

Instituto de Altos Estudios Nacionales – IAEN

Escuela de Derechos y Justicia

Maestría en Derecho mención Derecho Notarial y Registral

EFFECTOS DE LAS NULIDADES DE LOS CONTRATOS Y LA NULIDAD DE LA  
ESCRITURA PÚBLICA

Roberto Santiago Lara Narváez

Autor

PhD. Alex Iván Valle Franco

Tutor

Quito 2022

## **AUTORIZACIÓN DE PUBLICACIÓN**

Autorizo al Instituto de Altos Estudios Nacionales (IAEN) la publicación de este Artículo Científico, de su bibliografía y anexos, como artículo en publicaciones para lectura seleccionada o fuente de investigación, siempre dando a conocer el nombre del autor y respetando la propiedad intelectual del mismo.

Roberto Santiago Lara Narváez

1715957799

## **SUMARIO**

**1.- Resumen**

**2.- Introducción**

**3.- Los contratos, características, requisitos y validez**

**4.- La escritura pública, naturaleza, y su función en el ordenamiento jurídico**

**5.- La nulidad de los contratos: absoluta y relativa**

**6.- La nulidad de la escritura pública**

**6.1.- Consecuencias jurídicas de la nulidad de los contratos y de la nulidad de la escritura pública**

**6.2.- La nulidad de la escritura y los contratos a partir de la casuística aplicada del máximo órgano de justicia ordinaria**

**7.- Conclusiones**

**8.- Recomendaciones**

**9.- Bibliografía**

## **1.- Resumen**

Los contratos y las escrituras públicas son instituciones jurídicas autónomas pero interrelacionadas entre sí, debido a que la escritura pública es el instrumento que contiene el acto o contrato, y este es el que plasma la voluntad de las partes. El comprender que son dos instituciones diferentes permite discernir una serie de efectos jurídicos que emanan de cada una de ellas, así la nulidad de los contratos no produce los mismos efectos jurídicos que la nulidad de la escritura pública, y su confusión ha permitido que se inicien procesos que pretenden anular contratos, cuando lo adecuado sería obtener de la autoridad una declaración de nulidad de escritura pública o viceversa.

La presente investigación tiene como objetivo general el analizar los efectos jurídicos que se generan por la confusión entre la nulidad que afecta a los contratos o actos y los que constituyen la nulidad de la escritura pública, para lo cual se analizan los requisitos esenciales de validez de los contratos y las escrituras públicas, luego se establece cómo se configura nulidad tanto en los contratos como en las escrituras, para finalmente llegar a identificar las consecuencias jurídicas de las nulidades que afectan a cada institución.

La estrategia metodológica empleada ha sido de tipo cualitativo debido a que se han utilizado procedimientos metodológicos que se basan en el análisis de textos y documentos legales para confrontarlos con el estudio de la realidad, desde una perspectiva casuística basada en muestreo de criterio o intencional a través del modo jurisprudencial de investigación, realizando interpretaciones y configurando el objeto de estudio que versa sobre los efectos de las nulidades de los contratos y la nulidad escritura pública.

La investigación ha permitido concluir que las nulidades que afectan a los contratos son completamente independientes a las nulidades que afectan a las escrituras, y que las mismas no pueden ser tomadas como similares debido a que cada una se conforma con sus propios elementos diferenciadores, generando efectos jurídicos propios de cada institución y que la confusión de los mismos puede desencadenar en una no adecuada tutela de los derechos de los peticionarios, que acuden al sistema judicial para obtener una respuesta favorable.

Con la finalidad de profundizar sobre el tema se ha dejado abierta la posibilidad de realizar una investigación particular y complementaria sobre la simulación de los contratos y la simulación de la escritura pública, debido a que también se puede generar una confusión con estas instituciones que además hay actores que las relacionan con la nulidad.

**Palabras clave:** Validez; Elementos; Efectos; Nulidad; Contrato; Escritura pública.

## **2.- Introducción**

Cuando se genera una discrepancia entre las partes que celebran un contrato, inmerso en una escritura pública, en relación con la validez, se acude a la justicia ordinaria para obtener de los jueces la tutela efectiva de sus derechos. La pretensión de la parte actora debe ser clara, precisa e identificar con exactitud el objeto del conflicto, caso contrario, la finalidad del proceso judicial no se cumple, y este se pierde en los tecnicismos propios de la ciencia jurídica.

Bajo la premisa anterior, lo primero que se debe determinar es si el contrato o la escritura es lo que se quiere tutelar, una vez realizada dicha distinción es cuando se puede vislumbrar los efectos de las nulidades de los contratos y de las escrituras, pues según la pretensión, cabría declarar la nulidad de un contrato, pero la escritura que lo contiene puede continuar siendo válida, y a su vez, se puede declarar la nulidad de forma de una escritura, pero el contrato continua produciendo efectos jurídicos, como instrumento privado.

La nulidad es una institución jurídica estudiada de forma exhaustiva, debido a que si el juez la declara, por atentar contra el orden público, su consecuencia jurídica, es que el acto se retrotraiga al momento en el cual se generó, por lo que el acto o contrato deja de producir efectos jurídicos, al menos en la nulidad absoluta, y en cuanto a la nulidad relativa, el acto sería válido, pero previa a una subsanación. Por su parte, la nulidad de la escritura jurídica también genera el mismo efecto, pero sobre la existencia de la escritura, que es el instrumento que contiene el acto, así el contrato es una fuente generadora de obligaciones, y la escritura pública es solo el medio instrumental idóneo en el que se contienen ciertos contratos.

Desde la perspectiva legal, según lo ordena el artículo 1461 del Código Civil (2005), para que un acto o contrato sea válido y pueda surtir efectos, es necesario que lo realicen entre personas legalmente capaces, con consentimiento, que el acto recaiga sobre un objeto y causa lícita. En consecuencia habrá nulidad relativa o absoluta dependiendo de las circunstancias en las cuales se desarrolla el acto, ya sea que esta afecte la capacidad legal (Código Civil, 2005, art. 1452), o cuando el consentimiento adolece de vicios, como el error, fuerza y dolo, contemplados desde el artículo 1467 del Código Civil (2005). A su vez existirá nulidad absoluta cuando el acto recaiga sobre objeto o causa ilícita conforme se señala en los artículos 1476 y 1483 del Código Civil (2005) respectivamente.

Mientras que la nulidad de la escritura, se refiere exclusivamente al instrumento jurídico en el que está contenido el acto o contrato, ello conforme a los artículos 44, 47 y 48 de la Ley Notarial (1996), este cuerpo normativo no distingue entre nulidad absoluta o relativa, más bien hace referencia a nulidades en una categoría propia, y atiende a circunstancias diferentes, por

ejemplo se refiere a nulidad cuando el notario autorice escrituras de personas incapaces, o sin los requisitos legales, o que tenga interés directo él o su cónyuge, o que otorgue a sabiendas escrituras simuladas. También recaen con nulidad, aunque de forma, si las escrituras no se hallan en la página del protocolo según el orden cronológico que deberían ser realizadas, o si no existe la designación del tiempo y lugar en que fueron hechas, o el nombre de los otorgantes, así como la falta de la firma de la parte o partes o de los testigos en los casos que no sepa o no pueda escribir, y la ausencia las procuraciones o documentos habilitantes.

La problemática que genera la no adecuada distinción de los efectos de las nulidades de los actos y de las escrituras, desencadena en que los justiciables inician procesos que buscan anular contratos, pero demandan la nulidad de la escritura pública, o a su vez demandan nulidad de contrato y nulidad de escritura pública en una misma pretensión o nulidades de escritura, cuando lo adecuado es demandar nulidad de contrato. Al final esta confusión repercute directamente en los derechos que buscan precautelar, pues no obtienen del sistema judicial una tutela real de los derechos que les han sido vulnerados, pues demandan a quien no debe ser llamado a contradecir, por ejemplo, en el caso de los contratos, al el notario, o en el caso de demandar nulidad de escritura y contrato se configura una posible acumulación indebida de acciones.

La estrategia metodológica usada en esta investigación es de tipo cualitativa pues se ha buscado la comprensión a “profundidad del objeto de estudio en lugar de exactitud” (Clavijo, et al, 2014, p. 29). Así, se han usado procedimientos metodológicos que se basan en el análisis de textos y documentos legales, para confrontarlos con estudio de la realidad desde una perspectiva casuística, a través del modo jurisprudencial de investigación (Salamanca, 2015), que ha permitido realizar interpretaciones y así configurar el tema objeto de estudio.

La técnica documental ha permitido generar una revisión bibliográfica y su posterior análisis que ha logrado: identificar como se configuran los contratos y las escrituras públicas, para su posterior categorización en función de lo que es nulidad absoluta y relativa contractual y nulidad de escritura, finalmente, analizando los efectos jurídicos de confundir las dos figuras jurídicas. Luego se ha contrastado con la información obtenida de la casuística, con la cual se ha comprobado cómo se ha configurado en el sistema de justicia la nulidad de los contratos y la nulidad de la escritura pública, a través de la técnica de la observación jurisprudencial consuetudinaria, buscando confrontar “los hechos del derecho en cuanto praxis normativa jurisprudencial” (Salamanca, 2015, p. 75).

Estructurado de esta forma el tipo de diseño, permitió que confluyan por una parte la investigación documental, que da respuesta a la teorización de la investigación, y con el aporte

analítico de los casos, que cumple con la necesidad de configurar los efectos que se generan por la confusión de las figuras jurídicas por parte de los justiciables. La delimitación espacial y temporal para la cáustica de la investigación, se circunscribe a las sentencias emitidas por el máximo órgano de justicia ordinaria desde el año 2000 hasta la presente fecha, siendo excluyentes del universo y no determinado una muestra que permita representar a una población, pues se han incorporado resoluciones a través de muestreo por conveniencia, que Maxwell (2019) lo comprende como una forma de selección intencional en cuanto propone brindar la mejor información para el estudio.

A su vez Vasilachis de Gialdino (2014, p.86) afirma que en la muestra basada en criterio o intencional se privilegia la validez o credibilidad del conocimiento obtenido, más que la posibilidad de generalizar características medibles de una muestra probabilística a todo el universo, y que por lo tanto “los estudios se dirigen a analizar un reducido número de unidades de análisis, un subconjunto elegido de forma intencional al que se denomina muestra intencional o basada en criterios”.

### **3.- Los contratos, características, elementos y validez**

El contrato es un instrumento jurídico que ha permitido el desarrollo de las sociedades desde la esfera privada. No se puede exteriorizar el progreso de una colectividad sin entender el interés económico de las relaciones contractuales que surgen entre los particulares y como estos se articulan dentro de su entorno (Monteiro, 2013, Fayos, 2018). Dentro de la órbita jurídica, como lo recoge Aparicio (2020) existen los hechos, actos, hechos jurídicos y actos jurídicos, que a términos generales se diferencian por la finalidad de producir efectos jurídicos. Además, tanto un hecho como un acto contienen voluntad, pero en el hecho jurídico se producen efectos a pesar de que esta no es la finalidad, mientras que en los actos, el objetivo es que esa voluntad plasmada en el acto produzca los efectos jurídicos que desean las partes (De los Ángeles Soza, 2003).

En tal sentido, el acto jurídico es una manifestación de la voluntad que se expresa con la intención de producir efectos jurídicos y se compone de tres elementos, el sujeto, el objeto y la forma (Zavala, 2002). Esta manifestación puede provenir de una sola voluntad o a su vez ser el resultado de un acuerdo entre varias voluntades. Cuando nos referimos a diversas voluntades estamos frente a la convención, que se la encasilla como la declaración de la voluntad que puede producir cierta clase de consecuencias dentro del derecho y que tiene como fin crear obligaciones, a la cual se le denomina el contrato, siendo este considerado como género y especie el convenio (Ayala, 2017). El artículo 1454 del Código Civil (2005) establece que

contrato o convención es el acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa, dejando de manifiesto que puede ser una o varias personas, aunque en estricto sentido lo adecuado sería hablar de voluntades dejando de lado a la corriente que genera una supra clasificación relativa al negocio jurídico, porque en términos prácticos de esta investigación, la diferencia no aporta mayor discusión.

Todo contrato conlleva ciertos elementos esenciales que son indispensables para que nazca a la vida jurídica (Noriega, 2020), según sostiene Favos (2018) estos se reducen a la capacidad, el consentimiento, el objeto cierto y la causa. Los elementos esenciales a su vez pueden ser clasificados en elementos de existencia y de validez. Los elementos de existencia son el consentimiento y el objeto lícito mientras que los de validez entran dentro de la esfera de la capacidad y la causa lícitas. A pesar de que esta clasificación permite vislumbrar una separación entre la existencia y la validez del acto (Rojas, 2011), al ser teórica se la enmarca dentro de lo que determina la ley, así se especifica que, independientemente de la clasificación que se adopte, los elementos esenciales para todo contrato serán los mismos.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligarse por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra persona, por lo que toda persona es capaz excepto las que la ley declara incapaces (Código Civil, 2005, art. 1489). Bajo este supuesto, se comprende que la capacidad legal permite a las personas generar cierta clase de actos. Para Ayala (2017) es la aptitud de ser sujeto de derechos y obligaciones que incluye la capacidad de goce y ejercicio. Ahora bien, según lo identifica la normativa, todos son capaces excepto los que la ley declara incapaces y ahí es donde entramos con la incapacidad para obligarse y los efectos jurídicos que estas producen (Pabón, 2017). Los absolutamente incapaces son los individuos que por causas naturales carecen de voluntad o que no la pueden expresar. Entran dentro de esta categoría los dementes, los impúberes y los sordomudos que no puedan darse a entender por escrito según lo dispone el artículo 1463 del Código Civil (2005), y sus actos no generan obligaciones naturales y no admiten caución, es decir, que sus actos simplemente carecen de voluntad legalmente reconocida.

Por su parte, la incapacidad relativa se refiere a la condición que ostentan que ciertas personas que no pueden contratar por sí mismas y necesitan de la asistencia de un representante (Padilla, 2018) como por ejemplo los menores adultos o quienes se hallan en interdicción de administrar sus bienes como los ebrios consuetudinarios, los toxicómanos, disipadores y las personas jurídicas. La incapacidad relativa toma cierta importancia debido a que estos actos podrían llegar a ser convalidados posteriormente por las partes (Garcés, 2014). Finalmente, las incapacidades particulares o incapacidades especiales se producen en virtud de una prohibición

que la normativa impone sobre ciertas personas, las cuales no pueden ejecutar ciertos actos, en determinadas circunstancias, por ejemplo el contrato de compañía limitada que no se puede celebrar entre cónyuges según lo ordena el artículo 99 de la Ley de Compañías (1999).

Una vez revisada la capacidad, corresponde entrelazar al consentimiento en los contratos, a estos se les considera como la unión de varias manifestaciones de voluntad necesarias para realizar el acto jurídico. A decir de Ayala (2017, p. 6) “la voluntad, es la manifestación de la determinación individual de un sujeto, o sea, un acto individual consiste en emitir una deliberación, en la cual expresa si desea realizar una conducta”. Los contratos se generan a través de una propuesta, en la cual una persona plantea a otra la celebración de la misma, y en el caso de que estén de acuerdo termina generándose, a través de la aceptación, el nacimiento del contrato. De lo anterior se desprende, que el consentimiento es el acto a través del cual, la persona a quien se dirige la oferta se encuentra de acuerdo con esta y por medio de su libertad (Ordoqui, 2011) acepta o niega la misma. En los actos jurídicos unilaterales, la voluntad se la conoce bajo esta calidad específica, pero cuando se constituyen varias voluntades estamos frente al consentimiento, y éste siempre va determinado, por que busca lograr un resultado jurídico esperado.

La voluntad plasmada en un contrato debe ser exteriorizada por las partes, es decir, no puede estar inmersa en el fuero interno de las personas, debe manifestarse Arnau (2016), pues de no hacerlo, no produciría ningún efecto jurídico. Esta proyección cuando es expresa debe desarrollarse por medio del consentimiento dentro de un acto, el cual necesita encontrarse libre de vicios lo que nos lleva a los llamados vicios del consentimiento.

Los vicios del consentimiento se los engloba en tres categorías básicas, el error, la fuerza o la violencia y el dolo, y cada uno, dependiendo del tipo de afectación que genera, va a producir determinados efectos jurídicos. El error en estricto sentido ha sido considerado como un concepto de juicio falso (Ayala, 2017) y se lo puede apreciar desde dos aristas. La primera que se refiere al error de derecho, el cual por expresa disposición legal (Código Civil, 2005, art. 1468) no afecta el consentimiento pues se considera que toda normativa legalmente celebrada e incorporada al ordenamiento jurídico, es conocida por todos y su desconocimiento no podría alegarse por nadie. A su vez, el error de hecho afecta al consentimiento de manera directa y este puede recaer sobre la especie de acto, la identidad de la cosa dentro del contrato, o la sustancia esencial de la cosa o las personas, según lo precisan los artículos 1469 y 1470 y 1471 del Código Civil (2005). Este error presupone la generación equivocada acerca de algo o de la materia del negocio jurídico que afecta la exteorización de la decisión como sostienen Lacruz,

et al (2013), que también puede recaer sobre las personas, es por este motivo que la voluntad se encuentra afectada, por un falso juicio que se tuvo para realizar el acto o contrato.

En lo referente a la violencia, esta se constituye cuando se emplea una fuerza irresistible en el consentimiento (Noriega, 2020). Para Álvarez, (2012, p. 21) es “aquel acto que infunde a una persona un justo temor de verse o ver a su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes expuestos a un mal irreparable y grave”. El artículo 1472 del Código Civil (2005) señala que la fuerza es todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesto a ella, a su cónyuge o alguno de sus ascendientes o descendientes a través de un mal irreparable y grave. Desde esta perspectiva se configura a la fuerza física, la psicológica y el temor reverencial. La fuerza a términos generales vicia el consentimiento (De la Maza, et al, 2017), debido a que la voluntad de la persona se encontraría alterada y sin la voluntad, no se podría llegar a constituir el negocio jurídico, pues para que ésta nazca se necesita como elemento indispensable a la voluntad y que el consentimiento sea libre de vicio. Ahora bien, para que la fuerza afecte al consentimiento está debe generar un temor alarmante, que permita afectar a la voluntad, ya que debe generar una condición que sea irreparable y que pueda suceder (Código Civil, 2005, art. 1473). La fuerza física es entendida como la presión que recae de manera corporal sobre una persona, con la cual, se le obliga a que haga determinado acto, situación que debe generar un temor creado en el sujeto pasivo (Arnau, 2016). La fuerza psicológica, a su vez se plasma por medio de la intención de generar un acto a través de la intimidación no física y el temor reverencial es el temor que de desagradar a las personas a quienes debe sumisión y respeto (Martinez, 2016) por ejemplo la relación que existe entre profesores y alumnos o entre empleadores y trabajadores.

Finalmente, tenemos al dolo como vicio del consentimiento, el cual se entiende como la intención positiva de generar un perjuicio a una persona o a la propiedad de otro (Álvarez, 2012). Del mismo modo, es el engaño generado por uno de los contratantes que afecta a la otra parte, que a pesar de contar con el consentimiento para celebrar el acto, este por la astucia del engaño realizado por el primero, termina naciendo (Padilla,2018). El dolo puede ser directo, indirecto o eventual (Garcés, 2014), así, es directo cuando se realizan actos para generar un perjuicio, e indirecto cuando se omiten ciertas circunstancias que, de saber la otra parte, no hubiese contratado, es decir, se oculta intencionalmente para afectar la voluntad (Código Civil, 2005, art. 1474).

Una vez descrito lo que afecta al consentimiento corresponde el siguiente elemento esencial, que se plasma como la causa lícita. El Código Civil (2005) en su Artículo 1483 insta que no puede haber una obligación sin una causa real y lícita, pero que esta no necesita

expresarse, pues se configura por su pura libertad. Desde esta perspectiva, se entiende por la causa al motivo que induce a la generación del acto o contrato y esta será ilícita si se encuentra prohibida por la ley o es contraria a las buenas costumbres y al orden público. Igualmente, la causa debe ser verdadera, es decir, la voluntad de las partes debe pretender producir efectivamente lo que el contrato busca, caso contrario se caería en la simulación de contrato (Arnau, 2016), lo que conlleva a la generación de un contrato fraudulento, constituyendo un negocio jurídico diferente, al que las partes querían realizarlo.

El último requisito esencial de los contratos hace referencia al objeto lícito, para Padilla (2018, p. 38) “El objeto en una obligación es la prestación debida, es decir, lo que se debe cumplir, la deuda o compromiso contraído”, el cual está conformado por las obligaciones que nacen del contrato, es decir, las prestaciones que éste contiene deben ser lícitas y conforme a la ley (Código Civil, 2005, art. 1461), pues el objeto del acto jurídico no puede ser opuesto a la moral, las buenas costumbres y el orden público, además debe cumplir con ciertos requisitos, como que el objeto materia del contrato debe existir o por lo menos tener la posibilidad real de que exista, porque es claro que las cosas futuras pueden ser objeto de una obligación futura, lo segundo es que el objeto debe ser determinado o determinable, así como de ser posible y lícito. El artículo 1482 del Código Civil (2005) estatuye que existe objeto ilícito en todos los actos que la ley prohíbe.

Para finalizar, se debe hacer referencia a las solemnidades, según Fayos (2018, p. 76) hay contratos “en los que el cumplimiento de la forma que exige la ley es requisito para su validez, tiene un carácter solemne como presupuesto de su validez y eficacia”, y se debe establecer que estos actos, sujetos a ciertas formalidades especiales, sin ellas no producirá ningún efecto jurídico, como por ejemplo que se deben celebrar ciertos actos por escritura pública como la permuta de inmuebles o que se ciertos actos deben inscribirse en el registro correspondiente, pero que al no ser elementos esenciales sino actos formales no pueden entrar en esta categoría, pues los contratos que no cumplen las solemnidades serían válidos, pero no producirían efectos jurídicos, si no se cumplen con las formalidades.

#### **4.- La escritura pública, su naturaleza, y función en el ordenamiento jurídico**

El documento público es aquel extendido con intervención de un funcionario público dentro de sus propias competencias (Noriega, 2020), el artículo 205 del Código Orgánico General de Procesos [COGEP] (2015) prescribe que el documento público es el autorizado con las solemnidades legales, el cual si es otorgado ante notario e incorporado en un protocolo o registro público se lo llama escritura pública, que también se consideran instrumentos públicos

a los mensajes de datos otorgados conferidos, autorizados o expedidos por autoridades competentes y los firmados electrónicamente. A decir de Rengifo (2019, p. 142) la finalidad se traduce en que las formalidades notariales y su “simbolismo se expresa como un mecanismo eficaz de la buena fe, de respeto y cumplimiento del acto jurídico celebrado, al que se le aplica”. Bajo este supuesto, el alcance probatorio de esta clase de instrumentos lo recoge el artículo 208 del COGEP (2015) el cual estatuye que el instrumento público hace fe contra terceros, pero sólo de su otorgamiento, la fecha y las declaraciones que en ellos hagan el servidor público que los autoriza, pero no sobre la verdad de las declaraciones que hayan hecho los interesados, tomando en consideración que las obligaciones y los descargos contenidos en el instrumento público sólo hacen prueba respecto de los otorgantes y de las personas a quienes transfirieron dichas obligaciones o descargos ya sea a título universal o a título singular, situación que meceré especial atención, pues termina generando una real diferencia con el contrato, el cual si es prueba de las obligaciones entre las partes.

A su vez la Ley Notarial (1996) en el artículo 26 especifica que la escritura pública es el documento matriz que contiene los actos y contratos o negocios jurídicos que las personas otorgan ante el notario y que éste los autoriza e incorpora su protocolo, siempre que sean ordenados por la ley o acordados por la voluntad de las partes. Se llama documento matriz porque es el original que el notario redacta, lo somete a su autorización y suscriben las partes (Candela, 2014). En esta misma línea y en concordancia directa el artículo 1716 del Código Civil (2005) que señala que instrumento público o auténtico es el que es autorizado con las solemnidades legales por el empleado competente, el cual otorgado ante el notario e incorporado en un protocolo registro se llama escritura pública.

Con las definiciones legales señaladas anteriormente, podemos obtener determinadas características que permiten identificar claramente lo que se considera por escritura pública y lo que es más, la naturaleza jurídica de la misma. Así, la escritura pública tiene un valor probatorio (Arnau, 2016), es de carácter solemne, formal y tendrá que ser otorgada ante un funcionario oficial (Candela, 2014), que en este caso es el notario, quién investido de fe pública, está autorizado a requerimiento de parte, a elevar los actos o contratos determinados en las leyes (Martinez, 2016). La fe notarial se circunscribe en dos esferas según lo manifiesta Pujol (2018, p. 216), la de los hechos, que recoge la exactitud de lo que el notario ve, oye o percibe por sus sentidos y en la “esfera del Derecho, la autenticidad y fuerza probatoria de las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público redactado conforme a las leyes (escrituras)”.

En lo que respecta al carácter probatorio de la escritura pública, se debe tomar en consideración que esta hace prueba desde dos perspectivas. La primera, en función de los otorgantes, la segunda, en su relación con los terceros, así, para los otorgantes esta hace prueba de la veracidad de las declaraciones que hayan hecho en el instrumento y de las obligaciones y descargos contenidos en el mismo, así como a quién transfieren dichas obligaciones o descargos bien a título universal o a título singular; mientras que en las relaciones a terceros la escritura pública hace prueba sólo de su otorgamiento, la fecha de celebración y de las declaraciones que en ella haga el funcionario público que la autorizó. Esta característica probatoria resulta necesaria para comprender la finalidad de los instrumentos públicos.

La formalidad de las escrituras se encuentra determinada en el cumplimiento de ciertos requisitos que la ley ordena (Silva-Herzog, 2009), motivo por el cual, el notario debe revisar la capacidad, la libertad y el conocimiento con el que actúan las partes. A decir de Díaz (2013) el notario no es nada más que un funcionario público investido de fe, el cual puede autorizar a requerimiento de parte actos y contratos que elevados a escritura pública adquieren esa fuerza probatoria, por la fe que ha sido incorporada el documento (Pujol, 2018), por medio del funcionario, considerándose que el mismo es auténtico, eficaz y por lo tanto real. Como se puede precisar, su finalidad es cubrir de fuerza probatoria contra terceros al contrato, y no solo para las partes, que han celebrado el mismo en uso de su voluntad.

En relación con el contenido de la escritura pública, el artículo 29 de la Ley Notarial (1996) manda que la misma debe ser redactada en castellano y contener el lugar, día, mes y el año, además del nombre y el apellido del notario que autoriza el acto, así como el cantón donde ejerce, el nombre y apellido de los otorgantes, su nacionalidad, estado civil, edad, profesión, ocupación y domicilio; luego se debe incorporar al instrumento, si las partes proceden por su propia cuenta o en representación de otros, y en el caso de que lo hagan por representación se deben insertar a la escritura pública los respectivos comprobantes que demuestren la capacidad de los comparecientes. Se debe establecer la exposición clara y las circunstancias del acto o del contrato conteniendo, la fe de haberse leído todo el instrumento a los otorgantes, y la correspondiente suscripción de los mismos, para lo cual también se generan ciertas variantes como que en el caso de ser necesario, y si se han presentado intérpretes, estos deberán ser nombrados y juramentados por el notario, siempre y cuando la persona que otorgue el acto o contrato ignore el idioma castellano; además también de ser necesario, la comprobación de la identidad de las personas cuando el notario no tenga conocimiento de los interesados, que lo podrá hacer a través de dos testigos.

A decir de Candela (2014) existen requisitos que permiten se genere el acto o contrato frente a la autoridad, pero lo importante es en lo referente a la exposición clara y circunstanciada del acto o contrato pues a través de esta condición se demuestra que la escritura pública es completamente independiente del contrato que la contiene, pero no necesariamente implica que debe estar contenido en la misma lo cual guarda correlación con el artículo 206 del COGEP (2015) pues para documentos públicos se señala que deben constar los nombres de los otorgantes, los testigos, el notario, y el secretario según el caso, la cosa la cantidad o la materia de la obligación, las causas principales para conocer la naturaleza y sus efectos, el lugar, la fecha del otorgamiento y la suscripción de quiénes intervienen en el instrumento.

De lo anterior se desprende, que existe una clara diferenciación entre lo que es el contrato y sus requisitos y finalidad, y lo que corresponde a la escritura pública, entendiendo a esta última, como el instrumento que sustenta el acto jurídico ya preexistente que se quiere documentar de forma oficial o pública (Odar, 2014) teniendo su propia naturaleza y requisitos esenciales, completamente distintos a los del contrato, que es donde radica su principal importancia al momento de generar efectos jurídicos.

### **5.- La nulidad de los contratos: absoluta y relativa**

El artículo 1697 del Código Civil (2005) ordena que es nulo todo acto o contrato que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe, para el valor del mismo acto o contrato, ya sea su especie o en relación a la calidad o el estado de las partes, y que puede recaer en nulidad absoluta o relativa. De lo anterior se desprende, que la nulidad es una sanción legal que está impuesta a un acto o contrato que no contiene ciertos tipos de requisitos y que por lo mismo no podría tener valor jurídico (Álvarez, 2012). Para determinar el efecto que se produce por la nulidad en los contratos, resulta indispensable comprender cómo se configuran estos, así el contrato es un acto jurídico que se produce por la manifestación de la voluntad de las partes que intervienen en él y que sobre el mismo, podría recaer nulidad, sea ésta absoluta o relativa, dependiendo de los requisitos que para su existencia no se han cumplido y que por lo tanto, el acto aparentemente produce efectos jurídicos, pero que debería dejar de hacerlo (Noriega, 2020). Ahora bien estos requisitos esenciales que debe contener todo contrato son justamente los que se podrían verse afectados por nulidad (San Martín Neira, 2015) y dependiendo del tipo de requisito, afectará un tipo de nulidad.

En la celebración de todo contrato se encuentra inmerso el principio de la autonomía de la voluntad de las partes el cual determina que las partes bajo su libre albedrío, podrían pactar lo

que consideren necesario (Ordoqui, 2011), pero esta autonomía de la voluntad, tiene varios límites y uno de los más importantes, es que no contravenga el orden público constituido (Fraga y Cosme, 2012). Este límite está generado exclusivamente porque lo que se busca es precautelar al conjunto de relaciones jurídicas que emanan de la voluntad de las partes, debido a que, aunque las partes quisieran, no se podría celebrar ningún tipo de acto o contrato que violente el orden jurídico establecido, y que, aunque se genere este acto, hasta que se lo declara nulo, tendría una cierta apariencia de validez.

La importancia de identificar los requisitos que deben contener los actos para determinar la nulidad que se encuentra afectada radica en el carácter de subsanación que puede recaer sobre un acto (Zabala, 2002), es decir, hay cierto tipo de nulidades, como las relativas que permiten una convalidación del acto, que luego de ser celebrada, el acto tendría o continuaría produciendo los mismos efectos legales que se espera deben producir. Así, por ejemplo, lo recogen Valenzuela y Ruiz-Tagle (2014) cuando hacen referencia a las sociedades comerciales que por la omisión de ciertos requisitos se pueden sanear. Por el contrario la nulidad absoluta no permite que se realice una convalidación y por lo tanto el acto que ha nacido sin cumplir con esta clase de requisitos, necesariamente, una vez que ha sido puesto de conocimiento de la autoridad competente, tendría que ser declarado nulo, porque atenta contra el bien jurídico protegido, que sería la seguridad jurídica. Por lo que, la nulidad relativa debe ser solicitada por las partes, mientras que la nulidad absoluta no puede ser accionada por las partes, sino que, al atentar directamente contra el ordenamiento, esta debe ser declarada de oficio por el funcionario público correspondiente. Ahora bien, en relación con la nulidad cabe distinguir la diferencia entre el acto existente y el inexistente (San Martín Neira, 2015), de manera que el existente, es el que produce efectos jurídicos como en el caso de los que se vean afectados por una nulidad, sea esta absoluta o relativa pues son válidos hasta cuando la nulidad es declarada o solventada por la voluntad de las partes, mientras que el inexistente jamás produce efectos jurídicos.

El artículo 9 del Código Civil (2005) insta que los actos que la ley prohíbe son nulos y no producen ningún valor, salvo que la propia ley entregue un efecto diferente al de la nulidad, y que en caso de contravención, esto significa que por expresa disposición legal un acto que se realice en base a una prohibición legal no tiene ninguna validez jurídica. Esta regla normativa es la que realiza el primer acercamiento a la nulidad absoluta en función del objeto y causa ilícitas, pues se debe comprender que esta nulidad simplemente no permite convalidación alguna, pues por norma el acto es nulo. Esto en concordancia con el artículo 1697 del Código Civil (2005) el cual ordena que todo acto es nulo si le falta alguno de los requisitos que la ley

específica para ese tipo de actos. Así, para que una persona se obligue con otra, por un acto de declaración de voluntad, qué es lo que conllevaría un contrato, estas deben ser legalmente ser capaces, lo segundo es que sean conscientes del acto o de la declaración, y que su consentimiento no tenga vicio, además de que el acto tenga o recaiga sobre un objeto y causa lícitas (Código Civil, 2005, art. 1461). Si en un contrato se incumple con alguno de estos requisitos bien podríamos hablar de nulidad absoluta o nulidad relativa dependiendo, si es que se puede llegar a convalidar o no el acto.

La nulidad absoluta tiene como efecto jurídico que los efectos se deben retrotraer al instante en el cual se produjo el hecho o el acto que generó las obligaciones porque estos tipos de actos, al afectar directamente contra el orden público, no deberían producir efectos jurídicos (Ayala, 2017). La nulidad absoluta se produce cuando quienes comparecen a la celebración del acto son absolutamente incapaces, esto es, las personas dementes, los impúberes o los sordomudos que no se puedan dar a entender por escrito (Código Civil, 2005, art. 1463). El segundo requisito que determina una nulidad absoluta va en estricta relación con el consentimiento y sus vicios, por tanto, el que vicia absolutamente el consentimiento es la fuerza física y psicológica y el dolo. Los siguientes dos requisitos son, que exista un objeto ilícito en el negocio jurídico según lo prescribe el artículo 1478 del Código Civil (2005) y siguientes, en estricta concordancia con que el acto se celebre con una causa ilícita.

Finalmente, el último requisito, no parte de los contratos, pero sí de determinados actos porque la propia ley lo ordena, y es la omisión de formalidades para validez del negocio (Vial del Río, 2002), como por ejemplo las escrituras públicas que son indispensables para la transmisión de determinados derechos reales. Si el acto incurre o violenta alguno de estos requisitos se considera, que una vez declarado nulo, aunque las partes quisieran, no lo puede convalidar, es decir este acto, no podría producir efectos jurídicos. De lo anterior se puede inferir, que se cabe accionar la nulidad de contrato, si este no ha sido celebrado por escritura pública, cuando la ley lo ordena, pero no la nulidad de escritura.

Ahora bien, también existe la nulidad relativa, en la cual se permite que se subsanen los actos (Díaz, 2013), es decir, que continúen produciendo efectos jurídicos. La nulidad relativa se genera en función de la capacidad los actos celebrados por incapaces relativos como por ejemplo el que suscribe una persona jurídica, es decir que el acto que puede llegar a ser convalidado y producir efectos jurídicos (Código Civil, 2005, art. 1463). El siguiente elemento que produce nulidad relativa es el relativo al consentimiento y en estricto sentido a uno de los vicios, que sería el error de hecho, por esta razón, este puede ser subsanado y por lo tanto producir los efectos jurídicos que las partes han buscado en base a lo que especifica el artículo

1471 del Código Civil (2005). También cabe nulidad relativa en los casos en los cuales se pueda proponer una acción rescisoria cómo se precisa en los artículos 1828, 1831, 1840 y 1363 del Código Civil (2005), que se refieren a la compraventa de bienes inmuebles, permuta y partición. Finalmente puede recaer nulidad relativa cuando se ha omitido un requisito de validez, pero en función al estado y calidad de las partes cómo los constantes en los artículos 1697 y 1698 del Código Civil (2005) en los cuales es necesario el consentimiento expreso de determinadas personas. De lo anterior se desprende, que el ordenamiento jurídico permite la convalidación de la nulidad relativa, simplemente porque la misma afecta a las partes y no se produce una alteración del orden jurídico constituido.

## **6.- La nulidad de la escritura pública**

La escritura pública es el instrumento matriz que contiene los actos, contratos o negocios jurídicos que las partes otorgan ante un notario, y que esté, por la fe pública que le ha sido conferida por la ley, los puede incorporar en su protocolo (Silva-Herzog, 2009, Díaz, 2013). Los documentos públicos, como la escritura pública, conllevan una serie de requisitos formales, que deben ser cumplidos y que en el caso de no observarlos pueden recaer en nulidad (Odar, 2014). Así el artículo 215 COGEP (2015) dispone que los documentos públicos serán declarados nulos cuando no se han observado las solemnidades prescritas por la ley, por lo tanto se genera una sanción legal, que solo afecta a la escritura pública y a su nacimiento como tal. Desde esta perspectiva, cuando se refiere a la nulidad de la escritura pública, los cuerpos legales no hacen referencia al contenido del acto, sino a la composición del documento público (Casset, 2020). La normativa pertinente que regula los requisitos de las escrituras públicas se encuentra recogida en el Código General de Procesos, la Ley Notarial, y el Código Civil.

El artículo 44 de la Ley Notarial (1996), dispone claramente cuando se genera la nulidad de la escritura. De esta forma, el primer requisito que configura la nulidad, es si se autoriza la escritura con la comparecencia de personas incapaces; el segundo, se refiere a la suscripción de escrituras en las cuales tenga interés directo el notario o que intervengan como partes su cónyuge o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; y el tercero, es que se otorguen a sabiendas escrituras simuladas. A su vez, el artículo 47 *ibídem*, ordena que también se genera nulidad de la escritura cuando ésta no se agrega en la página del protocolo donde según el orden cronológico debería constar.

En esta línea, el artículo 48 del ya referido cuerpo normativo, genera las llamadas nulidades por defecto en la forma, que se producen cuando la escritura no contiene la designación del tiempo y el lugar en el que fueron hechas, se omite el nombre de los comparecientes, no consta

la firma de la parte o de las partes o de los testigos o quiénes hagan sus veces. Esta nulidad de forma afecta directamente a la escritura, pero el artículo 34 de la Ley Notarial (1996) estatuye que si existe algún tipo de omisión en estos requisitos, los de forma, el documento público dejará de ser tal y se lo constituye en instrumento privado, con lo que la propia legislación le retira la fuerza y los efectos de la escritura pública, pero el acto o contrato tiene validez jurídica como documento privado, por lo tanto produce efectos jurídicos, como bien lo recoge Zabala (2002, p. 770) “se transforma en otro instrumento sucedáneo del frustrado, equiparado al privado, el que cumple esencialmente con los fines probatorios que las partes tuvieron”. Se debe tomar en consideración que la normativa que recoge la escritura pública no hace una diferenciación expresa entre nulidad absoluta o relativa, en la cual se tenía como elemento diferenciador si es que se puede o no se puede convalidar. Más bien la normativa hace correspondencia a nulidades y nulidades de forma y no a actos que permiten convalidación, lo cual repercute directamente en los efectos jurídicos que producirán determinados contratos, pues la escritura produce un efecto jurídico diferente al de los contratos.

El artículo 205 del COGEP (2015) constituye que la escritura pública es el documento autorizado con las solemnidades legales por el notario público, el cual lo incorpora en su protocolo o registro, y esta comprensión normativa resulta indispensable porque hace referencia directa las solemnidades legales, para lo cual el artículo 29 Ley Notarial (1996) insta que la escritura pública deberá redactarse en castellano y debe contener el lugar, día, mes y año, el nombre y apellido del notario así como el cantón en el que ejerce, posteriormente el nombre y apellido de los otorgantes, la nacionalidad, estado civil, edad, profesión u ocupación y domicilio, en el caso de que procediera a la celebración de la escritura por representación se tendrán que incorporar los comprobantes de la capacidad, y si ha incurrido un intérprete éste deberá ser nombrado y juramentado por el notario, además presenta otros supuestos, como el conocimiento de los testigos e intérpretes cuándo estos intervengan, además de la comprobación de la identidad de las personas por dos testigos o vecinos si el notario no tuviere conocimiento anterior alguno de los interesados, lo siguiente es la exposición clara y de las circunstancias del acto o contrato convenido y la fe de haberse leído todo el instrumento a los a los otorgantes en presencia del intérprete y testigos cuando intervengan, finalmente, tienen que suscribir los otorgantes o de quién contraiga la obligación si el acto es unilateral, y los intérpretes, los testigos y el notario en un solo acto. De lo anterior se desprende, que si un documento público nace a la vida jurídica con deficiencia en función de lo que prescribe el artículo 29 de la Ley Notarial, estaríamos incurriendo en un documento que no sería

considerado como escritura pública por los efectos que genera lo ordenado en el artículo 205 del COGEP.

### **6.1.- Consecuencias jurídicas de la nulidad de los contratos y de la nulidad de la escritura pública**

Los contratos se realizan porque las partes quieren que los mismos produzcan efectos jurídicos, es decir, plasman a través de su voluntad unas determinadas consecuencias jurídicas (González, 2017) y la nulidad en los contratos, no es nada más que una sanción legal, que se impone cuando se han omitido cierta clase de requisitos o formalidades que la ley señala para la validez de sus actos (Mora, 2016). La principal consecuencia según San Martín Neira (2015) es que un acto declarado nulo no produce los efectos jurídicos que las partes buscan, volviendo las cosas al estado anterior a la celebración de dicho acto.

La nulidad a términos generales debe ser declarada por un juez (Aparicio, 2020), es decir, todos los actos que nacen a la vida jurídica se asumen que producen efectos jurídicos, salvo que sea declarada la nulidad. Si es nulidad absoluta, no cabe convalidación y si la relativa, se permite a las partes ratificar su acto y permitir que continúe produciendo los efectos jurídicos deseados por las partes. Entonces de lo anterior se desprende, que en los contratos, si existe o se genera nulidad absoluta el contrato o acto no podrá producir efectos jurídicos y por lo tanto se vuelve en inejecutable (Casset, 2020), es decir, el acto sería completamente ineficaz, lo que conlleva a que si este acto ha permitido que se generen nuevos actos, todos los creados a partir de este también se los consideraría como no existentes.

Un acto al ser considerado ineficaz no genera obligaciones entre las partes que lo suscribieron, aunque se debe tomar en consideración, que los actos que han nacido con un defecto de nulidad absoluta por el transcurso del tiempo pueden llegar a sanearse, es decir, tienen que transcurrir al menos 15 años para que el acto que se podría considerarse inexistente continúe produciendo efectos jurídicos (Código Civil, 2005, art. 1699), pues como manifiesta Odar (2014) la prescripción se vincula con la seguridad jurídica al sostener que las pretensiones no pueden vivir eternamente afectadas en el tiempo. El efecto real de un contrato que nace o que contiene un vicio de nulidad absoluta, es que este se encuentra en una constante amenaza de poder ser declarado inválido e ineficaz pues los vicios afectan directamente este contrato y la declaratoria, al no depender de las partes, puede ser realizada inclusive de oficio por el juez (Mora, 2016), además de que puede intervenir el ministerio público (López, 2012) por que es un acto que afecta directamente contra el ordenamiento jurídico establecido, pero que con el paso del tiempo continuaría produciendo efectos jurídicos. Entonces si bien es cierto, es un

acto que produce efectos jurídicos hasta cuando no se lo declara nulo, la posibilidad y la ineficacia lo transforma en inestable.

En el caso de la nulidad relativa de los contratos, el efecto que se genera es completamente diferente pues aquí solo pueden ser declarados nulos siempre y cuando las partes intervinientes la motiven, porque su nulidad no afecta directamente al orden jurídico construido, lo que implica que esos actos siguen aparentando validez jurídica hasta que las propias partes no decidan afectar al acto, además de que también se configura una implicación temporal, pues para poder solicitar la nulidad relativa de un acto se cuenta con un plazo perentorio de 4 años según se desprende del artículo 1700 y siguientes del Código Civil (2005). El otro efecto que produce esta clase nulidad, es que puede convalidar y una vez ratificado el acto o subsanado el vicio, continúa produciendo los mismos efectos jurídicos que las partes al inicio decidieron dar al acto.

El efecto real que se produce con la declaratoria de nulidad, ya sea está absoluta o relativa es que una vez declarada, el acto tiene que retrotraerse al instante en el cual se produjo el hecho o el acto que motivó la nulidad, tómesese en cuenta, que el efecto es independiente a si el acto recae con nulidad absoluta o relativo, pues este es el mismo, todo se retrotrae al instante en el cual no se debió haber sido ejecutado el acto. Un aspecto relativo de efecto que nace de la declaratoria de nulidad, es la acción reivindicatoria según lo precisa el artículo 1706 Código Civil (2005).

Ahora bien, al igual que los contratos tienen sus requisitos, las escrituras tienen ciertos requerimientos que se deben cumplir (Martinez, 2016), pero estos van encaminados al soporte material de las voluntades que intervienen en él (Casset, 2020), su efecto es que la escritura, hace fe de dos cosas, del hecho de haberse otorgado, y de la fecha, pero no en función de la verdad de las declaraciones que hayan realizado los interesados (COGEP, 2015, art. 208). De lo anterior se desprende, que se puede declarar nulo un contrato y se puede declarar nula una escritura, pues tanto el uno como el otro pueden ser declarados nulos por omisión o falta de sus propios requisitos, así puede existir un contrato nulo con requisitos válidos de la escritura, por lo que generar una sanción de nulidad por una de las causales ya establecidas para la escritura implica que la escritura pública no produce efectos jurídicos (Zavala, 2002), pero el contrato que lo contiene al no ser declarado nulo sería completamente válido y continuaría produciendo efectos jurídicos.

En tal sentido, la importancia radica en determinar y diferenciar que no es lo mismo nulidad de escritura pública y nulidad de contrato, porque la escritura pública es el instrumento que contiene el contrato, y que si bien es cierto, un contrato puede ser o puede llegar a ser

declarado nulo no implica que la escritura que lo contenga sea declarada nula también como consecuencia de la nulidad del contrato, y a su vez una escritura declarada nula no implica que el contrato que lo contiene se ha declarado nulo también, porque la escritura nuevamente tan solo es el instrumento que contiene el acto o contrato que se lo ha incorporado en el protocolo.

Entendido los efectos desde esta perspectiva, si existe un contrato nulo pero el instrumento público llamada escritura es completamente válido, esta puede servir de prueba aun contra terceros, de la fecha del otorgamiento y de las declaraciones que el funcionario público autoriza, por lo tanto el instrumento público permanece con un valor jurídico y de forma inmutable para probar que fue efectivamente otorgado por quiénes intervinieron en su formación y de las declaraciones que el funcionario público que lo realizó, pero como tal el contrato y los efectos que producen ese contrato no serían eficaces, por lo que la escritura seguirá siendo válida aunque el contrato sea nulo, de manera que la nulidad del contrato acarrea como efecto la ineficacia del mismo pero no la ineficacia de la escritura que lo contiene.

En lo que se refiere a la declaratoria de nulidad de escritura pública, el efecto jurídico es que este instrumento deja de existir como tal pero no necesariamente el contenido del mismo lo que supone una escritura pública nula, es que está no tiene la efectividad de probar su existencia, pero no implica que las partes que suscriben el contrato no tengan obligaciones que se desprenden del mismo pues dependiendo del escenario, la escritura pública por falta de algún tipo de formalidad recae en nulidad de forma, la cual por expresa disposición normativa se transforma en documento privado el cual produce derechos y obligaciones entre los que la suscribieron (Ley Notarial, 1996, art. 34).

Otro efecto que genera la nulidad, ya sea de contrato o de escritura pública, va en relación con las partes que son llamadas a defender la validez del instrumento o contrato dependiendo del caso. Por tanto, en la nulidad de un contrato los llamados al proceso tienen que ser las partes que celebraron el contrato, quiénes plasmaron su voluntad, es decir, la demanda por nulidad tendrá que presentarse contra uno de los suscriptores (López, 2012) quien es el llamado a contradecir las pretensiones de la parte actora, pero cuando se acciona la nulidad de escritura pública quién debe ser llamado a defender la validez o no del instrumento público es el notario y ahí se lo debe demandar y este debe comparecer a proceso como parte, pues fue el responsable de dar fe del instrumento, el cual podrá tener sanciones civiles penales o ambas, además de la destitución o multa por haber permitido el nacimiento de un instrumento que conlleve nulidad.

Comprender la diferencia y los efectos entre la nulidad del contrato y la nulidad de escritura pública resulta necesaria pues esta última tan solo es el documento matriz que contiene la manifestación del contrato y en el caso de judicializarse las partes deben comprender cuál es el resultado esperado y que requisitos se han violentado, pues pretender demandar nulidad de contrato, como se ha argumentado, no es lo mismo que nulidad de escritura pública, ya que son acciones independientes, con sujetos diferentes a ser llamados a proceso y con efectos jurídicos autónomos. Así, pues, cuando se solicita a la administración de justicia que dirima sobre esta clase de nulidades y no se ha identificado si afectan al contrato o la escritura, se corre el riesgo, en un primer escenario, de que se declare falta de legítimo contradictor, pues si se demanda nulidad de contrato no debería comparecer el notario y si comparece el notario porque se le ha demandado a él, en una nulidad de contrato se configuraría falta de legítimo contradictor, por lo que debería desechar la demanda.

En un segundo escenario, si se demanda en conjunto nulidad de contrato y escritura pública, se incurre en una indebida acumulación de acciones, porque una cosa muy diferente es la nulidad de la escritura pública y otra la nulidad del contrato, que a no ser compatibles no se podrían acumular porque en el contrato las partes litigantes son los que plasmaron su voluntad, mientras que en la nulidad escritura pública los litigantes necesariamente tendrán que ser las partes y el notario que autorizó se suscriba documento público.

Finalmente, es necesario tomar en cuenta estas diferencias las cuales permitirían que realmente se llegue a determinar un correcto y efectivo ejercicio a la tutela judicial de los derechos en relación con las nulidades, pues estas confusiones no solo recaen en inconvenientes para las partes que accionan, sino a todo el sistema judicial, por uso inadecuado de recursos empleados en solventar estos inconvenientes.

## **6.2.- La nulidad de la escritura y los contratos a partir de la casuística aplicada del máximo órgano de justicia ordinaria**

En palabras de Garrido Cordobera (2005, p. 46) el Estado puede ser caracterizado como “la organización jurídico-política de una comunidad, tendiente a lograr de un modo sistemático y efectivo la ordenación de la vida social, con una autoridad suprema, dentro de un territorio y en las condiciones determinadas por factores históricos y culturales.”, como se puede observar, el Estado ha sido concebido como una institución creada para velar por el bien común, el cual debe cumplir con las funciones básicas de “gobierno, defensa y justicia” (López, 2007, p. 837). Así, la justicia se articula por medio de la administración judicial, la cual permite que se genere la tutela efectiva, debido a que en el sistema judicial es donde se ejercitan los derechos, y el

proceso se transforma en un instrumento fundamental en la búsqueda de la justicia, que como valor social, va directamente relacionado con los bienes jurídicos del individuo en la sociedad, cuya protección es organizada por el ordenamiento jurídico, el cual designa a los jueces para cumplir con esta finalidad. Entonces los jueces dan solución a los conflictos mediante la interpretación y aplicación de los criterios y las pautas contenidas en los tratados y convenios internacionales, la constitución, las leyes, las disposiciones generales, la jurisprudencia y la doctrina, por medio de las facultades, que el Estado les ha entregado para cumplir con la función social, pues su labor se convierte en un servicio que coadyuva al establecimiento de las normas sociales (Reyes, 2009).

De lo anterior se desprende el valor de la aplicación del derecho en casos concretos, a través de los procesos, motivo por el cual, los criterios emitidos por el máximo órgano de justicia ordinaria permiten determinar la apreciación jurídica que ellos han expresado en sus fallos, sobre la nulidad de contratos y escrituras.

El Art. 1461 del Código Civil determina que para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: que sea legalmente capaz; que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio; que recaiga sobre un objeto lícito; y, que tenga una causa lícita. En el caso que falten estos supuestos se configura la nulidad absoluta o relativa del acto o contrato, pero se debe tomar en cuenta que no es lo mismo nulidad de escritura pública, que nulidad de contrato, ya que a cada una le corresponde una categoría diferente. Para que se genere la nulidad de la escritura pública se debe demostrar que la misma no cumple con lo que prescriben los artículos 44, 46, 47 y 48 de la ley notarial, si no se hace referencia explícita a estas calidades, no se puede hablar de nulidad de escritura pública. En relación con este tema, la Corte Nacional de Justicia [CNJE] en la sentencia No. 0388-2012 explica que:

Además, en tal caso, si lo que se alega en el juicio es que el bien perteneció a la sociedad de bienes y que uno de los convivientes no dio su consentimiento para la enajenación del bien raíz, estaríamos frente a un caso de nulidad relativa del acto o contrato, conforme lo previsto en el Art. 1700 del Código Civil, lo que no es materia de la demanda, pues la pretensión de la actora es que se declare la nulidad de la escritura pública.- Se debe diferenciar entre lo que constituye la nulidad de un instrumento público y la nulidad del acto o contrato contenido en ese instrumento. En el primer caso, nos referimos a la nulidad del documento propiamente dicho, con respecto a las solemnidades que debe cumplir el acto o contrato cuando es celebrado ante un notario público, de acuerdo a los requisitos contemplados en la Ley Notarial. En el segundo caso, la nulidad se refiere al acto o contrato que está contenido dentro del instrumento, donación, compraventa, permuta, etc., cuando éste no ha sido otorgado con las solemnidades que contempla la ley o existen vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo); incapacidad para contratar objeto o causa ilícitas (CNJE, 2012).

Lo mismo se puede apreciar en la sentencia No. 0208-2012-1:

Este Tribunal de Casación, sin que pretendamos ser Jueces de instancia, cree imperioso señalar, que la parte actora incoa acción de nulidad absoluta de escritura de venta, con fundamento en el artículo 1725 (actual 1698) del Código Civil y los artículos 404 (actual 395) y siguientes del Código de Procedimiento Civil. Al efecto debe distinguirse, entre lo que constituye la nulidad de un acto o contrato, que puede ser absoluta o relativa, reguladas en las normas del Código Civil, artículos 1697, 1698, 1699 y 1700 y la nulidad de escritura pública regulada en la ley Notarial, artículos 44, 45, 46, 47, 48, 49; instituciones jurídicas diferentes, incompatibles. En tal sentido, la acción de nulidad absoluta de escritura de venta materia de discusión, bajo los presupuestos jurídicos indicados al inicio de este párrafo, carece de congruencia entre los argumentos de hecho y de derecho, de tal manera que en el libelo demanda, se confunde la acción propuesta, sin que quepa convalidación algún, ya que no se trata de una simple formalidad, sino de asuntos de fondo conforme se deja notado. (CNJE, 2012)

Las escrituras hacen prueba plena contra terceros, únicamente de su otorgamiento, y de la fecha del instrumento, por lo que si se declara la nulidad de un contrato, la escritura continua produciendo efectos jurídicos para probar que fue otorgada por quienes intervinieron en el acto, y la fecha de suscripción, por lo que intentar confundir las dos figuras bajo los efectos de la nulidad, implica desconocer su autonomía. En este sentido la sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia, año CVIII, serie XVIII analiza lo siguiente:

Es decir, que por la expresión de la ley, el instrumento público prueba: a) Contra terceros únicamente sobre el hecho de haberse otorgado y su fecha. b) Contra los contratantes, el hecho de haberse otorgado y su fecha y sobre la verdad de las declaraciones que hubieren hechos los participantes. Se trata de la aplicación en el derecho procesal civil del principio de derecho que dice: "Res Inter. Alios Acta Vel Judicata, Alteri Nec Pordest, ne noler", que significa: "La cosa hecha o juzgada entre unos, no aprovecha ni perjudica a terceros". e) Como se puede apreciar, la escritura pública es una de los tantos instrumentos públicos admitidos en nuestra legislación; y es definida, en el Art. 26 de la Ley Notarial como "el documento matriz que contiene los actos y contratos o negocios jurídicos que las personas otorgan ante notario y que éste incorpora a su protocolo. Se otorgarán por escritura pública los actos y contratos o negocios jurídicos ordenados por la Ley o acordado por voluntad de los interesados". Por consecuencia, la escritura pública es total y absolutamente distinta e independiente de los actos, contratos o negocios que se encuentra incorporados en la misma; y las causas de nulidad de los mismos y de la escritura son, así mismo, distintos. Un contrato es nulo cuando faltan los requisitos señalados en los Arts. 1697 y 1698 del Código Civil mientras que una escritura pública es nula cuando faltan los requisitos señalados en el capítulo IV de la Ley Notarial. El Art. 44 de esta Ley indica: "la infracción de los ordinales 3 y 4 del Art. 20 determinan la nulidad de la escritura y el notario será destituido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales a que hubiere lugar" (CSJE, 2007).

La confusión entre nulidad de contrato y de escritura pública en relación a la naturaleza no solo es común entre los accionantes, sino que en determinados momentos, existen jueces que también pueden llegar a confundir estas instituciones, para el efecto se puede revisar lo examinado en la sentencia No. 0090-2013:

En el caso que se decide, Pablo Estrada Yáñez arguye que la Sala no ha aplicado lo dispuesto en los artículos 29 y 48 de la Ley Notarial, al declarar la nulidad de la Escritura Pública de Reforma del Reglamento de Copropiedad del Edificio "Torres de Guápulo". a) El artículo 29 de la Ley Notarial determina los requisitos y las formalidades que debe contener una escritura pública. El artículo 48 del referido cuerpo legal, establece que por defecto en la forma son nulas las escrituras públicas que no tienen designación del tiempo y lugar, el nombre de los otorgantes, la firma de la parte o partes; las procuraciones o documentos habilitantes, la

presencia de testigos. El artículo 1716 del Código Civil señala que es instrumento público o auténtico el autorizado con las solemnidades legales por el competente empleado cuando es otorgado ante notario e incorporado en un protocolo o registro público, se llama escritura pública. Los instrumentos públicos hacen plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha pero no en cuanto a la verdad de sus declaraciones. El artículo 11 de la Ley de Propiedad Horizontal determina que: “El Reglamento Interno de Copropiedad deberá, en todo caso, ser protocolizado en una notaría del cantón e inscrita en el Registro de la Propiedad”. El señor Luis Alberto Serrano Romani, conforme consta del libelo inicial demandó la nulidad de la reforma del Reglamento Interno de Copropiedad del Edificio “Torres de Guápulo”; sin embargo la Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de Pichincha declaró mediante sentencia la nulidad de la Escritura Pública de Reforma de Reglamento de Copropiedad del Edificio “Torres de Guápulo”, lo cual no era materia de la litis, pues como queda expuesto, diferente es la nulidad de una escritura pública de la nulidad de un acto o en este caso de las Reformas al Reglamento Interno de Copropiedad del Edificio “Torres de Guápulo”, mal entonces puede la Corte Provincial declarar la nulidad de una escritura cuando se demandó la nulidad de un acto contenido en una escritura (CNJE, 2013).

Cuando se demanda la nulidad de una escritura pública, quien debe comparecer al proceso, es el notario que la autorizo, mas no así en la nulidad de contrato, pues él es responsable de cumplir con los requisitos que son intrínsecos a las escrituras, además de que es el encargado de dar fe del instrumento, y por el cual podrá tener sanciones civiles, penales o ambas, y al mismo tiempo su destitución o multa por haber permitido el nacimiento de un instrumento que conlleve nulidad, por lo que su comparecencia en función de su derecho a la defensa es fundamental. En el supuesto de que no se le demande al notario cuando se pretende declarar en sentencia la nulidad de una escritura se configura la falta de litis consorcio, que al final repercute en la imposibilidad de obtener un fallo a favor del actor del proceso. Entonces resulta imperioso comprender que si se demanda nulidad de escritura debe comparecer el notario, pero si es nulidad de contrato, no, por lo que es indispensable distinguir entre nulidad de contrato y de escritura. En este sentido la sentencia No. 0387-2012 recoge que:

Para que el juez esté en posibilidad de dictar sentencia de mérito es obligatoria la concurrencia al proceso de todos los interesados en la relación jurídica material o sustancial que mediante la demanda se pretende declarar, modificar o extinguir, la exigencia obedece a que todas ellas pueden resultar afectadas con la resolución de fondo. Constituye obligación del juzgador asegurarse que la relación jurídica procesal consecuencia de la traba de la litis en cuanto determina los sujetos de la relación: actor y demandado, se haya establecido entre todos aquellos que deben concurrir a ella, pues así se garantiza el ejercicio del derecho a la defensa. 5.1.4. En los términos analizados, el no haberse contado con el Notario Público Quinto del Cantón Cuenca conlleva privación del ejercicio de su derecho fundamental a la defensa, Art. 24. 10 de la Constitución de 1998 y Art. 76.7.a) de la Constitución de 2008, hecho que lo coloca en estado de indefensión que viola el debido proceso. En consecuencia, procede casar la sentencia y dictar la que corresponda en su lugar. Conforme lo que se deja expuesto, cuando en el proceso hay falta, ya sea por parte del actor o del demandado, de legitimación ad causam, el juzgador al momento de resolver lo hará necesariamente con carácter de inhibitorio, sin hacer pronunciamiento alguno respecto del derecho material o sustancial discutido. En el caso sub lite no cabe pronunciamiento alguno respecto del asunto de fondo de la litis, pues que no está integrada debidamente la relación jurídico procesal en la forma que se deja expuesta (CNJE, 2012).

También resulta importante establecer que solo los que intervienen en la celebración de la escritura son los que deben ser llamados a juicio, es decir los comparecientes que suscribieron la escritura y el notario que la autorizo. En ocasiones se ha solicitado la comparecencia como parte demanda al registrador de la propiedad, pero ellos no deben acudir, debido a que no son parte generadora de la escritura, sino del acto de inscripción, con lo cual se ratifica que los elementos que configuran un contrato, una escritura y en este caso, la inscripción en el registro son completamente independientes, como bien lo determina la sentencia No. 0211-2013:

Como se analizó anteriormente, no fue materia de la demanda la nulidad del acto de inscripción en el Registro de la Propiedad del contrato de compraventa, por tanto, no era necesario contar como parte procesal con el Registrador de la Propiedad del cantón Guayaquil, ya que no intervino en el otorgamiento de las escrituras públicas de los poderes, una cosa es que el funcionario público intervenga en la suscripción de la escritura pública y otra muy distinta es la inscripción en el Registro de la Propiedad de esa escritura. La jurisprudencia de la ex Corte Suprema de Justicia lo que ha manifestado es que cuando se demanda nulidad de escritura, se deberá necesariamente demandar al Notario que ha intervenido en su celebración, pero no ha expresado que también se deberá contar con el Registrador de la Propiedad que inscribe esa escritura, pues no se está cuestionando el acto de inscripción como tal (CNJE, 2014).

La misma reflexión anterior se debe aplicar cuando se demanda la nulidad de un contrato, bajo este supuesto deben comparecer a proceso todos los que suscribieron el instrumento, pues si el mismo es declarado nulo, afecta a todos los intervinientes, debido a que no podría subsistir el mismo produciendo efectos jurídicos para los que no fueron demandados. Bajo esta premisa la sentencia No. 180-2001 profundiza que:

Sobre este particular el tratadista Arturo Alessandri Besa, al comentar el Código Civil Chileno que es similar al nuestro, dice: Pero no solo es necesario dirigir la acción de nulidad contra los que celebraron en el contrato, sino que no debe omitirse a ninguno de ellos. De lo contrario, se declararía nulo el contrato sin oír a uno de los afectados, y nadie puede ser condenado sin ser oído. Es imposible, además, que se declare nulo un contrato respecto de algunos de los que intervinieron en su celebración, y quede subsistiendo válidamente respecto de otros que no fueron citados al juicio en que se discutió su validez, porque el contrato o es válido o es nulo respecto de todo el mundo, ya que se trata de un carácter propio del contrato sin relación con determinadas personas. Por tal motivo, la Corte Suprema ha declarado que no procede declarar la nulidad de un contrato en un juicio que no se ha seguido con una de las partes que intervino en su celebración?. (La Nulidad y la Rescisión en el Derecho Civil Chileno, Tomo I, Segunda Edición, Ediar Editores LTDA., Chile, Pág. 624.) (CSJE, 2001).

La consecuencia jurídica de que se presente erróneamente la pretensión por parte del actor, desencadena en que los jueces no puedan proteger el derecho que se busca tutelar, así cuando se confunde la figura de la nulidad de contrato y la nulidad de escritura, y los jueces se pronuncian rechazando la demanda por falta de personería, esta no se puede presentar nuevamente, debido a que se configura la cosa juzgada, en relación a la identidad subjetiva y la objetiva. En concordancia con este tema, la sentencia No. 0201-2009 colige que:

De la observación de la sentencia que hace esta Sala de Casación, se desprende que tanto en los considerandos como en la parte resolutive, el Tribunal ad quem hace un análisis de las pretensiones de los demandantes y de las excepciones de los demandados, llegando a la

conclusión de que existe cosa juzgada porque hay identidad subjetiva y objetiva, porque, con anterioridad, Manuel José Llanes y Melva Natividad Acaro Lima demandaron ordinariamente a Segundo Rafael Ortiz Achupallas, Manuel Agustín Sucunuta Sisalima, Aída Mariela Urgilés, Notario Segundo del cantón Loja y Registradora de la Propiedad del cantón Zamora para que de acuerdo con los Arts. 1724 y siguientes del Código Civil, se declare la nulidad del contrato de compraventa del predio Santa Teresita y de la escritura pública que lo contiene, celebrada en la Notaría Segunda del cantón Loja el día 15 de septiembre de 1994, y la restitución de las cosas al estado anterior que tuvieron, con indemnización de daños y perjuicios, costas y honorarios, y que el Juez respectivo rechazó la demanda por falta de derecho de la parte actora, por falta de personería y por incompetencia del Juzgado en razón del territorio (CNJE, 2009).

Otro efecto común que se suele presentar en estos casos, es la indebida acumulación de acciones. Si se demanda conjuntamente la nulidad de la escritura y nulidad del contrato, anunciando argumentos que pretenden afectar a las dos instituciones en su conjunto, y de esta forma conseguir por parte de los jueces que se declare, la nulidad del contrato o la nulidad de la escritura, se corre el riesgo de que los jueces no resuelvan sobre la pretensión así planteada, pues las dos acciones son incompatibles, en este sentido la sentencia No. 2012-0231 aplica el siguiente razonamiento al establecer parámetros claros a cada institución:

En primer término este Tribunal considera necesario distinguir entre la nulidad de contrato y la nulidad de escritura pública toda vez que el recurrente, en la fundamentación del recurso, alude a disposiciones legales que tienen relación con una y otra institución jurídica.- La Doctrina y Jurisprudencia han diferenciado entre la nulidad del acto o contrato y la nulidad o falsedad del instrumento denominado escritura pública. La primera se refiere al acto generador de derechos y obligaciones y sus condiciones de legalidad, que en términos generales comprende: a) La capacidad legal para obligarse; b) La expresión libre y voluntaria del consentimiento, que éste no adolezca de ningún vicio (error, fuerza o dolo); c) Que tenga un objeto y causa lícita; y, d) Que cumplan las solemnidades previstas en la ley para determinado acto o contrato (Arts. 1461 al 1485 del C.C.). Esta nulidad de acto o contrato puede ser absoluta o relativa, según la infracción; así el Art. 1697 y 1698, en ese orden, disponen: “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. Art. 1698.- La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas. Hay asimismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces. Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato”. En tanto que la segunda, se refiere a la forma y requisitos del documento que con las solemnidades y exigencias previstas en la ley constituye escritura pública (CNJE, 2003).

La contrastación de la parte teórica con la casuística ha permitido comprender cómo los jueces analizan y configuran los efectos que se producen, tanto de las nulidades de los contratos, cómo en las nulidades de las escrituras públicas. El entender desde esta perspectiva consuetudinaria permite al usuario del sistema judicial determinar previamente cuáles van a ser

las consecuencias de sus pretensiones, así el confundir a dos instituciones jurídicas completamente diferentes presupone anticipar un posible resultado negativo para el accionante. El no tomar en consideración la forma en la cual se han plasmado estas figuras en el entorno judicial repercute directamente en la efectividad del aparato jurisdiccional en función de las pretensiones de los actores, y en perjuicio de quiénes son llamados a un proceso a litigar sin justa causa.

## **7.- Conclusiones**

Los contratos se presentan como la forma de exteriorización de la voluntad de las personas que buscan producir determinados efectos jurídicos, y que se componen de elementos esenciales, esto es la capacidad, el consentimiento, el objeto y la causa lícitas. La capacidad puede ser entendida como la posibilidad de obligarse por sí mismo sin necesidad o autorización de otra persona, que incluye la capacidad de goce y de ejercicio, y que por expreso mandato normativo, todos somos capaces excepto los que la ley declara incapaces. El consentimiento a su vez se lo comprende como la voluntad que es la manifestación individual de un sujeto para realizar una determinada conducta, elemento esencial en los contratos pues gracias a este y la aceptación se produce el nacimiento del contrato. La causa es concebida como el motivo que permite se genere el acto o contrato. Finalmente, el objeto no es nada más que la obligación que se debe dentro del contrato es decir el compromiso pactado y contraído por las partes, el cual, al igual que la causa deben estar permitidos por el ordenamiento jurídico, caso contrario se nos consideraría como ilegales. También podemos encontrar un elemento indispensable, pero está vinculado con la eficacia más no con la validez, y se refieren a las solemnidades que son el cumplimiento de la forma que la ley exige para determinados actos o contratos, aunque cabe la pena resaltar que si no se cumple con esta formalidad, el contrato es válido, pero no produce los efectos jurídicos que buscan las partes, salvo que la formalidad misma, sea parte del objeto constitutivo del contrato, con lo cual se podría entender que termina afectando al objeto y transformarse en un requisito esencial y por lo tanto de validez. Estos elementos son los que configuran al contrato y en ausencia de uno o varios de ellos se pueden generar diferentes efectos jurídicos.

El documento público es el cuál ha sido autorizado con las solemnidades legales por parte de un funcionario público, y se conoce como escritura pública, si este ha sido autorizado por el notario e incorporado dentro del protocolo a su cargo. La importancia de la formalidad radica en que es un mecanismo que configura la buena fe, el respeto y el cumplimiento del acto jurídico celebrado, básicamente por la capacidad probatoria que el propio ordenamiento

jurídico otorga a esta clase de instrumentos. Así, este hace prueba plena de los otorgantes y la fecha en la que se ha celebrado el acto, y en relación con los terceros, de las declaraciones que los otorgantes han incorporado en el instrumento. Por el carácter formal que tienen las escrituras, es necesario que para su celebración y autorización por parte del funcionario público, se cumplan con determinados requisitos, sin los cuales, se producen efectos jurídicos diferentes al que las partes quieren, que básicamente se reducen a que conste en el instrumento, los nombres de los suscriptores, el del notario, de los testigos en el caso de que estos se presenten, la cosa, la cantidad o la materia de la obligación, las causas principales, la naturaleza de los efectos, el lugar, la fecha del otorgamiento y la suscripción de todos los que intervienen en el instrumento. De lo anterior se desprende que las escrituras públicas tienen sus propios elementos configuradores que difieren de los elementos esenciales de los contratos.

Por expresa disposición normativa todo acto o contrato es nulo si le falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para generar valor del mismo acto o contrato, bien sea en la especie o en relación a la calidad o el estado de las partes, y está su vez, puede recaer en nulidad absoluta o relativa. Así, la nulidad se configura como una sanción legal impuesta al acto o contrato que no contiene cierta clase de requisitos, y que por lo tanto no debería tener un valor jurídico. La diferencia radical entre la nulidad absoluta y la nulidad relativa está en la facultad que entrega el ordenamiento jurídico, para que un acto se subsane. Entonces si el acto es susceptible de subsanación estamos frente a una nulidad relativa y si no permite, está estamos actuando ante una nulidad absoluta. El efecto jurídico de la nulidad es que esta hace que el acto se retrotraiga al instante en el cual se produjo el hecho o el acto que género la nulidad, porque este no debió haberse generado pues afecta directamente al ordenamiento jurídico establecido.

La escritura pública es el instrumento matriz que contiene los actos, contratos o negocios jurídicos que las partes otorgan ante un notario y que esté por la fe pública que le ha sido conferida por la ley, los puede incorporar dentro de un protocolo. Estos documentos públicos requieren de una serie de requisitos que tienen que ser cumplidos caso contrario se puede generar la nulidad de la escritura pública. La nulidad de la escritura pública afecta al carácter formal del instrumento que contiene el contrato. De manera que, por expreso mandato normativo se consideran nulas las escrituras en las cuales se permita la comparecencia de personas incapaces, las que han sido elaboradas tomando en cuenta el interés del directo del notario o sus parientes, o en las cuales que se otorguen escrituras simuladas, o las que no consten en la página del protocolo, según el orden cronológico en cual debería estar. A su vez también se generan las llamadas nulidades de forma que se encuentran recogidas en el artículo

34 de la ley notarial, pero a falta de uno de estos requisitos, el instrumento si produce efectos jurídicos, pero como contrato privado, el cual tiene fines probatorios y genera derechos y obligaciones. Entonces cómo se puede apreciar, en las escrituras no se hace una referencia directa a nulidad absoluta o relativa como en los contratos, si no que se refiere a la nulidad en general y a la nulidad de forma, en la cual no se configura el elemento de la subsanación, simplemente porque en la escritura, los actos no se subsanan, sino que al no contar con determinados requisitos de forma, se transforma en un instrumento privado.

La nulidad de los contratos y la nulidad de las escrituras afectan diferentes aspectos de la naturaleza jurídica de los mismos, a pesar de que hay elementos configuradores similares las consecuencias son completamente diferentes, así, en las dos instituciones, la nulidad debería ser declarada por juez. Si la nulidad se declara sobre un contrato, este deja de producir efectos jurídicos, pero si fue celebrado por escritura pública, esta aun produce efectos pues hace prueba directa sobre determinadas circunstancias, esto es la fecha del otorgamiento y la suscripción de quienes comparecieron. Ahora bien, si se declara nula a una escritura, esta deja de existir como instrumento, pero el contrato, que contiene los derechos y las obligaciones, aun produce efectos jurídicos, al menos si la nulidad es de forma. De lo anterior se desprende que se puede declarar nulo a un contrato y declarar nula a una escritura independientemente, es decir que un contrato puede ser nulo, porque no tiene los requisitos propios que lo configuran, pero la escritura podría ser válida. La importancia radica en determinar que no es lo mismo la nulidad de la escritura pública y la nulidad del contrato, porque la escritura no es nada más el instrumento que contiene el contrato, y que si bien es cierto, el contrato puede ser declarado nulo no implica que la escritura que lo contenga sea declarada nula, también porque esta última, tan solo ese instrumento del acto contrato.

La ser dos instituciones diferentes la nulidad de contrato y la nulidad de escritura pública, los llamados a defenderlas no son los mismos. Por lo tanto, si se genera nulidad de contrato, los que deben comparecer son las partes que celebraron el instrumento, mientras que en la nulidad de escritura pública deben comparecer las partes y el notario por ser la autoridad que autorizó dicho instrumento, además porque este último puede tener sanciones civiles o penales. Otro efecto que desencadena la no diferenciación de la nulidad de escritura pública y la de los contratos, es que se puedan asemejar las dos acciones, tratando de asumir que son una sola, lo cual por lo incompatible de su naturaleza, desencadena necesariamente en una indebida acumulación de acciones.

La nulidad que afecta los contratos y la nulidad que menoscaba a la escritura pública son completamente contrarias, y el tratar de equiparar a estas instituciones, lo único que genera es

en que se vean perjudicados los derechos de los justiciables, en el caso de que ellos decidan acudir ante el sistema judicial para obtener una protección adecuada o tutela efectiva de sus derechos, pues los criterios emitidos por el máximo organismo de justicia ordinaria del Ecuador apuntan a determinar qué no es lo mismo la nulidad de instrumento público y la nulidad de acto o contrato contenido en este instrumento, ya que el primero, se refiere a las solemnidades que debe cumplir el acto cuándo es celebrado ante un notario público, y el segundo hace referencia directa al contenido del acto. Dejando de manifiesto que las nulidades de escritura pública y de contratos son instituciones distintas.

## **8.- Recomendaciones**

El analizar los efectos jurídicos de las nulidades de los contratos y de las escrituras públicas ha permitido vislumbrar que se puedan generar diferentes aportes en función de nuevas investigaciones que pueden partir de este estudio. Se ha presentado una confusión que merece la pena ser estudiada y que se refiere a la simulación de los contratos y su efecto con la nulidad de los contratos en virtud de la validez de los mismos, pues se forja la confusión entre la simulación del contrato y la validez del mismo, es decir, que si un contrato es simulado no debería producir efectos jurídicos y por lo tanto correría el riesgo de una nulidad, y a su vez se puede determinar, que el contrato simulado, es un contrato que produce efectos jurídicos, que no son afectados por la nulidad. Esto en función de que la normativa no reconoce a la simulación como constituyente de nulidad. Entonces el diferenciar estas figuras permite contribuir con el esclarecimiento teórico práctico de la estrategia que se debe emplear cuando se generan supuestos que permitan configurar a una simulación de contrato o una nulidad de contrato.

A su vez también se debe analizar sobre la llamada simulación de contrato y simulación de escritura pública, pues también se ha recurrido a tomar las dos instituciones como si fueran instrumentos similares. Así la normativa legal pertinente, determina que existe unidad escritura cuando se haya simulado una escritura, tómesese en cuenta, que no se refiere a simulación de contrato, que se configuraría también de forma diferente, pues una simulación de escritura asumiría darle la apariencia de instrumento público algo que no lo tiene, que no es lo mismo que se configure con una simulación de contrato que es darle apariencia a un acto. A partir de este enfoque se puede profundizar en estas instituciones con la finalidad de determinar el alcance jurídico de cada una de ellas.

El análisis casuístico ha permitido demostrar a través de la parte práctica como los jueces configuran a la nulidad de la escritura y a la nulidad de los contratos, lo cual ha terminado

siendo concluyente, pues es claro que para los jueces son dos instituciones completamente diferentes. Ahora bien, la parte casuística se refirió solo a sentencias emitidas por el máximo órgano de justicia ordinaria, pero hay que comprender que para generar una dimensión real de esta afectación, se podría realizar un estudio que permita confirmar cuantitativamente cuántas demandas han sido rechazadas por indebida acumulación de pretensiones o por falta de legítimo contradictor, pues éstas excepciones, al ser previas, se resuelven en la audiencia antes de cualquier otra etapa procesal, y declaran sin lugar la demanda y ordenan su archivo, por lo tanto al no continuar el proceso no se podría llegar a casación, qué es la casuística que ha sido empleada para el presente estudio, lo que podría implicar, que hay casos que no trascienden, que al final ampliaría la comprensión real de esta problemática.

A pesar de que en el trabajo se hace una referencia directa a las nulidades de la escritura pública, el estudio se ha enfocado en la nulidad a términos generales y la nulidad de forma, lo que hace presumir tácitamente se configurarían las llamadas nulidades de fondo de las escrituras, y bajo desde este supuesto resultaría adecuado realizar una futura investigación para determinar, si es adecuado referirse a las nulidades de fondo, y de ser el caso, establecer las diferencias con las nulidades de forma, para finalmente separar estas de las nulidades absolutas y relativas de los contratos, demostrado que cada una tiene categorías jurídicas las diferentes.

## **9.- Bibliografía**

- Álvarez, M. (2012). Contratos mercantiles. Ibagué, Colombia: Universidad de Ibagué.
- Aparicio, I. (2020). Consentimiento en el contrato: causal de nulidad y no de anulabilidad: Consent to the contract: grounds for nullity and not for voidability. *Revista Lex*, 3(9), 217-231.
- Arnau, F. (2016). Lecciones de derecho civil II: obligaciones y contratos. Castelló de la Plana, Spain: D - Universitat Jaume I. Servei de Comunicació i Publicacions.
- Ayala, M. (2017). Contratos civiles. México, D.F, Mexico: IURE Editores.
- Candela, J. (2014). Manual para técnico documental en notarías. Tomo I (2a. ed.). Madrid, Spain: Dykinson.
- Casset, G. (2020). Nulidades de la escritura pública. Secretario de redacción: Agustín Rodríguez Corrección y edición: Agustín Rodríguez, 87.
- Constitución República del Ecuador [CRE] (2008). Constitución de la República del Ecuador. Asamblea Nacional. Registro Oficial 449.
- Código Civil. (2005). Congreso Nacional. Registro Oficial, Suplemento 46.

Código Orgánico General de Procesos [COGEP] (2015). Código Orgánico General de Procesos. Asamblea Nacional. Registro Oficial, Suplemento 506.

Corte Nacional de Justicia del Ecuador [CNJE] (11 de julio de 2014). Sentencia No. 0211-2013. Juicio No. 2012-0021.

Corte Nacional de Justicia del Ecuador [CNJE] (27 de junio de 2012). Sentencia No. 0208-2012-1. Juicio No. 2011-0193.

Corte Nacional de Justicia del Ecuador [CNJE] (12 de mayo de 2009). Sentencia No. 0201-2009. Juicio No. 2002-0249.

Corte Nacional de Justicia del Ecuador [CNJE] (10 de octubre de 2012). Sentencia No. 0387-2012. Juicio No. 2010-0508.

Corte Nacional de Justicia del Ecuador [CNJE] (15 de octubre de 2012). Sentencia No. 0388-2012. Juicio No. 2011-0355.

Corte Nacional de Justicia del Ecuador [CNJE] (25 de febrero de 2013). Sentencia No. 0090-2013. Juicio No. 2011-0987.

Corte Nacional de Justicia del Ecuador [CNJE] (14 de mayo de 2013). Sentencia No. 2012-0231. Juicio No. 0163-2013.

Corte Suprema de Justicia del Ecuador [CSJE] (6 de marzo de 2007). Gaceta Judicial, año CVIII, serie XVIII, No. 3. p. 824.

Corte Suprema de Justicia del Ecuador [CSJE] (4 de julio de 2001). Sentencia No. 180-2001. Juicio 15-V-2001.

Clavijo, D. Guerra, D. y Yáñez, D. (2014). Método, Metodología Y Técnicas De La Investigación Aplicada Al Derecho. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

De la Maza, I., Wilson, C., y Olivares, Á. (2017). Los principios latinoamericanos de derecho de los contratos (Vol. 13). España: Boletín Oficial del Estado.

De los Ángeles Soza, M. (2003). LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA TRADICIÓN: ¿ACTO O HECHO JURÍDICO? Revista Chilena de Derecho, 30(2), 287-305.

Díaz, D. (2013). Manual de práctica notarial. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Fayos, A. (2018). Derecho civil : manual de derecho de obligaciones y contratos. España: Dykinson.

Fraga, K. y Cosme, D. (2012). El principio de autonomía de la voluntad contractual civil. sus límites y limitaciones. Revista Jurídica De Investigación e Innovación Educativa (REJIE Nueva Época), (6), 27-46.

Garcés, P. (2014). El consentimiento: Su formación y sus vicios. Envigado: Institución Universitaria de Envigado.

- Garrido Cordobera, L. (2005). El rol del Estado en el derecho de Daños. Revista jurídica N 9 Universidad de Ciencias Sociales y Empresariales. Buenos Aires: UCES.
- González, C. (2017). CAPÍTULO 1.: LOS TRATOS PRELIMINARES. In Las fases de formación del contrato: Valor y régimen jurídico (pp. 11-44). Madrid: Dykinson.
- IAEN. (02 de septiembre de 2021). Líneas de Investigación. Obtenido de [https://educacionvirtual.iaen.edu.ec/pluginfile.php/67805/mod\\_resource/content/1/Politica-y-Lineas-de-Investigacio%CC%81n-IAEN\\_2019\\_vd18072019-1.pdf](https://educacionvirtual.iaen.edu.ec/pluginfile.php/67805/mod_resource/content/1/Politica-y-Lineas-de-Investigacio%CC%81n-IAEN_2019_vd18072019-1.pdf)
- Lacruz, J., Sancho, F., Luna, A., Delgado, J., Rivero, F., y Rams, J. (2013). Elementos de derecho civil. Tomo II: Derecho de obligaciones. Volumen segundo: Contratos y cuasicontratos, delito y cuasidelito (5a ed.).Madrid: Dykinson.
- Ley de Compañías. (1999). Congreso Nacional. Registro Oficial 312.
- Ley Notarial. (1996). Decreto Supremo 1404. Registro Oficial 158.
- López, E. (2007). Manual de Responsabilidad Civil. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- López, F (2012). Pretensión de Nulidad de Contratos Civiles y Mercantiles en Colombia, La. Rev. Derecho Privado, 23, 407.
- Martinez, J. (2016). Apuntes de derecho notarial. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Maxwell, J. (2019). Diseño de investigación cualitativa. Barcelona: Editorial Gedisa.
- Monteiro, R. (2013). El interés económico de las partes y el incumplimiento contractual. Vina de Mar: Escuela de Derecho-Universidad Viña del Mar.
- Mora, J. (2016). El IX Pleno Casatorio Civil y la nulidad de oficio: Entre la congruencia y el interés público. Peru: Agnitio.
- Noriega, L. (2020). Notas y supuestos prácticos de derecho civil: obligaciones y contratos. España: BOSCH EDITOR.
- Odar, R. (2014). Anotaciones sobre el otorgamiento de escritura pública: Comentarios a la casación 3643-2011-la libertad. Derecho y Cambio Social, 11(38), 24.
- Ordoqui, G. (2011). Buena fe en los contratos. Buenos Aires, Spain: Editorial Reus.
- Padilla, Y. (2018). Los contratos y las garantías. República Dominicana: Universidad Abierta para Adultos (UAPA).
- Pabón, J. (2017). La capacidad. In Derecho Civil. Aproximación al Derecho. Derecho de personas. Quinta edición (pp. 707-730). Bogotá D. C.: Editorial Universidad del Rosario.
- Pujol, P. (2018). Protocolo jurídico. Madrid: Wolters Kluwer España.
- Rengifo, Á. (2019). Dilemas contemporáneos del derecho notarial. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.

- Reyes, W. (2009). La función social en el ejercicio del Derecho. La transformación de la Justicia. Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos. Quito: V&M Gráficas.
- Rojas, M. (2011). La Teoría del Negocio Jurídico en la Contratación Moderna Empresarial. *Vox Juris*, 20, 69.
- Salamanca, A. (2015). La investigación jurídica intercultural e interdisciplinaria. Metodología, epistemología, gnoseología y ontología. *Revista de derechos humanos y estudios sociales*, (14), 59.
- San Martín Neira, L. (2015). LA TEORÍA DE LA INEXISTENCIA Y SU FALTA DE CABIDA EN EL CÓDIGO CIVIL. *Revista Chilena De Derecho*, 42 (3), 745-784.
- Silva-Herzog, F. (2009). La dimensión económica del notariado: aproximaciones a la contribución de la profesión notarial a la economía mexicana (2a. ed.). México: Editorial Miguel Ángel Porrúa.
- Valenzuela, R., y Ruiz-Tagle, M. (2014). Nulidad y saneamiento de vicios formales. En *manual sobre Derecho de Sociedades* (pp. 287-294). Chile: Ediciones UC.
- Vasilachis de Gialdino, I. (2014). Estrategias de investigación cualitativa. Barcelona: Editorial Gedisa.
- Vial del Río, V (2002). Teoría General Del Acto Jurídico. Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Zavala, G. (2002). Ineficacia y subsanaciones en el documento notarial. *Revista Notarial*, 943, 755-781.