya al proceso a un notario y que lo que se discuta realmente sea el contrato contenido en la escritura, carecería de finalidad con respecto de este, cabe precisar además, que “el notario carece de legitimación pasiva a la causa, cuando la nulidad de la escritura provenga de vicios internos en las declaraciones de las partes, que el notario no haya conocido.” (Casillas, 2014).

Finalmente, habiéndose declarada la nulidad, y volviendo al concepto de continente y contenido para referirnos a la escritura pública y el contrato respectivamente, existe una posible consecuente interrogante derivada de la nulidad de escritura pública, y es aquella vinculada a la eficacia del contrato inmerso en ella, y la respuesta es absolutamente categórica; la nulidad de escritura pública acarrea consigo la ineficacia del contrato contenido, pues aunque sean cosas evidentemente diferentes, por ejemplo, un contrato de promesa de compraventa para ser válido exige se cumpla con aquella solemnidad de instrumentalizar ante un notario y de no ser así, habrá desaparecido uno de los presupuestos para su validez y será nulo también, tal cual lo interpreta Luis S. Parraguez (2021)

Esa relación ha sido punto de discusión en materia procesal donde se la ha examinado en relación con la llamada pretensión implícita de nulidad del contrato y con el efecto de cosa juzgada. Se ha dicho, en efecto, que la demanda de nulidad de una escritura pública debe entenderse como pretensión implícita de nulidad del contrato, cuando la causa de nulidad alegada en realidad lo es de este último y no propiamente del instrumento. (REGIMEN JURIDICO DEL CONTRATO, pág. 587)

De lo anteriormente transcrito, casi que, por un razonamiento silogístico, se puede llegar a comprender que, si un instrumento público constituye, en algunos casos, una solemnidad esencial del contrato, y que, declarada la nulidad de la escritura, también el contrato perderá su validez, consecuentemente, si la demanda de nulidad pretende la nulidad del contrato o de la escritura pública, indistintamente se obtendrá el mismo resultado, particular que no debe, en el contexto normativo ecuatoriano, entenderse de esa forma por motivos a los cuales nos aproximaremos separándolos en dos; el primero de ellos con respecto a que, si bien es cierto, la nulidad de escritura trae consigo la consecuencia de una nulidad integral, es decir, tanto de la escritura pública como del contrato, la nulidad de contrato no produce ni acarrea la nulidad de la escritura pública, lo cual, probablemente

rompa a priori un esquema lógico de interpretación de la situación pero en efecto nada tienen que ver los requisitos de validez de un contrato con los de un instrumento público.

Lo propio ocurre con respecto del segundo motivo; el artículo 142 del Código Orgánico General de Procesos que nos exige en su numeral 9 la determinación de una pretensión clara y precisa, lo cual resulta incompatible con la idea de suponer o colegir una pretensión implícita de nulidad de contrato al demandar nulidad de escritura incluso cuando la consecuencia sea aquello, precisamente porque las causas para una u otra nulidad, difieren no solo en el aspecto sustantivo sino en el procedimental también, pues hemos verificado lo que manda, prohíbe y permite la Ley notarial y El Código Civil Ecuatoriano con respecto de los actos y contratos así como de las escrituras públicas, y cada motivo o circunstancia que provoca la nulidad en cada caso, son diferentes, además de que los legitimados pasivos, también son diferentes en cada caso, ya que nada tiene que ver una notario en la voluntad de una persona al contratar, sino solo con respecto, insistimos, en las formas del instrumento público.

3.3 DIFERENCIAS PUNTUALES ENTRE NULIDAD DE ESCRITURA Y NULIDAD DE CONTRATO

Para lograr el objetivo de identificar, a manera de síntesis, las diferencias entre la nulidad de contrato y nulidad de escritura, hemos de empezar por la naturaleza jurídica de cada uno de los dos temas, partiendo por recordar el concepto base de que el contrato es un acuerdo de voluntades que tiene como finalidad crear, modificar o extinguir obligaciones y la escritura pública, por otro lado, es aquel documento público que contiene dichos actos o contratos y que al ser otorgados ante notario, se revisten de fe pública y autorización.

De la definición de contrato podemos evidenciar como la voluntad de las partes es el elemento principal y fundamental con respecto de cada posible negocio jurídico, pues existe amplia libertad por parte de los contratantes siempre y cuando se respete el límite establecido por ley, y las pugnas, principalmente, recaerán en esa contraposición de voluntades, sin embargo, en la escritura pública, nada de aquello ocurre, pues no existe ningún tipo de acuerdo entre las partes ni se genera un negocio jurídico como tal, sino que se reviste al contrato previamente celebrado de la solemnidad necesaria y el notario conoce únicamente

con respecto de las voluntades que son, al momento de otorgar la escritura pública, declaradas por las partes.

En este sentido, el contrato lo que contiene es un acuerdo de voluntades donde los intervinientes, son aquellos que desean obligarse para con otros, en determinadas circunstancias y condiciones que quedaran, en el mejor de los casos, plenamente estipuladas y plasmadas tal cual lo decidan las partes contratantes, mientras que en la escritura pública, esas mismas personas contratantes, nada podrán decidir, pues su protagonismo queda en un segundo plano y quedan además, supeditados a la decisión del notario de elevar o no a escritura pública dicho negocio jurídico, evidentemente, y como lo hemos revisado a lo largo de este análisis, dicha decisión de autorización notarial no es en lo absoluto libre y voluntaria, como si lo es en principio en los contratos, sino más bien está estrictamente ceñida a lo que la norma determina para que aquella proceda.

Esta rigurosidad de una escritura pública con respecto de su forma, responde directamente a su naturaleza, pues es un requisito solemne que la ley exige se agregue al contrato y por ende es, probablemente, la parte menos atinente al fondo, pero definitivamente la más precisa con respecto de la forma, motivo por el cual es el notario, con su experticia y deber, quien se encarga de hacer respetar aquella y de verificar que se cumplan con todos los presupuestos para celebrar una escritura pública válida y ya no, con tanto protagonismo, las partes, aunque evidentemente ellas también serán las llamadas a cumplir con lo que se requiera para la correcta celebración de la escritura pública.

Determinado el protagonismo, por así decirlo, del notario con respecto de las escrituras públicas y de las partes contratantes en los contratos, se desprende también la responsabilidad y diferencia trascendental de cada nulidad, pues en la nulidad de contrato, al ser la partes quien deciden y pactan, serán ellas las responsables de responder por los vicios implicados y los daños y perjuicios eventualmente producidos, pues es de ellas que ha nacido el impulso y la voluntad de celebrar en particulares condiciones un determinado negocio jurídico, mientras que en el caso de la nulidad de escritura pública, siendo el notario el agente estatal encargado y obligado de velar por la correcta celebración de los diferentes instrumentos públicos, los errores que de estos se desprendan, recaen en el notario,

naturalmente, salvaguardando las excepciones producidas cuando, incluso obrando con diligencia en sus deberes, los errores no se hayan podido advertir o controlar.

Lo propio ocurre entonces, al momento de iniciar una eventual demanda que busque una nulidad de contrato, pues determinados los protagonistas y responsables, manifiestamente serán las partes las legítimas accionantes y contradictoras, dejando de lado al notario que en nada ha participado con respecto de sus voluntades de contratación, sino única y exclusivamente con respecto de la forma y requisito solemne final que es la escritura pública, y en el caso que, la pretensión sea una nulidad de escritura pública, pues claramente el legitimado pasivo será el notario.

Finalmente, con respecto de los efectos entre ambas nulidades, existe también una diferencia, pues una vez declarada la nulidad de contrato, en virtud de las causales normativamente previstas, en efecto, es posible que la escritura pública que contiene dicho contrato, subsista incluso en esas condiciones por ser válidamente celebrada bajo los parámetros legales, sin embargo, en el caso de la nulidad de escritura pública, esto no ocurre, pues los presupuestos que se tienen que cumplir por las partes y velar por parte del notario son diferentes y aquellos no permiten que el contrato inmerso en sí subsista y sea considerado válido. Ahora bien, hay que considerar que estamos tratando los efectos de una nulidad absoluta declarada, lo cual no debe confundirse con el caso en donde el contrato cumpla con los requisitos de existencia y validez, pero no halla sido elevado a escritura pública, porque ahí particularmente, ese documento, si tendrá validez como un instrumento privado.

CONCLUSIONES

El estudio de los contratos y de las escrituras públicas, sea cual fuese el enfoque y especialidad bajo el cual se lleve a cabo, comprende indudablemente una interpretación exhaustiva del comportamiento humano y su vez de la relación con el Estado y el Derecho, todo en virtud de que confluyen elementos como la voluntad de las personas que son partes contratantes y los principios propuestos por el derecho, como el de seguridad jurídica, que son velados por los agentes estatales como es el notario público al momento de elevar a escritura pública un contrato que contiene un negocio jurídico parte del proyecto de vida de las personas intervinientes, situación totalmente relevante no solo para realización personal de los individuos, sino para el comercio, desarrollo y evolución de una nación.

En esa virtud, la evolución demanda una adopción y adaptación a las nuevas tecnologías del mundo moderno, tal cual es el caso de las actuaciones y tramites notariales en línea, mismos que empiezan a ser permitidos y poco a poco más utilizados en el orden de agilizar y simplificar, para las personas y para las notarías, todos los negocios jurídicos que requieren de aquella solemnidad y autorización por parte del notario público. Pues, es precisamente esa envoltura y continente, es decir, aquella fe pública, autorización y hasta protección otorgada por el notario, lo que representa la escritura pública con respecto del contrato que es el fondo y el contenido esencial de la introspectiva voluntad humana de cada contratante que se ve inmersa en las cláusulas y declaraciones de un contrato.

Bajo la óptica y objetivo del presente análisis, es la diferencia de la nulidad en los contratos y escrituras públicas, lo nos ocupa e interesa, razón por la cual hemos analizado las causas que producen la nulidad en cada caso, separando, además, la nulidad absoluta de la relativa, encontrando en esa primera división, que la diferencia principal de aquellas es la posibilidad de sanear la nulidad relativa que se produce además, por aquellas omisiones de los requisitos referentes a la calidad o estado de las personas, y por otro lado, la consecuencia destructora del contrato, que regresa las cosas al estado anterior producida por la nulidad absoluta, que se produce por: causa u objeto ilícito, la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos y la incapacidad absoluta de la personas.

Por otro lado, con respecto de las escrituras públicas, la nulidad absoluta de las mismas se produce por: Falta de designación del tiempo y lugar en que se realizaron, ausencia de los nombres de los otorgantes, falta de firma de las partes o, en caso de que no puedan escribir o no sepan, la firma de un testigo que lo haga por ellas; Ausencia de la presencia física o telemática de los testigos cuando se requiera, así como la del notario o su equivalente; Simulación de Escrituras; Cuando La escritura que no se halle en la página del protocolo donde, según el orden cronológico debía ser hecha; Interferencia de Intereses Personales del Notario y , falta de Fe de Conocimiento de las Partes: Si el notario no puede dar fe del conocimiento de las partes otorgantes, testigos e intérpretes, y esta situación no se resuelve adecuadamente, puede resultar en la nulidad de la escritura pública. Mientras que la nulidad relativa, es decir aquella que se puede convalidar, se produce por: la falta de Cuantía del Acto o Contrato que además incluye la obligación de pagar Impuestos, y también por la falta de procuraciones o documentos habilitantes.

Conforme se evidencia la clara diferencia de causas que producen la nulidad, tanto para el contrato como para le escritura pública, resulta clara la responsabilidad final y, sobre todo, la legitimación pasiva en una eventual acción de nulidad, resultando en el caso del contrato, bajo la intención de volver las cosas al estado anterior, una vez declarada la nulidad, las partes contratantes serán las que tendrán un derecho de restitución y por otra parte, la obligación de cubrir con eventuales daños y perjuicios, dejando absolutamente desvinculado de las causas y del efecto de aquello, al notario que, en el caso de que dicho contrato haya sido elevado a escritura pública, haya participado en el otorgamiento de dicho instrumento, pues su papel se limita a verificar se cumplan con los presupuestos que demanda la ley, referentes a la forma y quienes participan, donde de errar en su deber, será posiblemente sancionado el también con su destitución, salvaguardando además las eventuales responsabilidades civiles y penales.

Por último , es menester insistir en el despropósito legal de incluir en las demandas de nulidad del contrato al notario que elevo el mismo a escritura pública, pues ni con respecto de la motivos para su celebración ni mucho peor con los efectos de una sentencia declaratoria de nulidad de dicho contrato, tendrá algo que ver aquel, pues en nada le afectara ni obligara dicha sentencia, mientras que en el caso de nulidad de escritura, evidentemente se tendrá que contar con las partes y además, con el notario, pues como se desprende de las causas desarrolladas a lo largo del presente análisis, su deber está íntimamente relacionado con la validez de la escritura pública, y los efectos

de la nulidad de aquella, afectaran al notario y evidentemente también a las partes y a su negocio jurídico.

RECOMENDACIONES:

Se recomienda, primero con respecto de las personas y los diferentes negocios jurídicos posibles en la actualidad, aprender y respetar los elementos y caracteres de los contratos en orden de cumplir con los anhelos de sus negocios jurídicos a través de un contrato sólido y eficaz que evite al máximo incurrir en eventuales nulidades, pues la nulidad, es aquella consecuencia fatal para las voluntades de los contratantes que no podrán llevar a cabo sus proyectos, pues, la buena fe en los contratos, no debería ceñirse únicamente a las intenciones, sino también debería entenderse como aquella especial diligencia en conocer y respetar los procesos y requerimientos legales, para lograr se lleve a cabo determinado acto o contrato de forma eficaz y legal sin perjudicar a nadie.

La segunda recomendación, se enfoca en la responsabilidad de los gestores de los tramites y los, por deber y profesión, concedores de la ley, los abogados, que con la suficiente entereza y pulcritud, deberán aprender y dominar los conceptos en este análisis desarrollados y todos los pertinentes a los contratos y escrituras públicas, para que al momento de accionar o contestar una nulidad de contrato o de escritura pública, precisen una pretensión en derecho justificada, planteen una excepción oportuna y además, cuenten con quienes verdaderamente están llamados a participar en cada juicio en concreto, evitando así, incoar erróneamente a personas y particularmente a notarios en el caso de una nulidad de contrato, contestar sin necesidad demandas mal planteadas, generar y participar en procesos que lo único que logran es entorpecer y sobrecargar innecesariamente a los órganos de justicia que tienen que tramitar causas improcedentes y sobre todo, y más importante, no consiguen se cumpla con los objetivos de las personas que persiguen un fin justo y no lo logran por el desconocimiento de sus patrocinadores judiciales.

Finalmente, para los administradores de justicia, es decir, los jueces, siempre consientes del principio *Iura novit curia*, se recomienda firmeza al calificar las demandas que no especifiquen correctamente sus pretensiones con respecto de una nulidad de contrato o de escritura, pues de no ser precisos en aquello, y de adoptar posibles tesis como la de colegir la nulidad escritura cuando se demande una de contrato, se estaría incumpliendo con todo lo establecido en nuestro

ordenamiento jurídico y actuando de forma extra petita, afectado entre otras varias cosas, a la seguridad jurídica que en este caso debe ser velada de forma rígida, misma que en esta recomendación, por otro lado, no sugerimos se acentué más el ordenamiento jurídico y en las diferentes normas referentes a las escrituras públicas, pues, en miras de apoyar la celebración de contratos y por ende la realización de las voluntades de los individuos en una sociedad, conviene más bien , simplificar y agilizar los trámites notariales.

REFERENCIAS

- Andrade, P. (2018). *NULIDAD DE LA ESCRITURA PÚBLICA Y NULIDAD DE LOS ACTOS Y CONTRATOS. FALSEDAD DEL INSTRUMENTO PÚBLICO [Tesis de maestría, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil]*. Repositorio Institucional, guayaquil. Obtenido de <http://repositorio.ucsg.edu.ec/bitstream/3317/10812/1/T-UCSG-POS-DNR-20.pdf>
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2022,14 de marzo). *Código Civil*. Registro Oficial S.46, 24 Jun 2005.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2023, 7 de febrero). *Ley Notarial*. Quito: Registro Oficial 158, 11 nov 1966.
- Cabanellas, G. (2008). *DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL*. Buenos Aires: Heliasta .
- Casillas, C. (2014). Consecuencias de la nulidad de los instrumentos. *Revista Notarios*. Obtenido de <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/podium/cont/16/cnt/cnt3.pdf>
- Coello, H. (2006). *TEORIA DEL NEGOCIO JURIDICO*. Cuenca, Azuay, Ecuador: Universidad del Azuay.
- Congreso Nacional, C. (2005). *Código Civil*. Quito, Ecuador: Registro Oficial.
- Ferrara, F. (2017). *La simulación de los negocios Jurídicos*. Santiago de Chile, Chile: Ediciones Jurídicas Olejnik.
- ¿para qué sirve la escritura pública? - Derecho Ecuador*. (2019, noviembre 22). <https://derechoecuador.com/para-que-sirve-la-escritura-publica/>
- Núñez, A. (2015). *NULIDADES CIVILES SUSTANTIVAS Y PROCESALES*. Bogota: Jurídica Radar.
- Ojeda, C. (2017). *DERECHO CIVIL ECUATORIANO EN PREGUNTAS Y RESPUESTAS*. Babahoyo: L y L.
- Parraguez, L. S. (2021). *REGIMEN JURIDICO DEL CONTRATO*. Quito: CEVALLOS.
- Valenzuela, J. A. (2022). *Nulidad de acto o contrato por causa ilícita o error involuntario; y, rescisión conforme normativa ecuatoriana.[Tesis de Grado, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil]*. Repositorio Institucional Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Guayaquil. Obtenido de <http://repositorio.ucsg.edu.ec/bitstream/3317/20109/1/T-UCSG-PRE-JUR-DER-MD-500.pdf>
- Vásquez, A. T. (2012). *Acto Jurídico*. Lima: IDEMSA.
- Valdivieso, r. (s. F.). *¿cuándo existe nulidad de un contrato?* Recuperado 24 de junio de 2022, de <https://www.misabogados.com/blog/es/cuando-existe-nulidad-de-un-contrato>