

UNIVERSIDAD DE LAS AMERICAS

FACULTAD DE DERECHO

**INEXISTENCIA Y NULIDAD ABSOLUTA COMO EFECTOS DE LA FALTA DE
FORMALIDADES EN LOS ACTOS Y DECLARACIONES DE LA VOLUNTAD**

**DR. RENE BEDON GARZON
PROFESOR GUIA**

MARIA DE LOURDES SOLORZANO VERA

2009

Introducción

Esta tesis de grado tiene la intención de establecer la diferencia conceptual entre dos términos jurídicos sobre los cuales ha existido confusión y no siempre se han utilizado correctamente: "inexistencia" y "nulidad absoluta"; la importancia de la inclusión de la Teoría de la Inexistencia en la legislación ecuatoriana; la necesidad de establecer los requisitos para que un Acto sea existente y válido; y la falta de precisión que existe cuando se trata de la omisión de las formalidades de los actos jurídicos o cuando éstas se encuentran viciadas.

Para lograr mi objetivo, realizaré una introducción doctrinaria sobre los Actos, Contratos y Negocios Jurídicos y algunos de sus elementos más importantes; en razón de que éstos instrumentos jurídicos son susceptibles de ser ineficaces. Realizaré una travesía por la historia, desde la época romana hasta nuestra época republicana, complementando ésta con breves reseñas sobre los principales codificadores e inspiradores del Código Civil como Napoleón Bonaparte desde Francia y Andrés Bello, Freitas o Vélez Sarsfield en nuestro continente sudamericano.

Pretendo proporcionar una noción de la Ineficacia, su significado, sus grados y los componentes que permiten que se den cada uno de éstos; examinaré la clasificación de los contratos por su forma, ya que los contratos viciados por falta de la misma producen Inexistencia; revisaré además la Ley Notarial y la Ley de Comercio Electrónico, donde existen requisitos para la validez y eficacia de actos celebrados al tenor de las mismas.

Estudiaré fallos jurisprudenciales, que nos permitirán reconocer la realidad jurídica que se vive en los sistemas judiciales por la falta de normatividad que determine los procedimientos a realizarse en casos donde el grado de ineficacia sea la inexistencia.

Finalmente, compararé las normas relativas a los Actos y Contratos y sus grados de ineficacia en las legislaciones de España, Colombia, Chile y Argentina.

En grandes rasgos, pretendo hacer conciencia de la necesidad de legislar sobre la materia y aportar aspectos conceptuales para que se pueda llevar al cabo una reforma al Código Civil.

INDICE

	PÁGINA
CAPITULO I	
I.	Introducción Doctrinaria 1
I.I	La Eficacia de los actos, contratos y negocios jurídicos 1
I.II	Historia de las solemnidades 8
I.II.I	Contratos y solemnidades en Roma 8
I.II.II	Contratos y solemnidades en la Edad Media 12
I.II.II.I	Alta Edad Media 12
I.II.II.II	Baja Edad Media 14
I.II.III	Contratos y solemnidades en el Derecho Hispano y de Indias 15
I.II.IV	Contratos y solemnidades en el Código Napoleónico 17
I.II.V	Contratos y solemnidades en la época Republicana 18
I.II.V.I	Augusto Teixeira de Freitas 19
I.II.V.II	Dalmacio Vélez Sarsfield 20
I.II.V.III	Andrés Bello 21
I.II.VI	El Código Civil en el Ecuador 22
I.III	Condiciones de Existencia y Validez 23
I.III.I	Grados de Ineficacia 28
I.III.I.I	Inexistencia 29
I.III.I.II	Nulidad Absoluta 33
I.III.I.III	Nulidad Relativa 36
CAPITULO II	
II	Clasificación de los contratos por la forma 38
II.I	Contratos Consensuales 39
II.II	Contratos Consensuales celebrados electrónicamente, de acuerdo a lo dispuesto en la Ley de Comercio Electrónico Ecuatoriana 40
II.III	Contratos Reales 41
III.III	Contratos Solemnes 42
CAPITULO III	
III	La sanción a la falta de formalidad en el Ecuador 44
III.I	Las formalidades previstas por la Ley Notarial 44
III.II	Análisis de Jurisprudencias 46
III.II.I	Análisis de Jurisprudencias acerca de la Nulidad Absoluta 46
III.II.II	Análisis de Jurisprudencias acerca de la Inexistencia 58
III.II.III	Análisis de Jurisprudencias acerca de la Nulidad Relativa 70

CAPITULO IV

Legislación Comparada	75
IV.I Española	75
IV.II Colombiana	76
IV.III Chilena	77
IV.IV Argentina	78
Conclusiones	81
Recomendaciones	84
Anexos	86

CAPITULO I

INTRODUCCIÓN DOCTRINARIA

I.1 LA EFICACIA DE LOS ACTOS, CONTRATOS Y NEGOCIOS JURÍDICOS

Los seres humanos desde los primeros indicios de nuestra existencia, hemos vivido en sociedad. Esta situación estableció principalmente la necesidad de que exista el Derecho, creando normas para el orden. “Las normas de justicia guían el obrar libre del hombre en sus relaciones con los demás hombres, seres igualmente libres y responsables”¹ Así, nacieron las relaciones entre las distintas personas que coexisten en un mismo círculo social; como señala Larrea Holguín: “La sociabilidad humana, agrega al derecho la cualidad de ser norma general, tutelada por una autoridad y por un sistema, que precisamente se llama jurídico o sea de derecho. “Ubi societates. Ubi ius” Donde hay sociedad hay derecho y no existe derecho sin sociedad”.²

Estas relaciones han evolucionado, el vínculo entre estas personas se ha convertido en jurídico y se han estructurado dentro de sí mismo en un Derecho Objetivo y en un Derecho Subjetivo. El primero, se refiere al conjunto de normas que regulan una determinada relación jurídica; mientras que el Derecho Subjetivo se refiere precisamente a la relación que existe entre las personas y las cosas, es decir, los vínculos de pertenencia y dominio.

¹ Larrea Holguín Juan Dr., *Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador, Volumen 1, séptima edición, pág. 1.*

² *Ibidem, pág 2*

Estas situaciones jurídicas se manifiestan a través de hechos y actos, mismos que pueden ser naturales o jurídicos.

Coviello, a su vez, define los hechos jurídicos como “todos los acontecimientos a los que el derecho objetivo atribuye como una consecuencia la adquisición, la pérdida o la modificación de un derecho subjetivo”³. Para Claro Solar son hechos jurídicos “los acontecimientos en virtud de los cuales las relaciones de derecho nacen, se modifican o concluyen”⁴

Monroy Cabra en su Introducción al Derecho explica sobre las Teorías del Acto Jurídico y del Negocio Jurídico lo siguiente: Señala que la Teoría del Acto Jurídico tuvo su origen en la mitad del siglo XIX⁵ y que fue Hugo el primero en hacer la distinción entre acciones humanas y negocios jurídicos. Señala que el Acto Jurídico nace en el abolengo romano, que figura en el Código de Prusia de 1794, pero que “la doctrina francesa y la italiana la han ignorado hasta comienzos de este siglo, sin desconocer que los códigos respectivos hablaron de actos jurídicos, a veces con una significación semejante a la del negocio jurídico; pero en el Código de Napoleón, como en los dos italianos, el vigente y el inmediatamente anterior, las reglas generales que suelen asignarse a los actos (o negocios) jurídicos se hallan establecidas solo con relación a los contratos y testamentos”⁶ La teoría del Negocio Jurídico, afirma, fue creado por los pandectistas alemanes del siglo pasado. Emilio Betti⁷ lo define como “el acto con el cual el individuo regula por sí los intereses propios en las relaciones con otros (actos de autonomía privada), y al que el derecho enlaza los efectos

³ Coviello Nicolás, *doctrina general del derecho civil, México, Uteha, 1949, págs 349 y siguientes, citado por Marco Antonio Monroy Cabra, Introducción al Derecho, Editorial Temis, Decimotercera edición, pág 486.*

⁴ Claro Solar, *op. Cit, t, 1, pág 83, citado por Marco Antonio Monroy Cabra, Introducción al Derecho, Editorial Temis, Decimotercera edición, pág 486.*

⁵ V. Scialoja, *Negozi giuridici, cap. III, núm. 15, nota 2, citado por Orgaz, op. Cit. Pág 51, citado por Monroy Cabra Marco Gerardo, Introducción al Derecho, Editorial Temis, Bogotá 2003, pág. 491.*

⁶ Alfredo Orgaz, *op.cit. pág, 53, citado por Monroy Cabra Marco Gerardo, Introducción al Derecho, Editorial Temis, Bogotá 2003, pág. 491.*

⁷ Emilio Betti, *Teoría General del Negocio Jurídico, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, Págs. 52 y ss., citado por Monroy Cabra*

más conformes a la función económico-social que caracteriza su tipo (típica en este sentido). Agrega también que la doctrina moderna ⁸ "...se encamina a la concepción del negocio como declaración de voluntad dirigida a producir efectos jurídicos , o cuando menos, efectos titulados por el derecho..."⁹.

Como se observa la visión de muchos tratadistas, aunque distinta, siempre concuerdan en el objetivo que persiguen los llamados actos o negocios jurídicos; de esta manera, Ospina Guillermo y Ospina Eduardo¹⁰ comentan que la noción del acto o del negocio jurídico encuentran su ubicación lógica dentro de la teoría del funcionamiento de las normas jurídicas y de la producción de sus efectos, y que van incluso un paso más allá al reducir el problema de la formación de las situaciones de hecho que le sirven de presupuesto, a la verificación del papel que en dicha formación desempeñan el acto o negocio jurídico...Dicen que existen varias clasificaciones de los elementos que intervienen en la formación de situaciones jurídicas, que la más generalizada, clara y apropiada es aquella que "denomina negocio jurídico al acto cuya voluntad se encamina directa y reflexivamente a la producción de efectos jurídicos, al acto jurídico como el acto voluntario del cual derivan también efectos jurídicos, pero independientemente del querer del agente, o mejor dicho por el solo ministerio de las normas jurídicas, como sucede en la comisión de un delito, y hecho jurídico, al simple hecho de la naturaleza física, como el desplazamiento del lecho de un río o la muerte de una persona"¹¹ Pero, agregan estos autores, "para nuestro derecho civil es indispensable acoger la clasificación tradicional francesa, que reduce a los elementos que intervienen en la formación de las situaciones jurídicas a solo dos especies: el acto jurídico, que comprende toda manifestación de voluntad directamente encaminada a la producción de efectos jurídicos y el hecho jurídico que cobija tanto los hechos puramente físicos o materiales jurídicamente relevantes, como también los actos voluntarios cuyos efectos, que la ley les atribuye, se producen

⁸ Renato Scognamiglio, *Teoría General del Contrato*, trad. de Fernando Hinestrosa, Bogotá, Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, págs. 11 y 12, citado por Monroy, pág 496

⁹ Monroy Cabra Marco Gerardo, *Introducción al Derecho*, págs. 494 y siguientes.

¹⁰ Ospina Fernández Guillermo, Ospina Acosta Eduardo, *Teoría General del Negocio Jurídico*, Editorial Temis, Séptima Edición, Bogotá 2005, Págs. 4 a 17.

¹¹ Carlota Ferrar, *El negocio jurídico*, Madrid, Edit. Aguilar 1956, núm. 49, citado por Ospina, Ospina, *Teoría del negocio jurídico*

independientemente del querer del agente, como si fueran simples hechos físicos". Se refieren a que ni el derecho civil colombiano, ni el francés se refieren al negocio jurídico, hablan siempre de acto, pero determinan que Acto o Negocio jurídico es la delegación que el legislador hace en los particulares de la atribución o poder que tienen de regular las relaciones sociales. Finalmente, definen que "Acto o Negocio Jurídico es la manifestación de voluntad directa y reflexivamente encaminada a producir efectos jurídicos".

La legislación argentina, establece en el art. 944 del Código Civil, que "son actos jurídicos los actos voluntarios lícitos que tengan por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos". Martorell¹² señala que la nota caracterizante de esta norma es el fin jurídico de los actos jurídicos, y que por lo tanto corresponde ubicar al Contrato dentro de la categoría de los actos y negocios jurídicos, aclarando que las expresiones "acto jurídico" y "negocio jurídico" se refieren a una única figura: son sinónimos¹³.

En nuestra legislación, no existe una definición de Acto, sin embargo en el art. 9 del Código Civil se trata acerca del valor de los actos prohibidos por la ley: "Los actos que la prohíbe la Ley son nulos y de ningún valor..." El Código se refiere a los Actos o Contratos...

El art. 1454 del Código Civil Ecuatoriano señala que "Contrato o Convención es un acto por el cual una persona se obliga con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas"¹⁴.

¹² Martorell Ernesto Eduardo, *Tratado de los contratos de empresa*, Editorial Depalma, Buenos Aires 1998, reimpresión de la 1ra edición, pág 6.

¹³ Alfredo Orgaz, *Hechos y actos o negocios jurídicos*, Bs. As, 1973, pág. 239, citado por Martorell, *Tratado de contratos de empresa*, pág 6.

De esta definición se puede concluir que el contrato es un acto jurídico, pero no implica que todo acto sea necesariamente un contrato, puesto que existen manifestaciones unilaterales de la voluntad intencionales por ejemplo el testamento que evidentemente no es un contrato, que para ser tal requiere la presencia de dos o más voluntades.

Por otra parte, es preciso analizar la definición de la palabra "Convención" pues en este cuerpo legal se asimila a la convención con el contrato, como si fueran sinónimos, lo cual es errado.

El diccionario de Cabanellas define a la Convención de la siguiente manera:

"Del latín conventio, derivada de convenire, convenium, es el acuerdo de dos o más personas sobre una misma cosa. La Convención integra el género; y el contrato, la especie. La convención es un acuerdo de voluntades, cuyo efecto puede constituir, o no, una obligación; el contrato es una especie de convención hecha con el fin de obligarse"

La definición que da Cabanellas está enmarcada en la Teoría de las Obligaciones de Savigny, filosofía sobre la cual se creó el Código Civil Francés y consiguientemente el Ecuatoriano, que sostiene que las relaciones jurídicas crean obligaciones y como consecuencia de esto, nacen los derechos subjetivos. En cambio, la Teoría Social y Solidaria de Derecho¹⁵, señala que el objeto de las relaciones jurídicas es la de crear derechos subjetivos y como consecuencia nacen las obligaciones correlativas.

¹⁵ *Constitución Política de la República del Ecuador, 2008, arts., 1 y 3 numeral 6*

Continuando con el análisis de esta definición en la que señala que “una persona se obliga con otra...”, en la realidad no siempre sucede esto en la celebración de un contrato; puesto que las dos personas que intervienen en el mismo, en ocasiones, tienen obligaciones recíprocas, así por ejemplo en un contrato de compraventa, el vendedor se obliga a entregar la cosa y el comprador a pagar el precio. Pero cabe recordar que en la teoría social y solidaria de derecho, consagrada constitucionalmente en el Ecuador, las personas no celebran contratos con la finalidad de obligarse, sino de obtener un derecho y correlativamente adquieren una obligación.

La definición del contrato, también se refiere a la intervención exclusivamente de la voluntad de dos o más personas, sean naturales o jurídicas, como dice el art. 1454, “cada parte puede ser una o muchas personas”, su presencia es imprescindible para la celebración de un acto que requiere del discernimiento, la intención, la libertad y de la exteriorización de la manifestación de éstas. Freitas señalaba que “ningún hecho tendrá el carácter de voluntario; 1º) sin un acto exterior, por el cual la voluntad se manifiesta, y 2º) sin que los agentes hayan actuado con discernimiento, intención y libertad”¹⁶. Este análisis, nos refleja elementos importantes en el Acto Jurídico: voluntad, intención, discernimiento y capacidad; por lo que es necesario definir cada uno.

La Voluntad es la aptitud síquica y física que tiene un ser humano y solo éste, por la cual pueden formular pensamientos y pueden actuar; es el movimiento o cambio interior que determina la acción; es el libre querer interno de lograr un fin determinado”¹⁷ Alessandri, señala que se habla propiamente de voluntad cuando el Acto es unilateral, pero que cuando se celebran el acto dos o más personas, el término apropiado es Consentimiento. Este autor aclara además

¹⁶ Ghersi Carlos Alberto, *Contratos Civiles y Comerciales, Tomo I, Editorial Astrea, pág. 62, Ciudad de Buenos Aires, 2006.*

¹⁷ Alessandri, Somarriva, Vodanovich, *Tratado de Derecho Civil, pág 194, y citas de apuntes de las clases de Contratos y Negocios Jurídicos, Universidad de las Américas, Dr. René Bedón.*

que para que la Voluntad sea considerada por el Derecho debe tener seriedad , es decir que se debe emitir por persona capaz y con el propósito de crear un vínculo jurídico y además debe manifestarse, ya sea expresa o tácitamente.

La Intención es la conjunción de la voluntad, la experiencia y el conocimiento; es la formulación del pensamiento que nos permite tomar decisiones por medio de la experiencia y conocimiento; es el querer más el saber.¹⁸

El discernimiento es el razonamiento o juicio por medio del cual se llega a percibir la diferencia que existe entre varias cosas, así como a distinguir entre el bien y el mal.¹⁹

Por último, la capacidad, que presenta dos connotaciones: como atributo de la personalidad jurídica, es la aptitud que tienen todas las personas o sujetos de derechos para ser titulares de derechos y obligaciones; y como requisito de validez de los actos jurídicos, que consiste en el poder que tienen estos sujetos de derecho para ejercer directamente, por sí mismos, sus derechos y cumplir sus obligaciones.²⁰

¹⁸ Citado de los apuntes de las clases de Contratos, Dr. René Bedón; Universidad de las Américas

¹⁹ <http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/Paginas/Diccionario.D.htm>

²⁰ Ospina y Ospina, obra citada, pág. 21

I.II Historia de las solemnidades

I.II.I Contratos y solemnidades en Roma

La historia nos muestra a una Roma estrictamente formalista, como lo llama Capitant²¹ es un derecho primitivo, todo acto estaba sujeto a fórmulas solemnes para su perfección, el concierto de voluntades eran insuficientes; se regían por una mentalidad bárbara que no podía concebir la posibilidad de que la sola voluntad privada tuviera poder suficiente para atar vínculos jurídicos.²²

Bernal y Ledesma²³ coinciden con esta teoría, puesto que lo describen como un derecho procesal que resulta rígido y formal, que se caracteriza como una etapa primitiva que está muy cerca de la justicia de la propia mano, señalan como ejemplo que en el caso de pluralidad de acreedores, éstos podrían llegar a matar al deudor dividiéndose las partes de su cuerpo.

El Derecho romano no definió al contrato, ni elaboró una teoría general del mismo, sino que existió una serie cerrada de contratos, cada uno con sus propias reglas especiales²⁴.

La regla "Nuda Pactio obligaciones non parit", (la simple convención no produce obligación) constituyó una de las bases fundamentales de la vida civil

²¹ Capitant Henri, *De la Causa de las Obligaciones*, Editorial Analecta, pág. 92

²² Ospina, Ospina, obra citada, pág. 224.

²³ Bernal Beatriz, Ledesma José de Jesús, *Historia del Derecho Romano y de los Derechos Neorromanistas*, Editorial Porrúa, Séptima Edición, México 1997, pág. 85

²⁴ <http://www.pandectasperu.org/revista/no199912/gianfeli.html>

romana, la cual estuvo regida por un estricto formalismo en la celebración de sus actos, “el derecho es ante todo un procedimiento”²⁵.

El principio de la autonomía de la voluntad fue ajeno al Derecho romano, desde que la voluntad, por sí sola, no bastaba para crear obligaciones, siendo necesario al efecto que se la acompañe por un “vestmentum” reconocido (forma, contenido típico, prestación cumplida), de los que nace su eficacia jurídica²⁶.

Entre las formalidades que encontramos en esta etapa del Derecho encontramos, para la entrega de la cosa o la tradición, a la “mancipatio”: que era una compra-venta al contado de carácter formal y abstracto, mediante la cual se transmitía la propiedad de las cosas “mancipi”; éstas, a su vez, eran las cosas dedicadas a la agricultura como fundos, animales y aperos de labranza, esclavos, servidumbres rurales, etcétera, a las cuales los antiguos romanos les daba mayor valor, por tratarse de una sociedad eminentemente agrícola.²⁷ y la “in jure cessio”, que eran dos actos solemnes y abstractos al mismo tiempo; el “título adquirendi” no influía en nada en el efecto jurídico de estos actos, se transmitía la propiedad desde que se había realizado el cumplimiento de las formalidades mencionadas, aunque carecieran de causa o ésta fuera inmoral o ilícita.²⁸

Otra formalidad que se utilizaba era la “usucapio” que consistía en prescripción adquisitiva de dominio conforme al derecho civil romano. Mediante ella, y cumpliendo ciertos requisitos, el poseedor de una cosa mueble se convertía en

²⁵ Ospina, Ospina, obra citada, pág. 224

²⁶ <http://www.pandectasperu.org/revista/no199912/gianfeli.html>

²⁷ Bernal, Ledesma, obra citada, nota 52, pág. 85.

²⁸ Capitán Henri, obra citada, pág. 92

propietario quiritario de la misma con el transcurso de un año. Si se trataba de una cosa inmueble, se requerían dos años²⁹

Capitant señala también que los contratos solemnes del derecho romano antiguo, el “nexum”, la “expensilatio”, la “stipulatio”, se convierten en actos abstractos: producen obligaciones, sin que correspondan a la voluntad de quien se obliga. Habiéndose realizado en la forma requerida, obligan al promitente, aunque se haya vinculado sin causa, o en virtud de causa ilícita o impulsado por violencia, dolo o error³⁰. Destaca a la “stipulatio”, la forma más usada en las obligaciones, como el acto abstracto por excelencia puesto que bastaba la sola contestación afirmativa del promitente.³¹

Como lo señalan respectivamente Bernal³² y Ospina³³, la etapa preclásica, a fines de la República y durante el Imperio; como producto del engrandecimiento territorial de Roma, del progreso de su civilización, el pujante desarrollo de su comercio interno y externo, la de la transformación de la economía familiar a la economía mercantilista; constituyó un período de transición entre el formalismo y el consensualismo en la realización de los actos y negocios jurídicos, en donde sin derogar el principio formalista se atenuaron sus rigores y se adaptaron a las nuevas necesidades. Es aquí donde por fin se considera al acuerdo de voluntades como un formalismo requerido para perfeccionar los contratos. Otra característica sobresaliente es que el derecho pasa a ser de oral a escrito, lo que facilita la prueba y elimina la excesiva publicidad en la celebración de los actos jurídicos.³⁴

²⁹ *Ibis*, nota 53, pág. 85.

³⁰ *Gayo*, 4, 118, a, citado por Henri Capitant, obra citada

³¹ *Capitant*, obra citada, pág. 95

³² *Bernal*, *Ledesma*, obra citada, pág. 182.

³³ *Ospina*, *Ospina*, obra citada, pág. 224.

³⁴ *Bernal*, *Ledesma*, obra citada, págs. 182 y 183.

Se diferenciaban tres principales supuestos de los cuales nacen obligaciones contractuales en el Derecho romano, a saber, los contratos formales: aquellos en que la fuerza vinculante residía en la observancia de una determinada forma con independencia de que existiera el consentimiento; los reales: cuya fuerza obligatoria reside en el desplazamiento patrimonial sin una causa que permita la retención definitiva de la cosa por parte de quien la había recibido; y los consensuales: a pesar de que el consentimiento de las partes jugaba un rol accesorio, sus efectos esenciales se daban en función de la naturaleza de cada negocio típico, cuyo contenido se encontraba predeterminado³⁵.

Al lado del "nexum" (contrato "per aes et libram"), el "verbis" y del "litteris", todos ellos contratos solemnes y de interpretación estricta, aparecieron los contratos "re" (mutuo, prenda, comodato y depósito), los contratos consensuales (compraventa, arrendamiento, sociedad y mandato), los contratos innominados ("do ut des", "do ut facias", "facio ut des", "facio ut facias"), los pactos pretorianos ("de consittutum", "receptum nautarum", etc.) y los pactos legítimos (de donación y de constitución de dotes)³⁶.

La concesión de la acción pretoriana "actio praescriptis verbis", tendiente a reclamar el cumplimiento de la promesa de la contraparte en vista de la cual se había hecho o dado algo, es el punto de ruptura entre el "contrato romano" y el concepto del "contrato moderno".³⁷

Para Ospina³⁸, todas estas innovaciones en el Derecho Romano nunca eliminaron el formalismo que lo caracterizó, la regla "nuda pactio obligaciones non parit", nunca perdió su vigor, todo lo contrario sirvió de regla general para

³⁵ <http://www.pandectasperu.org/revista/no199912/gianfeli.html>

³⁶ *idem* nota 28.

³⁷ <http://www.pandectasperu.org/revista/no199912/gianfeli.html>

³⁸ Ospina, Ospina, obra citada, pág. 224.

todos aquellos casos en que las convenciones no podían amoldarse a los nuevos contratos típicos (consensuales, reales e innominados) ni a los pactos pretorianos y legítimos; en tales casos se recurría a las viejas formas solemnes, verbi gracia la "stipulatio", so pena de que las respectivas convenciones no alcanzaran existencia ni eficacia jurídica.

I.II.II Contratos y solemnidades en la Edad Media

I.II.II.I Alta Edad Media

"Hermoso espectáculo el de las leyes feudales: yérguese como una vieja encina cuyo follaje se divisa desde lejos; acercándonos vemos el tronco, pero no las raíces: para encontrar estas últimas se ha de excavar la tierra"³⁹.

El anhelado avance del derecho, no ocurrió precisamente en la Edad Media Alta. A la caída de Roma entró a regir un derecho más rígido y arcaico que la primitiva legislación romana: el derecho germano, íntegramente dominado por el más crudo simbolismo.⁴⁰ Señala Montesquieu, que aquellos pueblos que conquistaron el imperio romano habían salido de Germania; que pocos autores hablaron de sus costumbres, pero hubieron dos entre ellos, de inmensa autoridad: César, que guerreando entre los germanos, describió sus usos, y Tácito, quién escribió expresamente acerca de las costumbres germánicas, se dice que todo lo abreviaba porque lo veía todo.⁴¹

³⁹ Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, Heliasta, pág. 566.

⁴⁰ Ospina, *Ospina*, obra citada, núm. 262

⁴¹ Montesquieu, obra citada, *De los orígenes de las leyes feudales*

El concepto de Derecho Germánico proviene de una construcción intelectual, basada en similitudes que se presentan en algunas de las tribus germánicas , pero en realidad no existe un Derecho estructurado normativamente como lo son: el Derecho español o indiano. Por lo tanto esta construcción unitaria no concuerda con la realidad de los hechos , esto se debe a que la información con que se cuenta fue desarrollada por Cesar y Tácito , quienes solamente tuvieron relación con tribus del centro de Europa.

En el derecho germánico, la costumbre es una de sus principales características, básicamente es un derecho catalogado como primitivista, el elemento de mayor relevancia es la falta de independencia que presentaba el ámbito jurídico . No sólo era inspirado e influido por la religión y valores bélicos, sino que también estaban estrechamente relacionados. Por consiguiente, toman su lugar en ocasiones en que no existe derecho propiamente tal. Al no estar separado el derecho de las otras áreas y valores de una sociedad no es el espacio ideal para que este tenga un buen funcionamiento, puesto que es importante tener conocimientos sobre qué hechos corresponden al derecho y cuáles no.

La permuta y una primitiva compraventa, son las obligaciones más relevantes que se observa en esta época. Se realizan por el cambio de monedas de plata o por ganado, supone esto que el ganado era el elemento máspreciado para ellos. A la vez pagaban las multas de delitos menores con animales. Tácito nos dice que “ el interés y la usura son desconocidos”. Para concluir un negocio de manera perfecta, no se necesitaban las formalidades habituales, ni tampoco la escrituración, bastaba sellarlo con gestos y ademanes como un apretón de manos, un beso o una mueca .⁴² Sin embargo, la fórmula de la “stipulatio”, se

⁴² <http://hdeld.blogspot.com/2006/05/derecho-germano-breve-esquema-y.html>;
<http://www.odinismo.com/forum/viewtopic.php?t=963>

mantuvo en la Edad Media; la inserción de la palabra *promissit* en un acto redactado por Notario, con tal que se hubiera realizado en presencia de las partes; equivalía a la “*stipulatio*”. Como señaló Duaren, en su tiempo no había contrato que no mencionase la “*stipulatio*”. En éste contexto, la “*stipulatio*” perdió su carácter de abstracto⁴³

I.II.II.II Baja Edad Media

La mezcla de las costumbres romanas, germánicas y canónicas, evolucionaron el derecho a un estado menos formalista que en un principio. Las nuevas formas que se dieron fueron el contrato por *carta*, generalizada entre los letrados, y la del contrato por *juramento*, que fue la forma ordinaria de la contratación⁴⁴.

Los canonistas, tomando como base premisas teológicas, se esforzaron por consagrar la eficacia de todas las convenciones, aunque estuvieren totalmente desprovistas de solemnidades de cualquier género, se atendía solamente a la promesa, las “*nuda verba*” obligan al promitente a cumplir su promesa so pena de incurrir en pecado mortal; transformando de esta forma una obligación jurídica en un acto de conciencia. De esta manera llegaron a imponer el postulado “*solus consensus obligat*”, que se convirtió en axioma jurídico a partir del Renacimiento, y especialmente, por la influencia de la Escuela del Derecho de Gentes de Hugo Grocio⁴⁵

⁴³ Henri Capitant, obra citada, págs. 130, 131, 132

⁴⁴ Ospina y Ospina, obra citada, pág. 225

⁴⁵ Ospina y Ospina, obra citada, pág. 225; Capitant Henri, obra citada, pág. 137

I.II.III Contratos y solemnidades en el Derecho Hispano y de Indias

El derecho indiano se instituyó bajo el reinado español de Fernando e Isabel para la colonización de América, y se componía del derecho indígena, que el colonizador español respeta en su vigencia, que no se oponía a la religión católica y a las nuevas normas imperantes; del derecho especial para Indias, que comprendía normas jurídicas expresamente dictadas para América y que se manifestaban a través de la ley y de la costumbre, y del derecho de Castilla, que tenía carácter subsidiario.

Los principales contratos que se realizaban en este período eran las capitulaciones, aquellos que se celebraban con la Corona para la prestación de servicios públicos, contenían la licencia del monarca al particular para que éste efectuara descubrimientos; el compromiso del descubridor de correr con todos los gastos de la empresa y del rey de recompensarle en determinada forma si cumplía con sus obligaciones. Este era un contrato bilateral y condicional, que por el carácter desigual de los celebrantes quedó siempre en la práctica sujeto a una gran inestabilidad en su cumplimiento por parte de la corona.

Otro de los instrumentos importantes, que permitían ejecutar las capitulaciones, eran las instrucciones. Por medio de éstas se reglamentaba la forma de actuación del expedicionario, el tratamiento que debía este dar a los indios y la necesidad de proveer a su conversión. Las Instrucciones eran, en otras palabras, contratos de mandato, pues delegaban en los jefes de las expediciones de jurisdicción civil, criminal y militar, lo que permitía a éstos asegurar la disciplina de sus huestes. Debe recordarse como fundamentos legales de las instrucciones, la Provisión general sobre descubrimientos dados

por Carlos V en Granada en 1526 y las Ordenanzas de nuevos descubrimientos dictada por Felipe II en 1573.

Las leyes se dirigían ordinariamente a las autoridades civiles y religiosas en varias copias. Cuando era de interés general o se las publicaba o se pregonaba en plazas y mercados con concurrencia del escribano.

Cuando una ley era dirigida a un particular, éste debía presentarla a las autoridades para su obediencia. Cuando eran dirigidas hacia las autoridades, éstas debían cumplir con el “acatamiento”, que consistía en tomar la ley, besarla y colocarla sobre su cabeza, expresando que la acataba por provenir de su señor natural.

El Derecho de Indias se caracteriza por tener un espíritu profundamente religioso.⁴⁶

El Derecho Indiano⁴⁷ está compuesto de materialidad en sus formas, al tener una alta importancia la moral y la religión, los gestos y actitudes corporales debieron ser reglamentados.

En el tema jurídico, encontramos los siguientes muestras de las formalidades requeridas para entablar relaciones jurídicas entre particulares:

En la encomienda medieval, es decir, el hecho de “se commendare”⁴⁸ se formaliza con el *hommage*⁴⁹ que se expresa mediante tres gestos corporales:

⁴⁶ http://www.alipso.com/monografias/derecho_indiano/

⁴⁷ <http://macareo.pucp.edu.pe/ftrazeg/aafbb.htm>

- la “inmixtio manuum”⁵⁰, por la que el vasallo coloca sus manos juntas en las manos del señor, que las cierra sobre ellas y que era acompañada por la declaración formal del vasallo: “Señor, me hago hombre vuestro”, siendo este aspecto oral menos importante que el gesto de las manos;
- la “fides”⁵¹, que era el juramento de fidelidad que prestaba el vasallo a su señor, y
- el “osculum”, es decir el beso que si bien no era constitutivo del acto servía para confirmar las promesas recíprocas de señor y vasallo –manibusque receptum osculatus est⁵²- de la manera como ahora puede serlo el apretón de manos.

I.II.IV Contratos y solemnidades en el Código Napoleónico

El Código Civil Napoleónico, fue ideado por Napoleón Bonaparte, de quién lleva su nombre, con el propósito de lograr la unificación de las leyes civiles en todas las provincias de Francia. Los principios de esta codificación se basaban en los grandes logros de la Revolución: la libertad individual, la libertad de trabajo, la libertad de conciencia y el laicismo del Estado.

La creación de este Código fue encomendada a Portalis, un oficial administrativo prestigioso, al ex parlamentario, Bigot de Prémeneu, a Tronchet, presidente de Corte de Casación y a un juez de la misma Corte de Casación llamado Malleville. La realización del mismo llevó cuatro meses y

⁴⁸ François L. Ganshof, *op. cit.*, p. 115, citado en macareo.pucp.edu.pe

⁴⁹ François L. Ganshof, *op. cit.*, p. 116, citado en macareo.pucp.edu.pe

⁵⁰ *ibidem*, pág. 119

⁵¹ *ibidem*, pág. 123

⁵² “y después de haberlo recibido por las manos, lo besó”.

luego fue remitido a la Corte Superior y a la de Casación, para observaciones y aprobación para que pueda revisarse en el Consejo de Estado que era presidido por Napoleón. Una vez aprobado por éste, pasó al Parlamento donde se le hicieron varias observaciones y enmiendas, para finalmente salir aprobado por la insistencia de Napoleón. Fue un Código de ideología liberal, laico e individualista.

Una Ley del 9 de septiembre de 1807, le impuso el nombre de Código Napoleón. A partir de su sanción, provocó una gran repercusión, y el movimiento codificador se impuso tanto en Europa como en América. Así influyó en Bélgica, Luxemburgo, Renania, El Palatinado, Darmstad, Hesse, Saboya, Ginebra, Piamonte, Piacenza, Parma, y Holanda. También en los códigos de Sicilia de 1819, de los Estados Sardos de 1837, del estado de Louisiana en 1824, en Haití y Bolivia, en 1843, en Italia en el año 1865, y en España en 1888.⁵³

I.II.V Contratos y solemnidades en la época Republicana

En la época republicana, el "sistema de la negocialidad jurídica" sufrió un proceso de diferenciación; la ciencia jurídica europea dio lugar a dos tradiciones sistemático-terminológicas, como fueron la "del contrato (convención)" y la "del acto o negocio jurídico". La primera lo hizo en el Código Napoleónico en 1804 y la segunda en el Bürgerliches Gesetzbuch de 1896.

Estas codificaciones influyeron para las distintas legislaciones de América. Si bien la regla general fue la adopción del Código francés, no se puede

⁵³ <http://www.laguia2000.com/francia/el-codigo-napoleonico>

desconocer que la teoría pandectista también infirió en la creación de los códigos americanos.

Específicamente en América del Sur, fueron tres los principales productores de la legislación civil de nuestros países que usaron ambas teorías como base de los Códigos: Augusto Teixeira de Freitas, Dalmacio Vélez Sarsfield y Andrés Bello.

I.II.V.I Augusto Teixeira de Freitas

En 1853⁵⁴, el gobierno del Brasil encargó la codificación del derecho civil al jurista Augusto Teixeira de Freitas (1816-1883).

Freitas elaboró un plan para realizar la codificación en dos etapas. La primera la publicó en 1857, "Consolidacao das leis civis". Esta obra se refería principalmente a las personas, las cosas y los derechos tanto personales como interpersonales.

Para cumplir la segunda etapa Teixeira editó Esboço entre 1861 y 1862. Esta obra no llegó a convertirse en Código, pero fue la mayor influencia para la producción del Código Civil Brasileiro y fue muy fuerte para el de Argentina.

⁵⁴ <http://federacionuniversitaria54.blogspot.com/2008/05/la-codificacin-y-el-codigo-civil.html> y Cortabarría Jorge Juan, "El Code Napoleón y sus comentaristas como fuentes del Código Civil

En base a esta obra, Clóvis Beviláqua redactó el Código Civil Brasileiro, que fue promulgado en 1916, y que al igual que el Esboco está dividido en una parte general y una parte especial. La primera contiene un lib. I: Das pessoas; un lib. II: Dos bens; y un lib. III: Dos fatos jurídicos. La parte especial trata: Do direito de familia en un lib. I; Do direito de coisas en un lib. II; Do direito das obrigações en un lib. III; y Do direito das sucessões en un lib. IV.

I.II.V.II Dalmacio Vélez Sarsfield

En Argentina, en el año 1864 se encomendó la elaboración del Código Civil a Dalmacio Vélez Sarsfield⁵⁵ (1800-1875); principalmente por lo difícil que era para un grupo colegiado de ese momento alcanzar unidad de criterio y sancionar un cuerpo armónico, coherente e independiente.

Según el propio Vélez Sarsfield se inspiró principalmente en el Esbozo de Freitas: En su nota de remisión del primer libro del proyecto (21 de junio de 1865) al ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública, Eduardo Costa:

“Para este trabajo he tenido presente los códigos publicados en Europa y América y la legislación comparada del señor Seoane. Me he servido principalmente del proyecto del Código Civil para España del señor Goyena, del Código de Chile, que tanto aventaja a los códigos europeos y, sobre todo, del proyecto del Código Civil que está trabajando para el Brasil el señor Freitas, del cual he tomado muchísimos artículos. Respecto a las doctrinas jurídicas que he creído necesario convertir en leyes en el primer libro, mis guías principales han sido los juriconsultos alemanes Savigny y Zachariæ, la grande obra del señor Serrigny sobre el derecho administrativo del Imperio Romano y la obra de Story,

⁵⁵ <http://federacionuniversitaria54.blogspot.com/2008/05/la-codificacin-y-el-codigo-civil.html>

Conflicts of Laws... Yo he salido de la vía común de seguir el mal método del Código francés, y copiar sus artículos aceptando toda su jurisprudencia, y hallaréis diversos títulos que no se encuentran en los códigos de Europa y América sobre materias que estaban sólo libradas en los juicios a la jurisprudencia general, o a la especial de cada juez que debía fallar un proceso”.⁵⁶

Vélez Sarsfield terminó su primer libro en 1865 y terminó el último en 1869. El Código Civil de Argentina entró en vigencia el 1° de enero 1871. La República de Paraguay adoptó íntegramente el Código Civil Argentino en 1876.

I.II.V.III Andrés Bello

Andrés Bello, nacido en 1781, venezolano, radicado en Valparaíso – Chile, fue el jurista a quién se le encargó la elaboración del Código Civil Chileno.

El 22 de noviembre de 1855, Bello entregó el proyecto del Código al Presidente Manuel Montt, quién lo puso a conocimiento del Congreso Nacional. El código civil fue aprobado el 14 de diciembre de 1855.

Este cuerpo legal entró en vigencia el 1 de enero de 1857 y ha permanecido en vigor desde entonces.

Tradicionalmente se ha creído que la principal fuente de inspiración del Código Civil chileno ha sido el Code Civil Napoleónico. Aunque esto es cierto en

⁵⁶ Cortabarría Jorge Juan, “El Code Napoleón y sus comentaristas como fuentes del Código Civil Argentino” www.salvador.edu.ar/juri/reih/2dadell1/11.pdf

materia de obligaciones y contratos, no lo es en las demás áreas. La fuente principal fueron Las Siete Partidas de Alfonso "El Sabio".

La Autonomía de la voluntad, la protección a la buena fe, la sanción al enriquecimiento sin causa y la responsabilidad, son los principios que caracterizan al Código de Bello.

El Código de Bello sirvió de inspiración a numerosos otros códigos Civiles de Latinoamérica, como el de Uruguay, de Argentina y Brasil, siendo reproducido casi íntegramente en varios países, tales como por Ecuador (1858), El Salvador (1859), Nicaragua (1867), Honduras (1880 hasta 1899 y, nuevamente, desde 1906), Colombia (1887) y Panamá (1903 a 1916).

Al decir de varios expertos como Augusto Teixeira de Freitas (autor del Esboço de un Código Civil para Brasil) o Dalmacio Vélez Sarsfield (redactor del Código Civil Argentino) es la obra jurídica más importante de Latinoamérica.

I.III.V.IV El Código Civil en el Ecuador

Aunque la historia nos data a 1830, fecha en la que se promulgó la primera Constitución de nuestro país, fue en realidad con el Primer Grito de la Independencia, en 1809, cuando inicia la consolidación del período republicano, donde surge la necesidad de que el país tenga sus propias leyes.

En el ámbito jurídico, Ecuador se regía por las Pragmáticas Reales, las leyes de Indias, la Nueva Recopilación, que fueron determinadas por las leyes colombianas a las que nuestro país se encontraba sometido cuando ocurrió su independencia, respetó esta legislación, hasta que surgió el anhelo de tener un Código Civil propio. Se encargó el proyecto en 1837 al jurista José Fernández Salvador, quién realizó un prospecto en base al Código Boliviano; sin embargo no llegó a concluirlo. En 1852, las Cámaras conformaron una nueva comisión para analizar el proyecto creado por el Dr. Fernández, pero al tener conocimiento del Código Civil de Andrés Bello, decidieron adoptarlo, previo a la discusión de cada uno de los artículos. Una vez realizadas las modificaciones, fue aprobado por el Congreso el 21 de noviembre de 1857, sancionado por el Gobierno en 1860, y puesto en vigencia desde el primer día del año 1861.⁵⁷

I.III Condiciones de Existencia y Validez

Nuestra legislación nos refiere al Art. 1697 del Código Civil para establecer cuando un Acto o Declaración de Voluntad no es válido:

- “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”

Claro Solar⁵⁸ precisa que “Acto nulo es, por consiguiente el que se halla en estado de ineficacia o invalidez para producir los efectos que la ley reconoce o atribuye a los de su clase”. También señala que el art. 1681 del código civil chileno explica: “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

⁵⁷ Larrea Holguín Juan, *Manual de Historia del Derecho en el Ecuador, Corporación de Estudios y publicaciones, Págs., 255, 266 y 267.*

⁵⁸ Luis Claro Solar, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, Volumen VI, De las Obligaciones, Editorial Jurídica de Chile, pág 586.*

especie y la calidad o estado de las partes. La nulidad puede ser absoluta o relativa”. Excepto la última acotación de las clases de nulidad existentes, la norma chilena es igual a la ecuatoriana. Sendas normas se refieren a la nulidad en el sentido jurídico, aquella que “requiere de una declaración de la nulidad, resultante de dicha omisión para que deje de producir efecto”⁵⁹. Agrega además este autor, que la ley se ha servido de una forma genérica en que se contienen todas las nulidades que la ley establece.

El Art. 1461 del Código Civil detalla los requisitos para los actos y declaraciones de la voluntad:

“Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1.- que sea legalmente capaz, 2.- que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio; 3.- que recaiga sobre un objeto lícito; y, 4.- que tenga una causa lícita....”.

Además de las situaciones detalladas en el artículo precedente, existen otras condiciones para la validez de ciertos actos y contratos que se encuentran tipificadas en nuestra legislación, de esta manera, como ejemplo encontramos:

- Vicios Redhibitorios, art. 1797 del Código Civil: “Se llama acción redhibitoria la que tiene el comprador para que se rescinda la venta o se rebaje proporcionalmente el precio, por los vicios ocultos de la cosa vendida, raíz o mueble, llamados redhibitorios”.
- Lesión enorme, Art. 1829 del Código Civil: “El vendedor sufre lesión enorme cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende; y el comprador, a su vez, sufre lesión enorme cuando el justo

⁵⁹ *Claro Solar, obra citada, pág 586*

precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que paga por ella". Art. 1828: "El contrato de compraventa puede rescindirse por lesión enorme".

- Acción Pauliana, Art. 2370 del Código Civil: "En cuanto a los actos ejecutados antes de la cesión de bienes o la apertura del concurso, se observarán las disposiciones siguientes: 1) Los acreedores tendrán derecho a que se rescindan los contratos onerosos..., 2) Los actos y contratos no comprendidos en el número precedente, incluso las remisiones y pactos de liberación a título gratuito, serán rescindibles, probándose la mala fe del deudor y el perjuicio de los acreedores..."

- La Colusión es el procedimiento fraudulento que se realiza entre dos o más personas con el fin de causar perjuicios a terceros. El Art. 7 de la Ley para el Juzgamiento de la Colusión señala que éste se sancionará mediante medidas dictadas por la Sala de la Corte Superior, "para que quede sin efecto el procedimiento colusorio, anulando el o los actos, contrato o contratos que estuvieren afectados por él, según el caso, y se reparen los daños y perjuicios ocasionados, restituyéndose al perjudicado la posesión o tenencia de los bienes de que se trate, o el goce del derecho respectivo, y, de manera general, reponiendo las cosas al estado anterior de la colusión".

Los artículos citados nos refieren exclusivamente a los requisitos para el valor de los actos y contratos; pero como manifiestan otras normas de nuestra ley civil, los actos y contratos no solo deben ser válidos sino también existentes.

El artículo 1698⁶⁰ del Código Civil trata sobre los efectos que producen la ineficacia de los actos y contratos, refiriéndose una vez más solo a la omisión

⁶⁰ "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

de los requisitos para el valor de los actos y contratos; es decir a los detallados en el artículo 1461 que producirían nulidad absoluta, y a los originados por otros vicios, como vimos en las normas escritas, que provocan la nulidad relativa⁶¹.

A pesar de no existir requisitos y sanciones expresamente detallados para la existencia de los actos y contratos; el Código Civil si advierte que un acto o contrato puede no surtir efecto alguno, es decir puede no existir:

- Artículo 1460: "Se distinguen en cada contrato, las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no surte efecto alguno o degenera en otro diferente; son de la naturaleza de un contrato las que, no siendo esenciales en él se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquéllas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales".

De este artículo se deduce que para que un acto o contrato sea existente debe ostentar elementos esenciales. "Si falta una de las cosas esenciales a su existencia, el acto no puede jurídicamente existir, no puede producir efecto alguno, es la nada. Si falta un requisito necesario para la validez del acto, éste existe con el vicio; es un acto nulo, pero no un acto inexistente"⁶²

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"

⁶¹ Art. 1698, Código Civil Ecuatoriano, tercer inciso

⁶² Claro Solar, obra citada, pág 581

Claro Solar⁶³ agrega que “esta distinción ha sido olvidada al discurrir en el concepto de que el Código al dictar reglas sobre nulidad ha empleado esta palabra para significar lo que no produce efecto, lo que no existe”

El art. 1718 de nuestro Código Civil ejemplifica lo que explica Claro Solar: “La falta de instrumentos públicos no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad; y se mirarán como no ejecutados o celebrados...” Como en este caso, si el acto o declaración de voluntad requiere, además, una solemnidad especial, debe ésta realizarse para que pueda perfeccionarse, para que pueda existir. Este es un requisito imperioso que no considera el art. 1461, y que su inobservancia produce la inexistencia del acto o contrato.

Los señores Ospina⁶⁴ analizan con mayor detalle las condiciones de existencia y de validez de los actos y contratos, aunque se refieren al Código Civil colombiano, en razón de que estas son normas iguales en ambas legislaciones es aplicable este razonamiento para nuestro estudio “...estos requisitos presentan algunos reparos ya que de acuerdo a su criterio, el consentimiento no se requiere únicamente de la persona que se obliga, sino de toda persona que intervenga en un acto jurídico; señalan que omiten en este listado la ausencia de solemnidades legales y la ausencia de lesión enorme, que en ciertos actos, constituyen requisitos para la existencia o la validez; tampoco se consideran los elementos esenciales de cada acto jurídico. El artículo criticado incurre en el mismo defecto técnico que se apunta al artículo 1108 del código civil francés y que consiste en la enumeración indiscriminada de los requisitos para la existencia de los actos jurídicos y de los requisitos para la validez de ellos, dando así lugar a confusiones entre unos y otros, que han sido fuente de problemas para el campo de la doctrina”

⁶³ *obra citada, pág. 587*

⁶⁴ *Ospina y Ospina, obra citada, pág. 83*

El Doctor Juan Larrea Holguín⁶⁵, tratadista ecuatoriano, quien coincide con los criterios expuestos dice: “Nuestro derecho civil no parece identificar claramente la nulidad absoluta con la inexistencia... que las obligaciones terminan por la declaración de nulidad o por la rescisión, de donde se deduce que algo existía antes de la sentencia para que se termine o se extinga. Propiamente hay inexistencia jurídica cuando no hay ni apariencia, cuando faltan los elementos constitutivos esenciales, de modo que no hay ni el “fumus boni juris”, es decir no queda la duda de que propiamente no se ha verificado el acto o contrato”

Las normas revisadas en este acápite, nos demuestran que en nuestra ley no existen reglas claras para la eficacia de los actos y contratos; en cada una de ellas se considera únicamente la invalidez y se omite la inexistencia; sin que esto signifique que por no estar caracterizada no se produzca.

En conclusión, la eficacia de todo acto, contrato o declaración de la voluntad se produce por el efectivo cumplimiento de los requisitos de validez: capacidad legal, consentimiento no viciado, objeto lícito, causa lícita; compraventa libre de vicios redhibitorios, de lesión enorme; o de aquellos que permitan la acción pauliana; y los de existencia que son los elementos esenciales de todo acto o contrato, consentimiento (o mejor voluntad), objeto, causa y forma solemne en los casos que le sea requerido.

I.III.I Grados de Ineficacia

“Un acto jurídico es ineficaz en sentido amplio cuando no genera sus efectos propios o deja de producirlos por cualquier causa, sea ésta intrínseca o inherente a la

⁶⁵ Larrea Holguín Juan, obra citada, pág. 74

estructura del acto mismo, sea que dicha causa consista en un hecho extrínseco o ajeno a él.”⁶⁶

En nuestra legislación el artículo 1697 del Código Civil indica que “es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor de los actos...” Claro Solar⁶⁷ explica que esta norma no expresa que el acto o contrato sea nulo si falta alguno de los requisitos exigidos para su existencia sino que se refiere a requisitos prescritos para el valor, para la validez del contrato. Por consiguiente, añade, en un acto se pueden encontrar tres situaciones de ineficacia:

- Inexistencia Jurídica; cuando el acto o contrato no se perfeccionó por falta de una de las cosas esenciales a su existencia legal.
- Nulidad Absoluta; por adolecer de un vicio que afecta la validez del acto o contrato, según su propia naturaleza; y
- Nulidad Relativa; por adolecer de un vicio que afecta a la validez del acto o contrato en relación con la calidad o estado de las partes.

I.III.I.I Inexistencia

La Inexistencia ha sido una teoría muy discutida a lo largo del tiempo, se dice que nació en el siglo XIX por el jurisconsulto Zacharie, quien la expuso a propósito del matrimonio. Dice que específicamente sobre este contrato se encontraron ante una regla que señalaba que en esta materia no existía mas nulidad que la señalada expresamente por la ley. Sucedió entonces, la incertidumbre acerca de la validez de un matrimonio celebrado entre personas del mismo sexo, puesto que no había una regla que la declarara nula. Entonces los juristas reaccionaron así: “Para que el matrimonio exista, la ley

⁶⁶ Alessandri, Somarriva, Vodanovich, obra citada, pág. 319.

⁶⁷ Claro Solar, obra citada, pág. 582

supone necesariamente el acuerdo entre un hombre y una mujer, de modo que si el acuerdo es entre dos personas de idéntico sexo, el matrimonio no puede existir y por esto, concluían, el legislador no necesitó siquiera declarar su falta de eficacia". Mas tarde. Se extendió esta teoría a los actos patrimoniales.⁶⁸

Guarinoni⁶⁹ coincide con la teoría de los tratadistas chilenos y nos muestra un análisis del porqué los legisladores omitieron la teoría de la Inexistencia:

"La teoría del acto inexistente nació propiciada por los presupuestos de la escuela exegética, que ponía a la Ley como exclusiva fuente del Derecho ("de ahí el no hay nulidad sin texto"): Como el legislador es omnisciente, no puede haber olvidado incluir entre las nulidades algunos actos que son claramente inválidos. Ergo no son nulos, sino que pertenecen a otra categoría de actos que carecen de efectos jurídicos, los inexistentes. Con ello se salva la idea de que el legislador no puede modificar la ley, ya que lo que está haciendo es solo descubrir categorías que surgen de la naturaleza de las cosas. Luego la "teoría" se generalizó, ya que resultaba cómoda para soslayar los olvidos del legislador, que a veces omitía incluir como causal de nulidad algunas situaciones que para el interprete debían privar de efectos a los actos. El uso de una concepción esencialista acerca del lenguaje parece confirmar esta presunción, ya que otorga mayor fuerza a la calificación de inexistente. Así dice Llambías: "La inexistencia es una noción conceptual - no legal - que nuestro entendimiento aplica a ciertos hechos, que no obstante tener la apariencia de actos jurídicos, no son tales, por carecer de algún elemento esencial de ellos, sea el sujeto, sea el objeto, sea la forma específica. A este no ser acto jurídico, se lo designa adecuadamente con la denominación de "acto jurídico inexistente".

Audry Et Rau dice: "el acto que no reúne los requisitos de hecho que supone su naturaleza o su objeto, y en ausencia de los cuales es imposible concebir su

⁶⁸ Alessandri, Somarriva, Vodanovich, obra citada, pág. 322

⁶⁹ Ricardo Víctor Guarinoni, De lo que no hay, La Inexistencia Jurídica. www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23584061091481851665679/doxa25_21.pdf.

existencia, debe ser considerado no solamente como nulo, sino como inexistente (*non avenu*)⁷⁰. El acto inexistente pasó a ser conceptualizado como un acto que carecía de requisitos esenciales y por ello no tenía efectos jurídicos. Como lo expresa Llambías un acto inexistente es igual a la nada jurídica⁷¹

Pablo Rodríguez Grez⁷², cita a José Luis de los Mozos⁷³ quién hace una recopilación del estado de la inexistencia jurídica y señala que solo caben 3 posturas referentes a esta teoría:

- 1) “Si se considera que la falta de alguno de los elementos del negocio (*fattispecie*) acarrea la inexistencia, la conclusión a que llegamos es absurda, puesto que ya lo había dicho la teoría tradicional a su manera; y además tropezaríamos con las mismas dificultades, con que había tropezado ella para distinguir la inexistencia de la nulidad, aparte de otras muchas que de por sí saltan a la vista;
- 2) “Ante esta dificultad no cabe más que negar la inexistencia en absoluto, pues la “*fattispecie*”⁷⁴ la hay o no hay, y si no hay “*fattispecie*” el negocio es nulo;
- 3) “Cabe también una última postura, consistente en dejar relegada la inexistencia a un concepto natural, empírico, es decir extrajurídico.”

⁷⁰ Ricardo Víctor Guarinoni, obra citada. Citado por Llambías, *op cit*, pag. 584

⁷¹ Ricardo Víctor Guarinoni, obra citada

⁷² Rodríguez Grez Pablo, *Inexistencia y Nulidad en el Código Civil Chileno. Teoría Bimembre de la Nulidad*. Editorial Jurídica de Chile. Págs. 88 y 89

⁷³ De los Mozos José Luis, *El Negocio Jurídico. II. Inexistencia del Negocio Jurídico*, págs. 117 y 118, citado por Pablo Rodríguez, obra citada, pág. 89

⁷⁴ www.wordreference.com: “*situazione tipo, considerata in via ipotetica da una norma giuridica, al cui concreto verificarsi la norma stessa ricollega determinati effetti giuridici*”. Es la parte de la norma jurídica que describe el o los hechos a los cuales se aplica.

De las posturas expuestas, Rodríguez Grez, opta por la tercera, concibe la inexistencia como una noción extrajurídica que se limita a constatar que el acto alcanza solo la fase tentativa y se halla incompleto, es decir se produce un efecto jurídico negativo.

Como se demuestra en el párrafo anterior, sobre la Inexistencia, han surgido distintas teorías, unas a su favor, aquellas que afirman que un Acto Inexistente no es lo mismo que un Acto Nulo; y aquellas en contra que sostienen que en la Teoría de la Nulidad, el mayor grado de ineficacia es la nulidad absoluta, como ejemplos de estos propulsores podemos citar a Fabrell⁷⁵: “ ... la ley no consigna expresamente como causa de nulidad la falta de objeto o la falta de causa, sino sólo que lo es el objeto o causa ilícita; pero no es menos cierto que la falta de objeto o de causa impide absolutamente la existencia de la obligación y es, por consiguiente nulidad absoluta... Son sinónimos en jurisprudencia, la falta de objeto y la falta de objeto determinado, como son sinónimos el objeto ilícito determinado y el objeto ilícito indeterminado. Que no existe obligación sin objeto o sin causa, es una prueba fehaciente de que es capítulo de nulidad absoluta, porque cabalmente la naturaleza de esta especie de nulidad consiste en impedir la existencia y el valor de la obligación”. y Alessandri⁷⁶: “Nuestro código civil solo conoce la nulidad absoluta y la nulidad relativa, comprendiendo los actos inexistentes entre los actos nulos y de nulidad absoluta...”

Otro de los oponentes es Antonio M. Borrell y Soler⁷⁷ quien señala “la palabra inexistente, en rigor, tiene una significación más elevada que la que corresponde a una clase de actos jurídicos, por muy calificado que sea el defecto que adolezcan; puesto que trasciende al orden ontológico, y propiamente sólo es aplicable a las cosas que no pueden existir y a las que, aunque no sean metafísicamente imposibles, no

⁷⁵ Citado por Luis Claro Solar, obra citada, pág 588, quién agrega el siguiente comentario, respecto de la teoría de Fabrell: “Resuelve, como se ve, la cuestión con un sofisma, con una petición de principio, dando por probado con la no existencia de una obligación que carece de causa, la nulidad de la misma obligación.”

⁷⁶ Citado en Tratado de Derecho Civil, pág. 325, Alessandri, Somarriva, Vodanovich.

⁷⁷ Borrell y Soler Antonio M, Nulidad de los Actos Jurídicos según el Código Civil Español, Bosch Casa Editorial, apartado 928, Barcelona

han llegado al estado de existencia. Y es evidente que, al emplearla en el campo del derecho civil no quiere decir esto, sino simplemente que los actos a que se aplica no tienen eficacia jurídica”.

En definitiva, con teorías a favor o en contra, con oponentes a esta teoría, aún cuando en nuestro Código Civil no existe una definición expresa de Inexistencia, distintas normas de este cuerpo legal confirman que por la falta de requisitos de consentimiento, objeto, causa y forma solemne (cuando ésta se requiere), los actos, contratos y declaraciones de la voluntad no producen efectos, no surten efecto legal, es decir no existen.

I.III.I.II Nulidad Absoluta

Como señala Claro Solar⁷⁸ “el código emplea la palabra nulo o nulidad para significar el vicio o defecto de que adolece; según su especie, un acto o contrato existente”, la divide en relativa, respecto de determinadas personas y en absoluta, respecto de todos... Dice este tratadista chileno, que la palabra nulidad corresponde con más propiedad a la nulidad absoluta, porque para designar la nulidad relativa o sus efectos la ley emplea también rescisión; pero que no hay impropiedad en la clasificación puesto que al no tener la misma gravedad, no tienen la misma sanción.

La nulidad absoluta es la sanción que sufren los actos al incumplir los requisitos de validez; el artículo 1698 explica las causales que la provocan:

“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”

⁷⁸ Claro Solar, obra citada, págs. 590 y 591

De este artículo se desprende que el objeto ilícito, la causa ilícita y la falta de formalidad son los principales causantes de la nulidad absoluta. Para determinar con mayor precisión cuando se produce esta sanción analizaremos cada uno de estos.

“El objeto ilícito y la causa ilícita vician el acuerdo de voluntades que se forma, y no obstante ese vicio, existe según su especie. La falta de objeto o de causa obsta a que se forme acuerdo de voluntades en que los requisitos exigidos pudieran concurrir: no hay contrato, ni nulo, ni válido”... Por eso el código enumera taxativamente las causas de nulidad absoluta no se habla de falta de objeto o de causa, sino de objeto ilícito y de causa ilícita.⁷⁹

El objeto ilícito⁸⁰ se configura cuando el acto contraría la ley, el orden público o las buenas costumbres. Claro Solar⁸¹ dice que “la forma en la que el legislador ha revestido sus preceptos manifiesta la importancia que les atribuye”... por lo tanto considera que “hay en general objeto ilícito en todo acto o contrato prohibido por la ley, y, que obra contra la ley el que ateniéndose a lo literal de las palabras y al sentido que a éstas puede darse, desconoce su verdadero espíritu y obra contra lo en ella preceptuado”, tal como lo decían los emperadores Theodosius y Valentianus, “non dubium est in legem committere eum qui verba legis amplexus contra legis nititur voluntatem”.

Cuando los motivos que inducen a los agentes a la celebración del acto o contrato son contrarios a la ley, al orden público y a las buenas costumbres, nos encontramos frente a otro de los requisitos que provocan la Nulidad Absoluta: la Causa Ilícita.

⁷⁹ Claro Solar, obra citada, pág. 594

⁸⁰ Ospina y Ospina, obra citada, pág. 439

⁸¹ Claro Solar, obra citada, pág. 594

En cuanto a la falta de forma solemne que como señala el artículo mencionado se refieren a aquellas que las leyes prescriben para el valor de los actos y no a la calidad de las personas que intervienen, la sanción de nulidad absoluta no se produce cuando existe inobservancia total de la forma solemne, sino cuando se omiten requisitos prescritos para un determinado acto a celebrarse.⁸² Por esta razón “se considera un grave error jurídico que se diga, que la omisión de la escritura pública en la compraventa de bienes raíces, en la donación de estos mismos bienes, ...etc., acarrea la nulidad absoluta, porque sin esta solemnidad no produce efecto alguno”⁸³

En lo que se refiere a la incapacidad absoluta de las personas que celebran un acto o negocio jurídico; la ley expresamente lo sanciona de esta manera en el segundo inciso del art. 1698 de nuestro código civil: “Hay asimismo nulidad absoluta en los actos y contrato de personas absolutamente incapaces”.

La nulidad absoluta se da en razón de la falta del consentimiento y por lo tanto no puede perfeccionarse. En esta categoría se comprende a los menores impúberes, a los dementes y a los sordomudos que no se pueden dar a entender; personas que aún teniendo capacidad jurídica para ser sujetos de derechos y obligaciones, carecen de capacidad legal en razón de su falta de desarrollo psico-físico, o sus afecciones sicopáticas, o su ineptitud para entender y hacerse entender, lo que permite a la ley excluirlos del comercio jurídico; a menos que intervengan por el ministerio de sus representantes o guardadores⁸⁴

⁸² *Ospina y Ospina, obra citada, pág. 442*

⁸³ *Claro Solar, obra citada, pág. 599*

⁸⁴ *Ospina y Ospina, obra citada, pág. 442*

Las características de esta sanción, están dadas por el Código Civil, en su artículo 1699:

- La nulidad absoluta, puede y debe ser declarada por el Juez, aun sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato;
- Puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha celebrado el acto o contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba;
- Puede pedirse por el Ministerio Público, en interés de la moral o de la ley; y,
- No puede sanearse por la ratificación de las partes, ni por un lapso que no pase de quince años.

I.III.I.III Nulidad Relativa

La nulidad relativa es un medio jurídico para extinguir los derechos y las obligaciones correlativas que se producen de los actos, contratos o declaraciones de la voluntad, cuando el contratante, o inclusive el contratado, han sido legalmente incapaces, se ha viciado el consentimiento o se han producido otros vicios que de haberlos conocido, no se hubiera contratado.

El artículo 1698, del código civil ecuatoriano, en su tercer inciso señala: "Cualquier otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del contrato".

Etimológicamente la palabra "rescissio"⁸⁵, significa la acción de anular, cortar, despedazar; en el derecho civil se la usa para designar la acción de restitución de las partes contratantes al estado anterior cuando alguna de ellas sufría

⁸⁵ *Claro Solar, obra citada, pág. 613*

lesión en el acto o contrato; así es como todavía se considera en el código civil francés. En nuestra legislación, tiene la misma connotación en los casos específicamente señalados; estos son aquellos que dan derecho a la rescisión del contrato: Vicios Redhibitorios, Lesión Enorme, Acción Pauliana, e Incapacidad Relativa⁸⁶.

A diferencia de la nulidad absoluta, ésta no puede ser declarada por el Juez, ni puede pedirse por el Ministerio Público en interés de la ley, solo se la puede alegar a petición de los beneficiarios, sus herederos o cesionarios. La nulidad relativa se caracteriza también por el saneamiento de los vicios o incapacidades que la convertían en ineficaz, por medio de la ratificación de las partes o del transcurso del tiempo.⁸⁷

⁸⁶ Código Civil. Art. 1463, segundo inciso: "Son también incapaces los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas. Pero la incapacidad de este tipo de personas no es absoluta y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes"

⁸⁷ Código Civil. Arts. 1700, 1705, 1708, 1709, 1710, 1711

CAPITULO II

Clasificación de los contratos por la forma

La formalidad es el modo dispuesto por la ley o por la voluntad, el mismo que debe observarse necesariamente al hacerse la declaración para que el contrato exista válidamente.

Desde el Derecho Romano la forma fue el elemento en virtud del cual surgió la relación contractual, ya que cuando el pacto estaba desprovisto de forma, no podía ser exigido su cumplimiento.

En el Derecho Moderno según el codificador argentino⁸⁸, se entiende a la forma como el conjunto de prescripciones que señala la ley, respecto de las solemnidades que deben observarse al tiempo de la formación del acto jurídico. La regla es el consensualismo, la excepción es el formalismo.⁸⁹

En nuestra legislación, la falta de formalidades produce la ineficacia de una obligación jurídica.

El Código Civil Ecuatoriano en el Libro IV, enumera dentro de su clasificación a la forma de celebración de los contratos: consensuales, reales y solemnes.

⁸⁸ *Dalmacio Vélez Sarsfield*

⁸⁹ www.gaitan_abogados.comformasdecontrato.html

II.1 Contratos Consensuales

“El elemento estructural derivado de la voluntad es el consentimiento o concurso real de voluntad que debe recaer en un determinado objeto.”⁹⁰ El artículo 1459 del Código civil dice que un contrato es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento.

El consentimiento de las partes, ha sido definido como el encuentro de dos declaraciones de voluntad que, emitidas por dos sujetos diversos, se dirigen a un fin común y se funden. Se halla integrado por dos actos sucesivos y siempre copulativos: la oferta y la aceptación. La primera corresponde a la parte que toma la iniciativa para la negociación, y la segunda, a la parte que adhiere a esa iniciativa; por lo tanto hay consentimiento cuando las declaraciones de la oferta y de la aceptación concuerdan.⁹¹

Analizaremos en este tipo de contratos cuando se encuentran sancionados con la nulidad absoluta o producen la consecuencia jurídica negativa de Inexistencia. Como el elemento que perfecciona este tipo de contratos es el Consentimiento, y al ser este un componente esencial de todo acto o contrato, la ausencia de este elemento ocasiona la Inexistencia; ahora si existe el consentimiento, pero se encuentra viciado, este acto o contrato será sancionado con la Nulidad Absoluta.

⁹⁰ *Rodríguez Grez, obra citada, pág. 35*

⁹¹ *Alessandri, Somarriva, Vodanovich, obra citada, pág. 204.*

II.II Contratos Consensuales celebrados electrónicamente, de acuerdo a lo dispuesto en la Ley de Comercio Electrónico Ecuatoriana

La ley de Comercio Electrónico dice en su art. 14 que la firma electrónica tendrá igual validez y se le reconocerán los mismos efectos jurídicos que a una firma manuscrita en relación con los datos consignados en documentos escritos, y será admitida como prueba en juicio.

El art. 15 del mismo cuerpo legal establece los siguientes requisitos, para que esta firma otorgue consentimiento y a su vez plena validez a dicha obligación jurídica:

- a) Ser individual y estar vinculada exclusivamente a su titular;
- b) Que permita verificar inequívocamente la autoría e identidad del signatario, mediante dispositivos técnicos de comprobación establecidos por esta Ley y sus reglamentos;
- c) Que su método de creación y verificación sea confiable, seguro e inalterable para el propósito para el cual el mensaje fue generado o comunicado;
- d) Que al momento de creación de la firma electrónica, los datos con los que se crease se hallen bajo control exclusivo del signatario; y,
- e) Que la firma sea controlada por la persona a quien pertenece.

II.III Contratos Reales

Un contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere.⁹²

El contrato real se creó en el derecho romano y los motivos que lo originaron ya no existen en la actualidad, la doctrina considera que la tradición o la entrega de la cosa es lo que la ley exige para el perfeccionamiento de los contratos.

La regla “nuda pactio obligaciones non parit” fue el origen de los contratos reales. El hecho de que en ese entonces, en Roma, la simple convención no producía obligaciones, provocó que se instituya la entrega de la cosa, para que se puedan perfeccionar los contratos⁹³

Actualmente, el derecho ha evolucionado y del primitivo concepto de formalismo para la celebración de actos y contratos, se ha convertido en un derecho donde la mayor fuerza se la otorga al principio “solus consensus obligat”. Es el consentimiento el requisito más importante.

En nuestra legislación se encuentra vigente la existencia de los contratos reales, así tenemos el Mutuo, la Prenda, la Hipoteca; sin embargo autores

⁹² Código Civil Ecuatoriano, art. 1459.

⁹³ Ospina y Ospina, obra citada, págs. 66 y 67

Louis Jossierand, *Tours de droit civil*; Julliot de la Morandière, *La noción del orden público en el derecho privado*, citados por Ospina y Ospina, pág 67.

como Ospina y Ospina⁹⁴, consideran caduco a esta clase de contratos porque en esta época existen otros contratos como el préstamo bancario flotante, la prenda sin tenencia, el depósito simbólico, entre otros, que no precisan la entrega de la cosa para el perfeccionamiento del contrato. La tesis de estos tratadistas no provoca la desaparición de los contratos reales; ya que la tradición es la única manera en que nace la obligación, para ejemplo en el Contrato de Mutuo, mientras no se entregue el dinero, no hay deuda que pagar, no hay obligación. Las otras formas de contratación que mencionan los señores Ospina no se encasillan en la clasificación de los contratos reales.

II.IV Contratos Solemnes

El contrato solemne es aquel que está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no surte ningún efecto civil.⁹⁵

Como lo define el texto del artículo 1459 de nuestro Código Civil, “la observancia de las formas prescritas por la ley es un requisito para la existencia misma de tales actos”⁹⁶. Estas formas constituyen el único camino por el cual se puede expresar la voluntad y permitir el nacimiento a la vida jurídica de un acto o contrato, de manera tal que su omisión produce “que el acto se repute inexistente y no produzca ningún efecto civil”.⁹⁷

El Contrato de Compraventa de Bienes Inmuebles es el ejemplo más claro de Contratos Solemnes; para su perfeccionamiento se requiere que su celebración

⁹⁴ *Obra citada, págs. 66 y 67*

⁹⁵ *Art. 1459 Código Civil Ecuatoriano*

⁹⁶ *Ospina y Ospina, obra citada, pág. 47*

⁹⁷ *Ospina y Ospina, obra citada, pág. 47*

se realice a través de Escritura Pública. La omisión de esta solemnidad ocasiona que el Contrato sea Inexistente, como señala Claro Solar⁹⁸ :

“Es un grave error jurídico que se diga que la omisión de la escritura pública en la compraventa de bienes raíces, en la donación de estos mismos bienes, en la hipoteca, en el censo, etc., acarrea la nulidad absoluta, porque sin esta solemnidad no produce efecto alguno, cuando sin dicha solemnidad no hay venta, no hay donación, no hay hipoteca, no hay censo.”

Es precisamente en este tipo de contratos donde se encuentra la problemática sobre la Declaración de Nulidad Absoluta o la Consideración de Inexistencia. Es aquí donde existen criterios contrarios, donde la ausencia de la teoría de la Inexistencia en nuestra legislación ocasiona confusión y permite que se declare absolutamente nulo a un acto que carece de estas solemnidades. Sin embargo, la norma es clara, no requiere de interpretación especial, el art. 1718 del Código Civil nos lo demuestra:

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

Es innegable que la Inexistencia está ínsita en nuestra ley civil, la inobservancia de los requisitos “ad solemnitatem” o “ad substantian actus” en los actos que la ley exige, así lo confirman.

⁹⁸ Claro Solar, obra citada, pág. 599

CAPITULO III

La sanción a la falta de formalidad en el Ecuador

III.I Las formalidades previstas por la Ley Notarial

La suscripción de un contrato o negocio jurídico ante la presencia de un Escribano, si bien otorga al documento una fuerza probatoria de documento público, no le concede necesariamente la validez al mismo. Como sabemos este requisito de forma no mira el contenido de la relación jurídica que puede estar incompleta o viciada y por lo tanto es posible o su Nulidad o su Inexistencia. Sin embargo, la Ley Notarial expresamente señala elementos que podrían producir dichos efectos al inobservar las normas establecidas en este cuerpo legal.

De esta manera tenemos que es obligación de todo Notario, de acuerdo a lo establecido por el art. 27, examinar la capacidad de los contratantes, la libertad con la que proceden, el conocimiento de la obligación y el pago de los derechos fiscales y municipales que sean necesarios. De esta norma principalmente nacen las infracciones a las que están sujetos tanto los participantes como el Notario, quién podría ser destituido de su cargo y el acto declarado nulo. El artículo 44 señala que estas infracciones se producen principalmente por autorizar escrituras de personas incapaces, sin los requisitos legales; cuando en dicho acto exista interés directo del notario, o cuando intervenga su cónyuge o sus parientes dentro de cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; además, cuando el Escribano otorga una escritura simulada.

En la Ley Notarial, tampoco se contempla la Inexistencia; pero es válido resaltar que la firma de un Notario no sana los vicios que pueden provocarla.

Por otro lado, cabe señalar que la Nulidad y la Inexistencia no son un efecto exclusivo de las relaciones privadas; los actos y contratos públicos también son susceptibles de tenerlos, ya sea cuando en su celebración concurren impedimentos legales o incumplen los requisitos establecidos, por ejemplo un artículo innumerado de este cuerpo legal exige:

"Todos los actos y contratos que provengan del sector público y que por su naturaleza, deban ser protocolizados, se sortearán entre todos los notarios de la respectiva jurisdicción.

Los contratos del sector público en aquellos lugares donde hubiera más de un notario, se celebrarán mediante sorteo para asignar el notario que deba autorizarlos. Para este efecto, la entidad del sector público deberá remitir la correspondiente minuta del contrato a otorgarse en sobre cerrado lacrado, con la denominación de los otorgantes, a la Presidencia del Colegio de Notarios respectivo, el cual, sin abrir el sobre, procederá diariamente a verificar el sorteo. Los notarios que ya hubieren sido asignados esta clase de contratos según sorteo anterior, no podrán participar en uno nuevo, a no ser que todos los notarios de dicha jurisdicción hayan sido asignados para autorizar esta clase de escrituras públicas."

Esto podría provocar la inexistencia del contrato.

III.II Análisis de Jurisprudencias

En el Sistema Judicial Ecuatoriano, existen criterios que reconocen la teoría de la Inexistencia y que la aplican en sus fallos, de igual manera, para algunos magistrados, la Nulidad Absoluta es el único grado de ineficacia que pueden tener aquellos actos o contratos que han sido viciados en su existencia o en su validez.

Por esta diversidad de criterios, es necesario incluir en este estudio, un análisis sobre estos fallos jurisprudenciales, en los que se demuestra que a pesar de la omisión de la Teoría de la Inexistencia en un cuerpo legal determinado, en este caso el Código Civil, la Inexistencia ya esta inmersa en el mundo jurídico del Ecuador.

Adicionalmente, como una muestra de la realidad internacional, se presentará una sentencia de la Corte Suprema de El Salvador que demuestra el problema que existe con las teorías de Inexistencia y Nulidad.

III.II.I Análisis de Jurisprudencias acerca de la Nulidad Absoluta

III.II.I Declaración de Nulidad

La nulidad es modo de extinguir las obligaciones (Art. 1610 C.C.) pero, no hay nulidad de pleno derecho y sin que deba pronunciarla el Juez, debe siempre haber la "declaración de nulidad" que es distinta según se trata de nulidad absoluta o relativa, como lo establecen los Arts. 1726 y 1727 del Código Civil, en cuanto al derecho de pedirla y respecto de la ratificación. Con estos principios, en el caso propuesto por el actor, nulidad de la escritura de donación y nulidad de la insinuación, es preciso señalar que ninguna de las irregularidades aducidas por el demandante puede ser causa de tales nulidades.

Gaceta Judicial. Año LXXVI. Serie XII. No. 7. Pág. 1508.

(Quito, 28 de octubre de 1974)

Hechos:

1. Ángel Alberto Gallegos Araujo, demanda a sus hijos Lcdo. Víctor Hugo, Augusta, Dr. Napoleón, Leonor y Eugenia Gallegos Ruiz para que se declare la nulidad de la escritura de donación.
2. La escritura de donación comprende la donación de las cinco sextas partes de su Hacienda "Maguazo" y anexos en favor de sus cinco hijos antes nombrados, documento que incluye la insinuación del Juez Primero de lo Civil del Chimborazo.
3. La insinuación es la autorización del Juez competente, solicitada por el donante o el donatario. La donación entre vivos es un contrato "unilateral", salvo el caso de que se imponga al donatario la carga de un gravamen y requiere para su existencia, efectivamente, el concurso de las voluntades del donante y del donatario que acepta la donación.
4. El problema se plantea al considerar que en la escritura de donación se inserta la Cláusula Segunda que expresa: "La donación comprende el mencionado predio y sus anexos así como la totalidad de los semovientes y maquinarias en ellos existentes". El actor dice que hay evidente contradicción entre el ánimo de donar las cinco sextas partes y la cláusula que se acaba de transcribir.
5. En el caso propuesto, nulidad de la escritura de donación y nulidad de la insinuación, es preciso señalar que ninguna de las irregularidades

aducidas por el demandante puede ser causa de tales nulidades.

Conclusión:

En esta causa, la Corte no concede la petición del actor, es decir declarar nula tanto la Escritura de Insinuación, como la Escritura de Donación, en razón de no existir las causales para declarar ineficaces a estos documentos. Ambos son existentes y válidos.

Considero, que en este caso el actor cometió un error, en razón de que siendo su única pretensión la de excluir un tractor de los bienes donados, de acuerdo a las declaraciones vertidas por él mismo durante el proceso, utilizó la acción de petición de nulidad, en vez de los procedimientos de aclaración de escrituras establecidos en la ley.

III.II.II Nulidad Absoluta declarada de oficio

El ejercicio de la facultad concedida a los jueces de declarar la nulidad absoluta, aún sin petición de parte, cuando aparece ostensible en el título de acto o contrato, si bien de orden público, se subordina, por exigirlo esta misma orden, a la primordial condición de seguirse el juicio con las personas a quienes por interesadas en la subsistencia del propio acto o contrato, puede afectar la nulidad.

Gaceta Judicial. Año LV. Serie VII. Num. 15. Pág. 1729

(Quito, 10 de Enero de 1952)

Hechos:

1. En este caso se deducen dos acciones: Miguel Palacios Andrade a nombre y como representante legal de su mujer Elvira Cristina Palacios Izquierdo, en procesos distintos después acumulados;

2. La primera relativa a la nulidad absoluta de la venta de bienes raíces hecha por los cónyuges Daniel Palacios Toledo y Aurelia Izquierdo de 7 de Octubre de 1944, a favor de la sociedad colectiva "Palacios - Hermanos", por considerar ficticia la venta, sin causa lícita;
3. La segunda, - que la propone el doctor Alberto Chérrez Ortega en virtud del poder conferido por Palacios Andrade y su mujer - referente a la nulidad de la escritura misma en que se contiene aquel contrato, por defecto en la forma.
4. En la primera instancia se acogen ambas acciones; en la segunda se las rechaza, revocándose así la sentencia que declaraba la nulidad absoluta del contrato de compraventa.
5. En el recurso de tercera instancia, el Tribunal confirma la sentencia de la segunda instancia; con el voto salvado de un juez que si declara absolutamente nula la Escritura de Compraventa de Bienes Raíces, de que trata este juicio.
6. Los jueces que niegan que la Escritura sea nula, lo hacen en razón de que consideran que no se demandó a las personas correctas, y por lo tanto aun teniendo la facultad de declarar de oficio, cuando se omitan los requisitos que producen la nulidad existen limitaciones que se refieren al legítimo interés de las partes. Específicamente sobre este punto no lo comparto, puesto que la Nulidad Absoluta, de existir, se puede declarar también por medio del Ministerio Público, en interés de la moral o de la ley.

7. El análisis que hace el Juez que salvó su voto, es importante en la Teoría de las Inexistencias y de las Nulidades, puesto que él es uno de los que niegan la Teoría de la Inexistencia y se basan exclusivamente en la tesis de Fabres que dicen que acto absolutamente nulo es igual a aquel no celebrado. Esta jurisprudencia, nos demuestra la importancia de tener normas claras, que se puedan someter al sentido literal de las palabras y que eviten que puedan tener distintas interpretaciones como es el caso de la Nulidad Absoluta y de la Inexistencia.

7.1.1. Las razones por las cuales considera absolutamente nula la Escritura son las siguientes:

En lo principal, para resolver sobre el recurso de tercera instancia interpuesto por la parte actora de la sentencia que ha subido en grado, se considera:

- Que en los juicios acumulados de jurisdicción contenciosa, están sometidas a ella todas las personas que litigan respecto a las cuestiones controvertidas; y, en consecuencia, le corresponde al Tribunal observar para su resolución un procedimiento estrictamente lógico y metódico, por haberse aducido diversos motivos de nulidad absoluta del contrato de compraventa y de la escritura que lo contiene, debiendo decidirse, primeramente, la demanda que dice relación a las omisiones de solemnidades externas que la ley exige para la validez de la escritura pública, pues si se declara la nulidad de ella, ya no habría necesidad de entrar a considerar los otros motivos de invalidez por vicios de forma ni de fondo del contrato celebrado;

- Que la nulidad demandada de la escritura de fojas 171 a 173, que contiene la venta de los fundos "Naste y "La Meced", "El Romeral" y dos en "Chieti", pertenecientes al cantón Paute, ha sido otorgada el 7 de octubre de 1944, por Daniel Palacios Toledo y su cónyuge doña Aurelia Izquierdo de Palacios en favor de la sociedad colectiva Palacios Hermanos, representada por su Gerente Ingeniero Daniel Palacios Izquierdo, a la que concurren los consocios doctores Humberto, Carlos Alberto y Sergio Agustín Palacios Izquierdo; y constan las siguientes declaraciones contractuales:
 - a) Que el precio estipulado fue el de ochenta y dos mil sucres que los vendedores declaran haberlo recibido, reservándose el derecho de usufructo, uso y habitación;
 - b) Que respecto del fundo Naste, convinieron los contratantes que la señora Aurelia Izquierdo de Palacios, continuará usufructuando y ocupando, en virtud del mandato conferido, por su consorte, mandato por el cual ha quedado eximida de la obligación de rendir cuentas;
 - c) Que en la precitada escritura de venta, la señora Izquierdo de Palacios, con autorización de su marido, sustituye el poder en la persona de su hijo el Ingeniero Daniel Palacios Izquierdo, expresando que lo hace en los mismos términos y condiciones que el mandato principal;
 - d) Que en la misma escritura se ha estipulado que el usufructo del fundo "Naste" que corresponde a la señora

Izquierdo durante su vida, se consolidará después de ella, con la nuda propiedad en la sociedad compradora; y se establece el derecho de usufructo en los demás fundos en favor de Daniel Palacios Toledo; y,

- e) Que los cuatro hermanos que forman la sociedad colectiva, expresan que aceptan la escritura y el contrato de venta, en todas sus partes, por ser otorgada a favor de dicha sociedad, cuya persona jurídica la forman ellos mismos; habiéndose autorizado el Gerente, para que haga inscribir lo correspondiente a la nuda propiedad.
-
- Que por haberse contratado en la forma indicada, de no existir nulidad absoluta, habría que atender a los diversos vínculos jurídicos, o sea a los derechos y obligaciones que tuvieron intención de contraer tanto los vendedores como los compradores que han intervenido a su propio nombre y al de la sociedad colectiva, mediante estipulaciones especiales. Por consiguiente la demanda de nulidad absoluta que nos ocupa es procedente y aceptable, tal como se halla planteada, en contra de Daniel Palacios Toledo y de sus hijos que han procedido al otorgamiento de la predicha escritura, inclusive el Gerente de la sociedad colectiva, a cuyo nombre éstos lo han aceptado y suscrito, sin que en ella se hubiese insertado el documento habilitante que acredite su capacidad legal para intervenir por aquella entidad, habiéndose omitido también el poder que fue objeto de su sustitución que hizo la señora Izquierdo de Palacios en favor del titulado Gerente Daniel Palacios Izquierdo;
 - Que por ser evidente la nulidad que consta del referido título

escriturario, no puede hacerse valer en ninguna de sus partes, porque no produce derechos y obligaciones para la sociedad que aparece compradora; y si no existe para ella ningún vínculo jurídico, no cabe sostener que en este litigio debía ser parte demandada aquella sociedad, ya que no ha llegado a perfeccionarse el contrato de compraventa que es bilateral, solemne, oneroso y conmutativo; que, en este caso, la falta de la procuración o documento habilitante es una de las formalidades sustanciales que no puede aplicarse según los arts. 1499, 1738 y 1757, por ningún otro medio probatorio, en atención a la propia naturaleza jurídica del contrato de compraventa que, según el art. 1860 inciso 2o. del Código Civil, requiere para su validez y perfeccionamiento; escritura pública que reúna las prescripciones que la ley exige, prescindiendo de la calidad o estado de las personas naturales o jurídicas, conforme estatuye claramente el art. 1738 del Código Civil; y corroborando lo expuesto, el art. 1738 califica de nulidad absoluta la omisión de cualquier requisito o anomalía, no siendo potestativo, sino imperativo el deber que tiene el juez de declararla de oficio, "en virtud de una función propia suya", aún sin petición de parte; y esta misma sanción ha establecido el art. 180 del Código de Procedimiento Civil, cuando se ha omitido en el texto de la escritura pública la procuración o documento habilitante o no se ha agregado al Registro del Notario, tomando en cuenta que aquella nulidad es manifiesta y por tanto insubsanable, conforme a la máxima uniforme y de derecho universal: "Quod nullum est, nullum producit effectum"; que es idéntico, por consiguiente - como dice Fabres - contrato nulo y contrato que no se ha celebrado, por haberse infringido la ley, omitiéndose en la escritura cualquier requisito de forma que sea necesario para su comprobación y autenticidad, para su eficacia y validez. En esto consiste el carácter de pena, de sanción que la ley impone a sus contraventores: "Idem est non facere quod facere contra legem".

- Que empleando una metáfora, podría decirse que cuando hay nulidad absoluta por cualquier vicio de fondo o de forma, el acto o contrato nacen muertos; en tanto que nacen viables y pueden convalecer si acaso se trata de una rescisión o nulidad relativa, en la que el vicio de que adolece el contrato es subsanable, por la acción del tiempo o por la voluntad de las partes; y solo entonces, para declarar la nulidad o rescisión, ha de tramitarse el juicio con la sociedad compradora siempre que esté comprobada la calidad de persona jurídica, en el mismo translativo de dominio;

- No es dable la teoría que aplica el Tribunal, que dice que: "por no haber sido demandada la sociedad "Palacios Hermanos", tampoco le era potestativo al juez declarar de oficio la nulidad de la compraventa, si aparecía de manifiesto en ésta algún vicio de forma o de fondo capaz de producir dicha nulidad, pues que tal cosa habría significado resolver sobre la ineficacia legal del propio contrato, o sea de los derechos y obligaciones que de él nacieron, sin que hubiera intervenido en la causa uno de los contratantes, la sociedad compradora;

- Esta doctrina no puede aplicarse ni por analogía a la Nulidad Absoluta, porque queda demostrado que la omisión de requisitos y formalidades sustanciales que se ha producido en el instrumento público, implica la negación de todo vínculo jurídico, sin "el que no se concibe la existencia de derechos civiles y obligaciones exigibles; pues la acción para que el juez declare la nulidad no se origina de la sola voluntad de las partes, sino del imperio y autoridad de la ley que impone esa sanción declarable de oficio, la que puede ser pedida no solo por las personas que celebraron el contrato, sino aún por el

Ministerio Público y por todo el que tenga interés, sin que deba ser demandada la "Sociedad Palacios Hermanos", por solo el hecho de que se le haya hecho figurar como compradora, sin serlo verdaderamente, por la falta del documento habilitante que debió acreditar la existencia de esa entidad, con el nombramiento de Gerente, para que éste hubiera podido representarla legalmente”;

- Que no puede hablarse de fuerza probatoria de una escritura pública ni de la extinción de derechos y obligaciones en donde falta la forma sustancial del acto o contrato que están ligados, como la causa al efecto, conjuntamente; pues tan solo vale como instrumento privado para las partes que lo suscribieron, al tenor de lo previsto en el inciso 2o. del art. 1757 del Código Civil. Y es por esto que toda sentencia que reconoce y declara una nulidad absoluta por actos o contratos celebrados sin las formalidades que los generan y comprueban y que la ley exige, objetivamente, en consideración a su naturaleza específica, produce efectos retroactivos, conforme prescribe el art. 1743 del Código Civil, que da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulos;

- Que es obvio deducir, en consecuencia, coordinando los principios científicos y normas legales, que cuando falta la procuración o documento habilitante, como ocurre en la escritura de venta otorgada por Daniel Palacios Toledo y su esposa Aurelia Izquierdo de Palacios, es procedente y aceptable la demanda de nulidad, sin que sea necesario que se hubiese dirigido contra la sociedad colectiva formada por los cuatro hijos varones que intervinieron personalmente en la escritura, manifestando que así lo hacían en virtud de estar autorizados en el contrato social, para las adquisiciones para dicha

sociedad; sin que sea menester que los jueces busquen fuera de la escritura de compraventa viciada de nulidad, otros elementos de juicio o de prueba, como si se tratara de un juicio rescisorio o de nulidad relativa;

- Que conforme el sistema establecido por nuestro Código Civil, son dos instituciones fundamentalmente diversas, con caracteres definidos y perfiles propios; la nulidad absoluta que es de estricto derecho y de orden público, la cual es declarable de oficio o a solicitud de cualquier interesado; y la nulidad relativa o rescisión que solo afecta al interés privado y que únicamente aprovecha a quien la pide, porque es susceptible de ratificación y renuncia;

- Que si acaso de hubiera propuesto la demanda contra la Sociedad "Palacios Hermanos", prescindiendo de sus miembros que libre y espontáneamente acordaron el contrato y suscribieron la escritura, éstos hubieran argüido que la acción era improcedente, porque debía instaurarse contra ellos, invocando las reglas de hermenéutica y de un severo procedimiento judicial, por ser los únicos llamados a defender sus propios intereses y los de la misma sociedad; ya porque intervinieron a nombre de ella en el instrumento contractual y lo aceptaron en todas sus partes, asumiendo las responsabilidades consiguientes; ya porque a ellos les afecta la nulidad y no a la sociedad cuya capacidad y la del Gerente están impugnadas por la falta del documento habilitante, y les correspondía deducir las excepciones personales suyas, como legítimos contradictores; ya en fin porque la sentencia que llegue a ejecutoriarse surtirá efectos de cosa juzgada contra todos, inclusive para la Compañía que ellos mismos la han formado, colectivamente, con la firma "Palacios Hermanos", toda vez que entre si tienen la calidad de mandatarios

recíprocos, en virtud de haber convenido en la cláusula quinta del contrato constitutivo: "que podrán intervenir personalmente o por medio de apoderados, en las adquisiciones que hiciere el Gerente", por lo cual estas facultades administrativas forman parte de las condiciones esenciales de la sociedad, según el art. 2094 del Código Civil; habiéndose hecho constar por este motivo especial de su concurrencia en la preindicada escritura defectuosa de compraventa que vale solo como instrumento privado de los fundos "Naste" y "La Merced", "Romeral" y "Chieti", en la que se ha concedido a los vendedores el derecho real inmobiliario de uso y habitación;

- Que el hecho de haber concurrido las personas mencionadas al referido contrato, en forma conjunta con el Gerente Ingeniero Daniel Palacios Izquierdo, no les eximía de la estricta obligación de presentar la procuración o documento habilitante que no puede suplirse por la suma de voluntades, individuales, porque al tenor del inciso 3o. del art. 1503 del Código Civil, toda persona jurídica adolece de incapacidad relativa para contratar y ejercer por si misma derechos y contraer obligaciones, debiendo ser representada legalmente, a diferencia de las personas físicas que son capaces de obrar para si, directamente y por si mismas, de conformidad con lo que dispone el art. 580;

- Que según la jurisprudencia establecida por los Tribunales, lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, requiere documento habilitante en los contratos solemnes que se celebran por escritura pública y entonces surte respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado el mismo, conforme al art. 1504 del Código Civil que está en íntima armonía con el precepto contenido en el art. 180 del Código

de Procedimiento Civil, que por la omisión de aquel requisito sustancial declara que, son nulas las escrituras públicas, por defecto en la forma.

- Por estas consideraciones, el Ministro Juez doctor Mora reafirmando en sus diferencia de criterio, salva su voto en el fallo de la mayoría del Tribunal, en el sentido de que en su concepto es procedente y debe aceptarse la demanda de nulidad de la escritura de compraventa por las causales expresadas.

Conclusión:

En este caso, en mi criterio, es válida la declaración de nulidad absoluta de la Escritura de Compraventa de Bienes Raíces, en razón de que fue celebrada sin el documento que habilitaba al Gerente General de la sociedad compradora; la omisión de este requisito, falta de capacidad legal, según lo prescribe el Art. 1698, en concordancia con el 1461, produce la nulidad absoluta. A pesar de que en el análisis que se realiza en el voto salvado, se confunde la teoría de la nulidad absoluta, asimilándola a un acto inexistente.

III.III.II Análisis de Jurisprudencias acerca de la Inexistencia de actos y contratos jurídicos.

III.III.II.I Ineficacia o Inexistencia de los actos jurídicos

La doctrina distingue tres grados de ineficacia de los actos jurídicos: 1. Ineficacia máxima o inexistencia, cuando el acto carece de los requisitos esenciales para que tenga vida. El acto inexistente no puede ser convalidado ni necesita ser invalidado; 2.- Nulidad absoluta,

cuando el acto es capaz de producir determinados efectos en condiciones especiales. Existe apariencia de acto hasta que se declare su invalidez. La nulidad absoluta no puede ser convalidada, pero necesita ser invalidada o sea, declarada; 3.- Nulidad relativa, que implica que el acto se reputa válido y sólo es nulo desde el día en que se anule. El acto relativamente nulo admite ser convalidado. Se ha sostenido que en nuestra legislación no se distingue la inexistencia y la nulidad y que por tanto, los actos llamados por la doctrina inexistentes deben ser incluidos entre los absolutamente nulos. Sin embargo, tratadistas chilenos, como Alessandri Rodríguez y colombianos como Ospina Fernández y Ospina Acosta, con referencia a la legislación de sus países; que en esta materia es exactamente igual a la nuestra, aceptan que en ciertos casos si cabe hablar de actos inexistentes que son más bien una apariencia, un aborto, una tentativa de acto más que un acto mismo. Ciertas condiciones generales son indispensables para la formación de los actos jurídicos; sin ellas, estos no pueden nacer, no existen, son nada frente al derecho. Tales condiciones son: la voluntad manifestada, el consentimiento, el objeto y la forma solemne. Gaceta Judicial. Año CII. Serie XVII. No. 6. Página 1527 (Quito, 16 de mayo de 2001)

Hechos:

1. Mauro Iván Altamirano Arellano, sigue juicio de reivindicación al señor Walter Kilo Salgado Salguero de una oficina situada en el edificio Aftbar, en la ciudad de Guayaquil.

2. En este caso, se ha celebrado una promesa de compraventa del inmueble señalado, por medio de documento privado.

3. La sentencia concluye que al no haberse celebrado la promesa de venta en escritura pública, no se produjo para las partes obligación alguna, con fundamento en:
 - El artículo 170 del Código de Procedimiento Civil dice lo siguiente:
"Se otorgará por escritura pública la promesa de celebrar un

contrato, si para su validez; se necesita de aquella solemnidad, conforme a las prescripciones del Código Civil", y el artículo 1597 del Código Civil tiene el siguiente texto: "La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna; salvo que concurren las circunstancias siguientes: 1) Que la promesa conste por escrito; y por escritura pública, cuando fuere de celebrar un contrato para cuya validez se necesita de tal solemnidad, conforme a las disposiciones de este Código; 2) Que el contrato prometido no sea de los que las leyes declaren ineficaces; 3) Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época de la celebración del contrato; y, 4) Que en ella se especifique de tal manera el contrato prometido, que solo falten, para que sea perfecto, la tradición de la cosa, o las solemnidades que las leyes prescriban.

- En definitiva ambas normas establecen la solemnidad de escritura pública para la validez de una promesa de venta, cuando el contrato que se promete requiera de tal solemnidad para su validez, como se exige para la compraventa de bienes raíces, que es el caso que se analiza en esta causa.

- La acción reivindicatoria o de dominio exige para su procedencia, la concurrencia de los cuatro elementos determinados explícitamente en el Título XIII del Libro Segundo del Código Civil: 1) Que se reivindique una cosa singular o una cuota determinada de una cosa singular que está claramente identificada (artículos 933 y 936); 2) Que el actor o demandante tenga la propiedad plena o nuda, absoluta o fiduciaria de la cosa cuya reivindicación se pretende (artículo 937); 3) Que el demandado tenga la actual posesión material de la cosa que se reivindica (artículo 939) y 4) que exista plena identidad entre la cosa que reivindica el actor y la

que posee el demandado (artículo 933). En este caso, el actor justifica los cuatro elementos: ha identificado con exactitud el bien raíz que reivindica; ha probado que es propietario del bien, mediante la escritura correspondiente y el certificado actualizado del Registrador de la Propiedad del cantón Guayaquil; no ha sido materia de controversia la posesión del demandado.

4. Por otra parte, señalan los miembros del Tribunal, en nuestra legislación se encuentran varias disposiciones que permitirán hablar de la inexistencia de un acto jurídico por faltar alguno de sus elementos esenciales. Baste citar, por venir al caso, el artículo 1718 del Código Civil: "La falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la Ley requiere esa solemnidad; y se mirarán como no ejecutados o celebrados, aun cuando en ellos se prometa reducirlos a instrumento público dentro de cierto plazo, bajo una cláusula penal. Esta cláusula no tendrá efecto alguno. Fuera de los casos indicados en este artículo, el instrumento defectuoso por incompetencia del empleado o por otra falta en la forma, valdrá como instrumento privado, si estuviere firmado por las partes". Cuando la ley requiere la solemnidad de un instrumento público, y no se lo ha otorgado, el acto o contrato se mirará como no ejecutado o celebrado, es decir que, jurídicamente, ese acto no existe. En resumen: la venta de un inmueble mediante un documento privado se mirará como no ejecutada o celebrada, es decir jurídicamente inexistente.
5. Como señala el tratadista Ospina Fernández "La hipótesis legal tiene cabida generalmente en los casos en que la forma solemne se ha cumplido en su esencia pero sin la observancia de la plenitud de los requisitos que le son propios, como cuando se ha otorgado la escritura pública de compraventa de bien inmueble, pero alguno de los otorgantes no está debidamente identificado. En tal caso, si se

concluye que el contrato es nulo, si la escritura se inscribe en el registro de instrumentos y si el deudor cumple su obligación de entregar la cosa vendida, no se ve porque no haya de reputarse que ha pagado obligación natural. El ejemplo propuesto... (venta de bien inmueble por escritura privada) es el de un caso extremo de inexistencia del acto jurídico por falta absoluta de la forma solemne, del que hay que concluir... que un acto inexistente no puede producir obligaciones civiles ni naturales. De suerte que si el vendedor del inmueble se allana voluntariamente a otorgar la escritura omitida para que esta sea registrada, al hacerlo celebra un acto antes inexistente y que genera obligaciones que tampoco existan jurídicamente, ni siquiera como naturales⁹⁹. Ahora bien, aun cuando aceptáramos que inclusive en este caso extremo de ausencia absoluta de solemnidades, se habrá producido una obligación natural, el cumplimiento de tal obligación, el pago del que habla la ley, no podrá ser otro que el celebrar la escritura pública correspondiente y es así mismo obvio que, celebrada la escritura, no podrá haber derecho de "repetición". Y esto lo reconoce el propio recurrente en su escrito de interposición del recurso cuando afirma que llega a proponer un requerimiento judicial para obligar al actor a celebrar la escritura pública; pero hay que recordar que en la naturaleza de las obligaciones naturales está precisamente la imposibilidad de exigir su cumplimiento y de que el pago debe hacerse voluntariamente y, por tanto, sin que lo preceda un mandamiento judicial.

6. La sentencia que dictaron los Drs. Galo Galarza Paz, Santiago Andrade Ubidia y Ernesto Albán Gómez concedieron al actor la reivindicación del bien inmueble.

⁹⁹ Ospina Fernández Guillermo, *Régimen General de las Obligaciones*, Editorial TEMIS, Bogotá, 1993, página 221

Conclusión:

Esta sentencia reúne todos los elementos necesarios para comprender la Teoría de la Inexistencia de los Actos, el análisis realizado para casar la sentencia no deja dudas sobre este grado de ineficacia. Es, el principal fundamento para proponer la reforma en nuestro Código Civil, el fallo que confirma que la Inexistencia está vigente en nuestra legislación y que necesita ser tipificada.

III.III.II.II Juicio Reivindicatorio

La Tercera Sala de lo Civil y Mercantil casa el fallo de mayoría de la Corte Superior de Quito, toda vez que se evidencia la indebida aplicación del Art. 953 del C.C., por cuanto, está probada la posesión actual de la casa por el demandado; y, el contrato privado de compraventa es nulo de conformidad con el art. 1597 del Código Civil y no requiere de declaratoria de nulidad previa. Gaceta Judicial , Año C, Serie XVII, No. 2,

Hechos:

- Gonzalo Luis Quevedo Chasi y Cleotilde Margarita Rengel Jiménez demandan la reivindicación de 200 m² de un lote de terreno de 400 m² a los señores Hernán Balseca Carrera y Teresa Real Barragán.
- En 1983, los actores celebraron una promesa de compraventa por medio de documento privado de los 200 m² que reclaman. Recibieron por este concepto la cantidad de 665.000 sucres y giraron una letra de cambio por este valor a favor de los demandados; en razón de que era necesario que el Municipio otorgue un permiso para la Desmembración del lote de 400 m² para poder efectuar la escritura pública.
- Los demandados entraron en posesión del lote, alegaron la prescripción adquisitiva de dominio y reconvinieron el pago de los 665.000 sucres que dieron a los actores.

- En primera instancia, se acepta la demanda en razón de que el título por el cual se celebró la compraventa, un documento privado, no produce obligación alguna. Sin embargo, constriñen a los actores al pago de los 665.000 sucres recibidos, más 961952 por las mejoras que realizaron los demandados en el lote a reivindicarse.

- En la segunda instancia se observa que en el año 1991, los actores dan en venta la totalidad del lote del que son propietarios, donde se incluye el lote que se pretende reivindicar a favor de Lidia Emérita Rengel Jiménez. Señala la Sala de la Corte Superior que no aparece cesión de derechos litigiosos a favor de la actual propietaria, por lo que de proceder la reivindicación, ya no sería a favor de los demandantes pues han dejado de tener la calidad de propietarios.

- La sala de la Corte Superior considera que no cabe la reivindicación puesto que no ha existido posesión sino mera tenencia de los demandados, como prueba se basan en la compraventa realizada a Lidia Emérita Rengel, ya que señalan que entregaron mediante escritura pública el dominio y la posesión que de no haberla tenido no hubieran podido transferir. En razón de lo expuesto, con el voto salvado del Dr. Andrés Gangotena, revocan la sentencia y desechan la sentencia por improcedente.

- El voto salvado del Dr. Gangotena se refiere a que el código civil exige requisitos para que proceda la reivindicación: que el actor sea el dueño de la cosa reclamada, que la cosa reclamada se encuentre en posesión del demandado y que la cosa reclamada sea singularizada. En este caso se cumplen estos requisitos y procede

la reivindicación. Por otro lado, explica que las partes han presentado un documento privado para la celebración de la compraventa, que el Código Civil en el art. 1597 instituye que “la promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna, salvo que concurren las circunstancias siguientes: que la promesa conste por escrito y por escritura pública, cuando fuere de celebrar un contrato para cuya validez se necesite de tal solemnidad” En el presente caso, agrega, no tiene valor legal y no procede, por tanto no genera derechos.

- Por las razones expuestas, el Dr. Gangotena confirma la sentencia venida en grado, con la única reforma, en cuanto se dispone que los actores deben pagar a los demandados una mayor cantidad de dinero por las mejoras realizadas en el lote.

- La Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, en la tercera cláusula de su fallo expresa lo siguiente: “En cuanto a la promesa de compraventa celebrada entre las partes, no produce obligación alguna, por expreso mandato legal, al no haberse otorgado escritura pública, sin que se requiera declaratoria de nulidad, como sostiene la sentencia impugnada, la que, por consiguiente, incurre en aplicación indebida del art. 1597 del propio Código, que también fundamenta el recurso interpuesto. La jurisprudencia corrobora el particular. “Para que proceda demandar la nulidad de un contrato, debe presuponerse, necesariamente, que tal contrato existe legalmente. En el presente caso, si la ley exige que el contrato de promesa de compraventa se ha de celebrar por escritura pública y, contraviniendo esta norma, se ha convenido solo en una promesa verbal, esta no produce obligación legal alguna, carece de existencia y, por lo mismo es antijurídico, demandar la nulidad de un contrato inexistente... La promesa verbal de vender un inmueble, cuando tal promesa no consta de escritura pública, no surte ningún efecto; no hay contrato ni obligación que provenga de ella. Se trataría de una obligación meramente natural porque procede de un acto al que le falta la solemnidad que la ley exige para que

surta efectos civiles, y las obligaciones naturales, no confieren derecho para exigir su cumplimiento."

- Finalmente esta Sala resuelve el presente recurso de casación y confirma el fallo venido en grado del voto salvado del Dr. Andrés Gangotena de la Segunda Sala de la Corte Superior de Justicia por encontrarla ajustada a la realidad procesal. Para mayor claridad se concede la reivindicación con la observación del pago por las mejoras a los demandados

Conclusión:

Este fallo judicial demuestra que los actos celebrados sin las solemnidades requeridas son inexistentes no producen efectos, no generan derechos. La observación que destaco de esta jurisprudencia es que bajo la norma legal de que la ley se presume conocida por todos, la celebración de estos actos sin las formalidades requeridas deberían tener una sanción para quienes los provocan, porque si bien es cierto que en estricto derecho procede la reivindicación por la omisión de la Escritura Pública y posterior inscripción en el Registro de la Propiedad, también es cierto que existió mala fe por parte de los actores.

Este fallo es importante en esta investigación, puesto que en las dos instancias y en Casación se considera que todo acto que carece de solemnidades sustanciales requeridas por la Ley no produce efecto alguno, es Inexistente.

III.III.II.III Jurisprudencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de El Salvador

Hechos:

- La señora Herlinda Tránsito Reyes Olivares presentó una demanda en la que se solicita la declaración de nulidad por inexistencia del contrato de compraventa de un departamento, que celebró con la señora Paulina Aguilar.
- La parte actora solicitó recurso de casación, luego de haber sido negada su demanda en primera y segunda instancia.
- Al interponer recurso de casación, la actora, fundamentó su petición en infracción de la Ley por haberse violado principalmente el artículo 1552 del Código Civil,¹⁰⁰ que no se cumplió en razón de que la demandada no pactó ningún precio con la vendedora antes del otorgamiento de la escritura de compraventa, ni pagó su precio.
- En el alegato presentado en Casación, la actora expresó lo siguiente: "...Si bien es cierto que las instituciones de la inexistencia y la nulidad jurídica de un acto o contrato son diferentes, al darse la primera de ellas, es necesario que sea reconocida por un Juez, para que tal decisión produzca el efecto jurídico de dejar sin valor los actos que la inexistencia

¹⁰⁰ *Art. 1552 del Código Civil de El Salvador.- 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.

produjo a la luz del Derecho. Bien cierto es que la falta de precio, produce la inexistencia de la compraventa; y si ésta produce efectos en el mundo del Derecho tal inexistencia debe ser declarada por un Juez para que cesen tales efectos; y a falta de un procedimiento específico tiene que seguirse el procedimiento de la nulidad establecida en la disposición antes referida, o sea el Art. 1552 del Código Civil, que en este caso no hubo precio y en consecuencia no existe el requisito de existencia para la compraventa como es el pago del precio de la tradición del dominio de la cosa vendida...”

- La Corte no admitió la casación en base al siguiente análisis:
 - a) La Ley de Casación es determinante cuando se señala que el motivo específico de violación de la ley se da ... cuando se deja de aplicar la norma que debía aplicarse, por ello dicho motivo no puede darse ante cualquier caso de simple falta de aplicación de una disposición, ya que se requiere que tal caso ocurra a consecuencia de haberse elegido otra norma para resolver el caso concreto, norma que resulta ser la no correcta para fallar. El actor no ha señalado la norma que se ha aplicado en lugar del art. 1552 del Código Civil que considera violada, razón suficiente para no admitir el recurso.
 - b) En este caso, el recurrente señala que no se estimó como prueba la confesión de la demandada por razones expuestas en la sentencia y que por ello tal prueba no se aplicó al caso concreto; ya que si la Cámara hubiera considerado como prueba dicha confesión, tal como lo sostiene el recurrente, el tribunal de alzada debería haberla tomado en cuenta al momento de fallar, esto es, debió haberla aplicado al caso de autos.
 - c) El problema que plantea el recurrente se refiere a la validez o no de la prueba de confesión seguida de la contestación al pliego de posiciones que realizó la demandada señora Aguilar, de donde el motivo específico alegado, esto es la violación de la ley, no es el legalmente apropiado, ya que se trata específicamente de la apreciación que como prueba hace

la Cámara y la que por su parte hace el recurrente, de la referida confesión, cuestión que podría ser atacada por un motivo específico diferente. En consecuencia, la Sala estima que el motivo de casación invocado no es procedente.

- d) En cuanto al fundamento del actor de la violación de la norma 1552 del Código Civil, la Cámara ha dicho que el demandante ha planteado como peticiones principales que se declare la nulidad de la compraventa por inexistencia de dicho contrato y que de la lectura de tales peticiones se desprende la falta de precisión de lo pedido, ya que en cuanto se pide declarar la inexistencia, se pide declarar la nulidad, lo cual es una petición poco seria, porque en la doctrina la inexistencia y la nulidad son instituciones jurídicas diferentes, en donde la una excluye a la otra. Ciertamente es que en nuestro sistema legal no se encuentra regulado con efectos propios la inexistencia, por lo cual se asimila a la nulidad, por ello, lo lógico hubiera sido que en la demanda se hubieran decidido por pedir se declarara únicamente la nulidad, y no pedir inexistencia y nulidad simultáneamente, ni mucho menos nulidad por inexistencia.

Conclusión:

Este fallo es un claro ejemplo de la necesidad de legislar sobre la Inexistencia por la confusión que ésta tanto en la parte actora como en la Corte de Casación.

En esta causa, la Corte dice que la pretensión no es seria al solicitar la nulidad por inexistencia del contrato; que la nulidad y la inexistencia son instituciones jurídicas diferentes y al no existir normativa expresa para la inexistencia, lo que se debió solicitar era solamente la nulidad del contrato de Compraventa.

Como se observa, ni el actor realizó bien su pretensión, ni la Corte hizo una buena recomendación, puesto que ellos mismos señalan que la nulidad y la inexistencia son instituciones diferentes pero al mismo tiempo sugieren que se demande como nulidad, contradiciendo su considerando de que la nulidad y la inexistencia son instrumentos jurídicos diferentes.

Una vez más se demuestra que la Teoría de la Inexistencia es reconocida en las Cortes Judiciales, pero que en varias ocasiones es ignorada por la falta de norma expresa.

III.II.III Análisis de Jurisprudencias acerca de Nulidad Relativa

III.II.III.I Jurisprudencia sobre un acto colusorio, dictado por una Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador

FIRMA DE ESCRITURAS SIN UNIDAD DE ACTO

Aparece la inexistencia del acto solemne y fundamental para la validez de un instrumento público, como el del presente caso, que como lo determina el Art. 29 en concordancia, entre otras disposiciones con los Arts. 6 y 20 de la Ley Notarial, debe ser otorgado ante el Notario, en forma personal por todos quienes intervienen y comparecen al otorgamiento del instrumento y, lo que es más, es obligación del Notario, verificar la identidad y conocer a los comparecientes, lo cual en este caso no ha sucedido, como se recalca por las propias afirmaciones del propio

Notario. La Sala, no puede dejar de señalar la preocupación que existe por una práctica inaceptable, como la del caso, en la que un Notario afirma dar fe de un otorgamiento del instrumento, que en la realidad no se produce ni en el lugar ni en los hechos que el documento se otorga para acreditar como verídicos lo cual es grave, porque constituye una falsedad ideológica en instrumento público, al asentar fuera de tiempo y lugar, cláusulas y firmas que debían haberse estampado al otorgar el documento en unidad de acto, lo cual en el caso no sucede, por lo que además de posibles y eventuales hechos infraccionales penales, que se deben investigar estos sirven de base para la acción fraudulenta que en la especie configura el acto colusorio demandado.

Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 10. Página 3251.

(Quito, 22 de julio de 2002)

Hechos:

- Wilson Fabián Baquero y Marina Adela Clavijo de Baquero, demandan por Acto Colusorio a los señores Fausto Ramiro Morales Almeida, Esther María Sonia Pacheco Rivera de Morales y otros, por la celebración de la Escritura Pública de Compraventa de un terreno de su propiedad, sin haber contado con su presencia en la instrumentación de esta solemnidad.
- Los actores solicitan la declaración del acto colusorio, la indemnización por daños y perjuicios, la restitución de la propiedad, y el uso y el goce del terreno materia de la litis.
- En Segunda Instancia, la Primera Sala de la Corte Superior de Justicia de Quito declaró la prescripción de la acción colusoria
- Los actores declaran que celebraron una escritura de promesa de compra venta en la Notaría del Dr. Eduardo Echeverría Vallejo, donde los atendió el Lcdo. Jaime Larco, quien les hizo firmar lo que presentó como la escritura de promesa de compra venta y les

solicitó que dejaran firmado otro papel para retirar al día siguiente una copia. Al día siguiente de esta firma, esto es el 12 de octubre de 1994 se les entregó una copia certificada del contrato de promesa, en el que constaban los detalles de la transacción por la suma de treinta y tres millones de sucres pagando ocho millones en treinta días mediante un préstamo que les sería otorgado a los compradores, fecha en la cual suscribiría la escritura definitiva constituyendo hipoteca sobre el predio motivo de la compraventa y, la diferencia, mediante la entrega de una carrocería completa y terminada, instalada en el vehículo de propiedad de los promitentes vendedores, con un valor de veinte y cinco millones de sucres y con un plazo de sesenta días desde la suscripción del contrato de promesa de compra - venta; dice el demandante luego, que a los promitentes compradores se les entregó la posesión material del predio y se estableció una cláusula penal por incumplimiento por seis millones seiscientos; manifiesta Wilson Fabián Baquero que sin embargo de todo lo señalado, aunque el Notario Dr. Eduardo Echeverría Vallejo manifiesta en la escritura que leyó a los otorgantes y que se afirma y ratifican y que firman con el Notario en unidad de acto, de todo lo cual da fe, pese a ello no estuvo en su despacho ni firmó ni les hizo firmar a los otorgantes, puesto que todos estos actos lo realizó el Lcdo. Jaime Larco empleado del Dr. Echeverría, luego de lo cual se inicia, dice el demandante "la aparición de la conducta dolosa de los señores Fausto Ramiro Morales, Carlos Alberto Morales y del Notario Dr. Eduardo Echeverría Vallejo, quienes han convenido fraudulentamente para dar forma secretamente, a un acto engañoso.

- En el término de prueba se han acompañado diversos documentos del Banco de Colombia, la escritura de la compra e hipoteca abierta de la promesa de compra - venta, se realiza una inspección judicial

en la Notaría del Dr. Echeverría hay el acta de una inspección del terreno objeto del litigio, realizado por el Profesor Coronel (r) Jaime Durán A. quien en las conclusiones señala que no existe unidad de acto de la cual el señor Notario da fe, porque las firmas fueron puestas indistintamente en momentos diferentes, con tintas y plumas diferentes, mecanografiados unos números de cédula y escritos a mano otros, con espacio en blanco, con irregularidad en la secuencia de las firmas y diferencias entre las copias certificadas otorgadas.

- La Sala de la Corte Suprema encuentra que, efectivamente por las propias afirmaciones del Notario de Rumiñahui, Dr. Eduardo Echeverría, además de las otras pruebas, tales como el informe pericial aparece con claridad meridiana, la inexistencia del acto solemne y fundamental para la validez de un instrumento público, como el del presente caso, que como lo determina el Art. 29 en concordancia, entre otras disposiciones con los Arts. 6 y 20 de la Ley Notarial, debe ser otorgado ante el Notario, en forma personal por todos quienes intervienen y comparecen al otorgamiento del instrumento y, lo que es más, es obligación del Notario, verificar la identidad y conocer a los comparecientes, lo cual en este caso no ha sucedido, como se recalca por las propias afirmaciones del propio Notario Dr. Echeverría.
- La Sala, no puede dejar de señalar la preocupación que existe por una práctica inaceptable, como la del caso, en la que un Notario afirma dar fe de un otorgamiento del instrumento, que en la realidad no se produce ni en el lugar ni en los hechos que el documento se otorga para acreditar como verídicos lo cual es grave, porque constituye una falsedad ideológica en instrumento público, al asentar

fuera de tiempo y lugar, cláusulas y firmas que debían haberse estampado al otorgar el documento en unidad de acto, lo cual en el caso no sucede, por lo que además de posibles y eventuales hechos infraccionales penales, que se deben investigar estos sirven de base para la acción fraudulenta que en la especie configura el acto colusorio demandado.-

- Finalmente al Sala revoca la sentencia recurrida, reconoce el acto colusorio y por lo tanto declara la nulidad de la escritura.

Conclusión:

Esta sentencia nos muestra la diferencia entre la omisión de una formalidad (que provocaría la inexistencia de un acto) y la falta de una solemnidad en un acto formal, que la Sala la denomina inexistencia del acto solemne, provocada por el incumplimiento de las normas dispuestas por la Ley Notarial, que en este caso, por estar implicado en un Acto Colusorio produce Nulidad Relativa.

En este caso, en la formalidad requerida por la Ley que es la Escritura Pública no se dio la unidad de acto en el momento de las firmas requeridas para la validez de este instrumento público; por existir un Acto Colusorio entre los demandantes. El efecto de esta omisión fue la declaración de la nulidad de la mencionada escritura.

CAPITULO IV

Legislación Comparada

IV.I Legislación Española

En la legislación española, expresamente señala en el art. 1261 del Código Civil que no hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:

1. Consentimiento de los contratantes.
2. Objeto cierto que sea materia del contrato.
3. Causa de la obligación que se establezca.

Observamos que los requisitos que se exigen en la legislación española, son aquellos elementos esenciales de toda declaración de voluntad válida, comparándola con la nuestra en la que se requiere la capacidad legal, el consentimiento no viciado, un objeto y una causa lícitas. La legislación española no descuida estos requisitos, pero la falta de éstos, no produce el no-contrato, lo que denominaríamos inexistencia, pero contrario a nuestra legislación, para los españoles está claramente definido en el art. 1300: "Los contratos en que concurren los requisitos que expresa el artículo 1261 pueden ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley."

En lo que se refiere a la teoría de la nulidad, el código civil español tampoco contempla la Inexistencia y se refiere únicamente a la teoría de la nulidad, sin clasificarla en absoluta o relativa, como ocurre en la nuestra.

Otra diferencia destacable es la forma por la cual se perfeccionan los contratos; mientras en nuestra legislación los contratos pueden ser consensuales, reales y solemnes, el art. 1258 señala que “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.” Esta norma no significa que algunos contratos no requieran solemnidades, sino que a diferencia de nuestra legislación, la ausencia de estas formas, no produce la nulidad de la obligación, todo lo contrario los contratantes tienen la posibilidad de compelerse mutuamente a completar estos requisitos para otorgarle la plena validez al acto celebrado.¹⁰¹

IV.II Legislación Colombiana

El código civil colombiano es muy parecido al código civil ecuatoriano. En la Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico¹⁰², de los señores Ospina se explica que en el tiempo que se expidió el Código Civil Colombiano, la polémica sobre las nulidades estaba en un estado nebuloso, igual que ahora, y que la solución (para ellos considerado como un error) del señor Bello fue encasillarse en la ineficacia de los actos existentes... Comentan además que se ha demostrado hasta la saciedad, “según creemos haberlo hecho”, “...que nuestro Código Civil sí contempla expresamente la ineficacia de los actos jurídicos por la inexistencia de estos”.

Sobre la nulidad, particularmente, hubo un momento en la legislación colombiana en la que se rechazó el concepto de la nulidad de pleno derecho, y

¹⁰¹ Código Civil Español.- Art. 1279.-“ Si la ley exigiere el otorgamiento de escritura u otra forma especial para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato, los contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez.”

¹⁰² Ospina y Ospina, obra citada, págs. 428 – 438.

toda nulidad tenía que ser judicialmente declarada sin especificar si podía ser declarada de oficio por el Juez, si podía ser objeto de una acción y a quién se le concedía la legitimación para solicitarla. Estas inquietudes se formulaban especialmente para la declaración de la nulidad absoluta. Con la ley 50 del año 1936, se enmendaron estas dudas y se estableció no solo la facultad sino el deber de los jueces de declarar de oficio, aun sin petición de parte, cuando se manifieste claramente en el acto o contrato; además se concede la facultad de solicitarse al ministerio público en el interés de la moral y de la ley y finalmente tienen derecho para solicitar la nulidad absoluta todo aquel que tenga interés.¹⁰³

Como hemos visto, la legislación civil colombiana y la ecuatoriana, son muy parecidas, la redacción de sus normas, principalmente en el libro de obligaciones, es igual en ambas, con las mismas ausencias de definiciones, los mismos requisitos para el "valor" de los actos, y por la omisión de las condiciones de "existencia", debidamente enunciadas.

IV.III Legislación Chilena

La legislación chilena no es la excepción, procede de la misma fuente que la nuestra: Don Andrés Bello; aunque similar en su contenido especialmente en el tema de obligaciones y contratos y los grados de ineficacia que pueden sufrir; es importante resaltar que este régimen ha estado influenciado con mayor énfasis que en los otros países de la corriente de Bello, por la cultura católica, tanto así que fue recién hace un par de años que se instituyó la Institución del Divorcio, nota interesante, puesto que al haber sido el principal propulsor del código napoleónico, dicha figura jurídica fue ignorada del texto francés.

¹⁰³ Ospina y Ospina, obra citada, págs. 440 – 444.

Ahora, sobre la nulidad, es el mismo caso y las mismas normas que hemos visto tanto en nuestra legislación como en la colombiana. El código civil chileno no habla sobre la Inexistencia; pero una vez más, esta ausencia de norma al respecto no significa su ignorancia, ni su inaplicabilidad en las cortes chilenas.

IV.IV Legislación Argentina

La legislación argentina se estructuró de forma diferente a la legislación civil chilena y por ende a la nuestra. Sin embargo se asimila por ejemplo en la reunión de un título de hechos y actos jurídicos; en el tratamiento del matrimonio como derechos de familia y no se lo estudia como un contrato más; por citar algunos ejemplos.

En el Código Civil Argentino se ha introducido a los hechos y actos en el libro sobre obligaciones, a diferencia de nuestro Código, éste si incluye definiciones de hechos, de actos y de contratos:

- Art. 896: "Los hechos de que se trata en esta parte del código son todos los acontecimientos susceptibles de producir alguna adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos u obligaciones".
- Art. 944 define como: "los actos voluntarios lícitos, que tengan por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos".

- Art. 1137 aparece la definición de contrato: "Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos".

En lo que se refiere a la Teoría de la Nulidad, esta legislación no contempla a la Inexistencia, a pesar de que en alguna de sus normas también utiliza expresiones como "no surte efecto alguno"; pero, en este Código existe una disposición especial:

- Art.1037.- Los jueces no pueden declarar otras nulidades de los actos jurídicos que las que en este Código se establecen.

En concordancia con la norma descrita,

- Art.1039.- La nulidad de un acto jurídico puede ser completa o sólo parcial. La nulidad parcial de una disposición en el acto, no perjudica a las otras disposiciones válidas, siempre que sean separables.

Otra diferencia importante que presenta esta codificación es que los actos pueden ser nulos por disposición de la ley o anulables; en el primer caso no se requiere de declaración judicial para ser declarados como tales¹⁰⁴, ya que la misma ley especifica los condiciones que provocan esa nulidad: los otorgados por personas absolutamente incapaces¹⁰⁵, por personas relativamente incapaces¹⁰⁶, a aquellas prohibidas para el ejercicio del acto que se trata¹⁰⁷, cuando se hubieran producido por simulación o fraude, cuando el objeto sea prohibido, cuando no se haya observado la solemnidad y cuando esa forma solemne sea nula¹⁰⁸.

¹⁰⁴ Art. 1038 Código Civil Argentino

¹⁰⁵ Art. 1041 Código Civil Argentino

¹⁰⁶ Art. 1042

¹⁰⁷ Art. 1043

¹⁰⁸ Art. 1044

En comparación con la nuestra, en esta legislación sí se contempla el cumplimiento de solemnidades y la eficacia de los instrumentos por los cuales se cumple la forma solemne, pero en este caso, la omisión de estos requisitos produce la nulidad del acto por estar expresamente tipificado de esta manera.

Finalmente, el tratadista argentino Ghersi¹⁰⁹ señala que “siguiendo los importantes fundamentos de Zannoni, entendemos que la teoría del acto inexistente no se puede aplicar a nuestro Código Civil, ya que coincidiría con las situaciones de los actos nulos de nulidad absoluta...”

En suma, no se puede decir que no existan Actos Inexistentes en la vida jurídica de la República Argentina, sino que la Ley ha resuelto el problema, tipificando todos los casos y requisitos para que en caso de que un Acto Jurídico sea ineficaz, éste sea sancionado con la Nulidad.

¹⁰⁹ Ghersi Carlos Alberto, *Derecho Civil, Parte General*, Editorial Astrea, 3ª edición, pág. 604

CONCLUSIONES

1. Toda declaración o manifestación de la voluntad requiere para su existencia y para su validez del cumplimiento de formalidades o solemnidades que se deben encontrar tipificadas en un cuerpo legal o establecidas convencionalmente.
2. Las formalidades para la existencia y la eficacia de los actos jurídicos siempre han existido, variando del extremo formalismo al exclusivo consensualismo. En nuestra época tiene mucha importancia el consensualismo, el acuerdo es Ley para las partes, siempre que se encuentren dentro del margen mismo de ésta y se observen los requisitos para la existencia y la validez de los actos y contratos, así como las reglas de orden público, la moral y las buenas costumbres.
3. Todo acto, contrato o negocio jurídico es susceptible de ineficacia, la misma que puede ser Inexistencia, Nulidad Absoluta y Nulidad Relativa.
4. La Inexistencia es una consecuencia jurídica negativa, que no produce efecto alguno, tal como señala la misma Ley, no surte efectos jurídicos. La Inexistencia es la Nada Jurídica, no genera derechos ni produce obligaciones.
5. La Nulidad Absoluta es una sanción declarada por el Juez, de oficio o a petición de la parte interesada que no haya conocido los vicios que la invalidan o por el fiscal, cuyo efecto jurídico consiste en que las cosas

vuelvan al estado anterior de la celebración del acto o declaración de voluntad.

6. La Nulidad Absoluta no se sana por la ratificación de las partes, únicamente por el transcurso de quince años.
7. La Nulidad Relativa o Rescisión es una sanción que solo puede ser declarada a petición de parte y que tiene por efecto volver las cosas al estado anterior de la celebración del acto o declaración de voluntad.
8. La Nulidad Relativa se caracteriza porque puede sanearse por el transcurso de 4 años o por la ratificación de las partes.
9. La Teoría de la Inexistencia ha sido utilizada en fallos de la Corte Suprema, por lo tanto existe en nuestro sistema jurídico.
10. La falta de requisitos esenciales, tales como falta de voluntad, de objeto y de causa, que producen la existencia de un acto o contrato provocan Inexistencia.
11. La falta de requisitos para la validez de un acto o contrato, tales como la incapacidad absoluta, la incapacidad especial, el objeto ilícito, la causa ilícita, la falta de formalidades no esenciales, produce Nulidad Absoluta.

12. El error, la fuerza, el dolo, la incapacidad relativa, los vicios redhibitorios, la acción pauliana, la colusión y la lesión enorme, así como los vicios de cualquier naturaleza que no están relacionados con la existencia o la validez del acto o contrato producen Nulidad Relativa.

13. En los contratos consensuales, la falta de consentimiento produce Inexistencia y el consentimiento viciado produce nulidad relativa.

14. En los contratos solemnes, la omisión de la formalidad esencial requerida por la Ley, ocasiona la Inexistencia (art. 1718 C.C.); pero si cumplida la solemnidad, se encuentra viciada, será sancionada ya sea con nulidad absoluta, si por ejemplo el objeto es ilícito o con nulidad relativa, si por ejemplo se trata de error (art. 1681 C.C.), de acuerdo al caso que se refiera.

15. En el caso de Inexistencia la Ley no establece un procedimiento para que las cosas vuelvan a su Estado anterior, sin embargo existen vías para reparar los perjuicios ocasionados como la acción del pago de lo no debido o las prestaciones mutuas en el caso de la reivindicación.

16. En nuestra legislación, específicamente en el Código Civil, se ha omitido una definición de Acto Jurídico; se ha otorgado una imprecisa definición de contrato; se han excluido los requisitos para la existencia de las declaraciones de voluntad y se ha confundido al valor de los actos como la única exigencia para la eficacia de los mismos.

RECOMENDACIONES

Acerca de la Teoría de Inexistencia, coexisten criterios a favor y en contra. El problema surge cuando quienes administran justicia integran a la inexistencia en la teoría de las nulidades, declarando absolutamente nulo un acto inexistente; provocando de esta manera que el acto ineficaz tenga un efecto cuando éste no debería producirse.

Con el fin de que en nuestra Ley se celebren actos jurídicos eficaces, recomiendo lo siguiente:

1. Que se incluya en nuestra legislación la siguiente definición de Acto Jurídico: "Es la manifestación de voluntad directa y reflexivamente encaminada a producir efectos jurídicos. La legislación argentina, establece en el art. 944 del Código Civil, que "son actos jurídicos los actos voluntarios lícitos que tengan por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos".
2. Que se reforme el artículo 1454 del Código Civil para que exista una definición apropiada del Contrato: "Acto Jurídico multilateral o de voluntad común que intencionalmente crea derechos subjetivos y las obligaciones correlativas", de manera que no se lo confunda con la Convención, de acuerdo al análisis realizado en el primer capítulo de esta tesina.

3. Que se determinen los requisitos para la Validez y para la Existencia, verbigracia, las sanciones y consecuencias que ocasiona la omisión de estos, ya sea Inexistencia, Nulidad Absoluta y Nulidad Relativa.

4. Que se establezca la diferencia entre:
 - a. Falta de consentimiento y consentimiento viciado,
 - b. Falta de objeto y objeto ilícito
 - c. Falta de causa y causa ilícita
 - d. Falta de forma y forma viciada

5. Que se incluya en nuestra legislación la teoría de la Inexistencia, con sus causales, consecuencias, acción a seguir para que las cosas ya realizadas vuelvan al estado anterior y las sanciones para quienes la ocasionaron dolosamente.

La consideración de estas recomendaciones permitirán al sistema jurídico ecuatoriano, ofrecer una mejor administración de justicia, puesto que al integrar criterios y reglas detalladas y concretas, evitarán que los jueces dicten fallos contradictorios o imprecisos y promoverá que las manifestaciones de voluntad se celebren eficientemente bajo normas específicas.

ANEXOS

Anexo 1

DECLARACION DE NULIDAD

La nulidad es modo de extinguir las obligaciones (Art. 1610 C.C.) pero, no hay nulidad de pleno derecho y sin que deba pronunciarse el Juez, debe siempre haber la "declaración de nulidad" que es distinta según se trata de nulidad absoluta o relativa, como lo establecen los Arts. 1726 y 1727 del Código Civil, en cuanto al derecho de pedirla y respecto de la ratificación. Con estos principios, en el caso propuesto por el actor, nulidad de la escritura de donación y nulidad de la insinuación, es preciso señalar que ninguna de las irregularidades aducidas por el demandante puede ser causa de tales nulidades.

Gaceta Judicial. Año LXXVI. Serie XII. No. 7. Pág. 1508.

(Quito, 28 de octubre de 1974)

TERCERA INSTANCIA

VISTOS: Ángel Alberto Gallegos Araujo, demanda a sus hijos Lcdo. Víctor Hugo, Augusta, Dr. Napoleón, Leonor y Eugenia Gallegos Ruiz para que se declare la nulidad de la escritura de donación celebrada el veintinueve de septiembre de mil novecientos setenta y la nulidad de la insinuación misma. Agotada la tramitación de primera instancia, el Juez Primero Provincial de Chimborazo expide su fallo y rechaza la demanda. Sin costas. Esta decisión es impugnada por el mismo actor y la Corte Superior de Justicia de Riobamba confirma la sentencia recurrida, lo que da margen para la interposición del recurso de tercera instancia por parte del mismo demandante.- Fijada la competencia en esta Sala, para resolver se hacen las reflexiones siguientes: 1a.)- El proceso es válido.- 2a.)- La controversia se reduce a pedir la declaratoria de las nulidades mencionadas, toda vez que los demandados limitan su contestación a negar los fundamentos de la demanda y subsidiariamente impugnan el derecho del actor para reclamar la nulidad "sabiendo o debiendo saber" el vicio que invalidaba el acto o contrato, con apoyo en lo dispuesto en el Art. 1726 del Código Civil. Únicamente la demandada Leonor Gallegos de López en forma respetuosa para su padre no plantea defensas concretas ni se allana sino que deja "que sea la misma Ley la que determine si en esa donación se han observado o no todos los requisitos legales". Por lo expuesto, la litis conduce al examen jurídico del problema.- 3a.) La escritura de donación que se registra a fs. 34, 35, 36 y 37 ha cumplido las exigencias de forma señaladas en los Arts. 180 del Código de Procedimientos

señalar que ninguna de las irregularidades aducidas por el demandante puede ser causa de tales nulidades.- 7a.) Sin embargo, es necesario examinar la extralimitación existente en la cláusula segunda transcrita. El Art. 1444 del Código Civil prescribe: "La donación entre vivos que no se insinuare, sólo tendrá efecto hasta el valor de veinte mil sucres, y será nula en el exceso"; es decir el legislador admite la validez de la donación entre vivos que no fuere insinuada o sea que no fuere autorizada por el Juez, limitando esa validez hasta el valor fijado. Si en la referida Cláusula se excede la donación, se deduce que el donante sabía o debía saber el vicio que invalidaba aquella donación excedente y por lo mismo carece de derecho para alegar la nulidad absoluta de la donación en el exceso.- 8a.) El contexto de la escritura no contiene cláusulas significativas de donación a título universal; lo que comprende la donación está individualizado y no abarca todos los bienes, derechos y obligaciones transmisibles. Se trata de una donación a título singular, según las reglas de interpretación que consigna el Art. 1.459 del Código Civil; y, en este evento no requiérese de inventario solemne, so pena de nulidad, como lo exige el Art. 1450 del mismo Código Sustantivo Civil y 9a.)- Los razonamientos de los fallos inferiores en todo lo demás son legales y justos. Por estas razones, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se confirma la sentencia venida en grado. Sin costas.

Anexo 2

INEFICACIA O INEXISTENCIA DE LOS ACTOS JURIDICOS

La doctrina distingue tres grados de ineficacia de los actos jurídicos: 1. Ineficacia máxima o inexistencia, cuando el acto carece de los requisitos esenciales para que tenga vida. El acto inexistente no puede ser convalidado ni necesita ser invalidado; 2.- Nulidad absoluta, cuando el acto es capaz de producir determinados efectos en condiciones especiales. Existe apariencia de acto hasta que se declare su invalidez. La nulidad absoluta no puede ser convalidada, pero necesita ser invalidada o sea, declarada; 3.- Nulidad relativa, que implica que el acto se reputa válido y sólo es nulo desde el día en que se anule. El acto relativamente nulo admite ser convalidado. Se ha sostenido que en nuestra legislación no se distingue la inexistencia y la nulidad y que por tanto, los actos llamados por la doctrina inexistentes deben ser incluidos entre los absolutamente nulos. Sin embargo, tratadistas chilenos, como Alessandri Rodríguez y colombianos como Ospina Fernández y Ospina Acosta, con referencia a la legislación de sus países; que en esta materia es exactamente igual a la nuestra, aceptan que en ciertos casos si cabe hablar de actos inexistentes que son más bien una apariencia, un aborto, una tentativa de acto más que un acto mismo. Ciertas condiciones generales son indispensables para la formación de los actos jurídicos; sin ellas, estos no pueden nacer, no existen, son nada frente al derecho. Tales condiciones son: la voluntad manifestada, el consentimiento, el objeto y la forma solemne.

Gaceta Judicial. Año CII. Serie XVII. No. 6. Página 1527
(Quito, 16 de mayo de 2001)

RESOLUCION DEL RECURSO DE CASACION

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- PRIMERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL. Quito, 16 de mayo de 2001; las 10h30.

VISTOS: Walter Kiko Salgado Salguero interpone recurso de casación de la sentencia dictada el 17 de octubre del 2000, por la Segunda Sala de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, dentro del juicio ordinario que por reivindicación siguen en su contra Mauro Iván Altamirano Arellano, por sus propios derechos y como gerente general y representante legal de la compañía

inmobiliaria ALTBAR Cía. Ltda., y Rosita Margarita Altamirano Barcia, procuradora común de Iván Elías, José Patricio y Mariana Lorena Altamirano Barcia, herederos de Mariana de Jesús Barcia de Altamirano. Por el sorteo legal corresponde su conocimiento a esta Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, la cual, una vez cumplido el trámite legal, para resolver hace las siguientes consideraciones:

PRIMERA: El recurrente enumera como normas legales infringidas en la sentencia los artículos 1513, inciso tercero numeral 3, 2223, 1511, 2224, 2416, 2434, 751, 2424, 985, 741, 1597 y 2435 del Código Civil y 170 inciso final del Código de Procedimiento Civil; y funda el recurso en las causales primera, tercera, cuarta (última parte) y quinta (última parte) establecidas en el artículo 3 de la Ley de Casación.-

SEGUNDA: De las impugnaciones formulada por el recurrente, las que se sustentan en las causales tercera (infracción de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba) y quinta, última parte (adopción de decisiones contradictorias o incompatibles), del artículo 3 de la Ley de Casación, no han sido fundamentadas con la exactitud y precisión que la casación exige. En el primer caso, no se señalan cuáles son los preceptos jurídicos relativos a la valoración de la prueba que no se han aplicado, o se han inaplicado indebidamente o se han interpretado erróneamente ni las normas de derecho material que como consecuencia de ello se han aplicado erróneamente o se han inaplicado. En el segundo caso, se señala que "la sentencia recurrida no se ha pronunciado respecto a mi excepción y reconvención conexa. Identificada con el número 4 de mi escrito de contestación dado a la demanda" y concluye señalando que por no haberse tenido en cuenta tales hechos jurídicos en la "parte dispositiva se adoptan decisiones contradictorias e incompatibles". En este punto el recurrente confunde la naturaleza de esta causal con la relativa a la causal cuarta del correspondiente artículo de la ley. En efecto, una cosa es que en la parte resolutive de la sentencia se adopten decisiones contradictorias o incompatibles, y otra cosa es que en la sentencia no se resuelvan todos los puntos de la litis, punto que se examinará en el siguiente considerando. Por lo tanto se rechazan las impugnaciones fundamentadas en las causales tercera y quinta del artículo 3 de la Ley de Casación:

TERCERA: En cuanto a la afirmación de que en la sentencia no se han

resuelto la excepción y reconvención identificadas en el numeral 4 del escrito de contestación a la demanda, hay que hacer primero una precisión. No se debe confundir la excepción con la reconvención. La primera no es otra cosa que la oposición con que el demandado responde a la pretensión del actor y se defiende frente a ella; mientras que la reconvención es en rigor una contrademanda que el mismo demandado formula contra el actor. Al plantear excepciones, el demandado está en ejercicio de la facultad de contradicción; al reconvenir ejerce una acción. Por tanto un mismo argumento jurídico no puede ser a la vez una excepción y una reconvención, como pretende el recurrente. En realidad lo que el demandado formuló en el numeral 4 de su contestación a la demanda no fue una excepción sino una reconvención y tiene razón al sostener que en la sentencia impugnada, igual que en la de primera instancia, que fue confirmada en segunda, no se resolvió sobre la misma. De manera que se acepta en este punto el planteamiento del recurrente.

CUARTA: El recurrente sostiene que en la sentencia se ha producido una aplicación indebida de los artículos 170 inciso final del Código de Procedimiento Civil y 1597 del Código Civil, invocados en la parte resolutive de la misma para aceptar la demanda. El artículo 170 del Código de Procedimiento Civil dice lo siguiente: "Se otorgará por escritura pública la promesa de celebrar un contrato, si para su validez; se necesita de aquella solemnidad, conforme a las prescripciones del Código Civil", y el artículo 1597 del Código Civil tiene el siguiente texto: "La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna; salvo que concurren las circunstancias siguientes: 1a.- Que la promesa conste por escrito; y por escritura pública, cuando fuere de celebrar un contrato para cuya validez se necesita de tal solemnidad, conforme a las disposiciones de este Código; 2a.- Que el contrato prometido no sea de los que las leyes declaran ineficaces; 3a.- Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época de la celebración del contrato; y, 4a.- Que en ella se especifique de tal manera el contrato prometido, que solo falten, para que sea perfecto, la tradición de la cosa, o las solemnidades que las leyes prescriban. Concurriendo estas circunstancias habrá lugar a lo prevenido en el artículo precedente". En definitiva ambas normas establecen la solemnidad de escritura pública para la validez de una promesa de venta, cuando el contrato que se promete requiera de tal solemnidad para su validez, como se exige para la compraventa de bienes raíces, que es el caso que se analiza en esta causa. Por esta razón en la sentencia se concluye que al no haberse celebrado la promesa de venta en escritura pública, no se produjo para las partes obligación alguna,

conclusión que el recurrente rechaza en su escrito, pues considera que sí surgió para "el vendedor" una obligación natural. En realidad, el documento en el cual el recurrente sustenta su punto de vista (foja 110) es un documento privado firmado por uno de los actores, según el cual se "vende" al demandado un bien inmueble, una oficina situada en el edificio Aftbar, en la ciudad de Guayaquil. No se trata por cierto de una promesa y por lo tanto las normas legales que el tribunal ad quem aplicó para resolver el caso no son las aplicables.

QUINTA: Las puntualizaciones realizadas en los dos considerandos anteriores llevan a esta Sala a casar la sentencia pronunciada el 17 de octubre del 2000, por la Segunda Sala de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil y convirtiéndose en tribunal de instancia, a expedir en su lugar la que corresponda en mérito de los hechos establecidos.

SEXTA: Mauro Iván Altamirano Arellano, por sus propios derechos y como gerente general y representante legal de la compañía inmobiliaria ALTBAR Cía. Ltda., y Mariana de Jesús Barcia de Altamirano, posteriormente fallecida, por sus propios derechos, demandan a Walter Kiko Salgado Salguero la reivindicación de la oficina número 2, del segundo piso del edificio Altbar, situado en las calles Lorenzo de Garaycoa número 1720 y Pedro Pablo Gómez, de la ciudad de Guayaquil, además de daños y perjuicios, lucro cesante y daño emergente y costas judiciales. La acción reivindicatoria o de dominio exige para su procedencia, la concurrencia de los cuatro elementos determinados explícitamente en el Título XIII del Libro Segundo del Código Civil: 1) que se reivindique una cosa singular o una cuota determinada de una cosa singular que está claramente identificada (artículos 953 y 956); 2) que el actor o demandante tenga la propiedad plena o nuda, absoluta o fiduciaria de la cosa cuya reivindicación se pretende (artículo 957); 3) que el demandado tenga la actual posesión material de la cosa que se reivindica (artículo 959) y 4) que exista plena identidad entre la cosa que reivindica el actor y la que posee el demandado (artículo 953). En este caso, los actores justifican los cuatro elementos: han identificado con exactitud el bien raíz que reivindican; han probado que son propietarios del bien, mediante la escrituras correspondientes y el certificado actualizado del Registrador de la Propiedad del cantón Guayaquil; no ha sido materia de controversia la posesión del demandado, afirmada en la demanda y admitida por la otra parte; y tampoco se ha discutido que se trata del mismo bien el reivindicado por el actor y poseído por el demandado, identidad que inclusive fue confirmada en la correspondiente

inspección judicial. En realidad estos elementos de la acción reivindicatoria no fueron siquiera desconocidos o negados por el demandado al puntualizar sus excepciones, las que se examinarán a continuación.

SEPTIMA: El demandado al contestar la demanda señaló como excepciones las siguientes: 1) Negativa de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda; 2) Derecho a seguir en posesión del bien por cuanto este le fue entregado en cumplimiento de una obligación natural contraída por el actor Mauro Iván Altamirano Arellano, como gerente de Inmobiliaria Altbar; 3) En subsidio, prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio. La cuarta excepción, como ya se ha señalado, no es tal sino una reconvencción. Cuando el demandado se limita a negar los fundamentos de la demanda, al actor le corresponde el probar su derecho; pero si además propone otras excepciones, esto significa que el demandado alega tener derechos propios frente a las pretensiones del actor y esto es precisamente lo que ocurre con las excepciones segunda y tercera que quedan indicadas.

OCTAVA: La segunda excepción plantea dos cuestiones que deben ser examinadas: a) el documento mediante el cual el demandado aduce que "se le vendió" la oficina tiene o no alguna eficacia jurídica, al menos para producir una obligación natural; y b) cuál será el alcance de una obligación natural en las circunstancias del caso.

NOVENA: Esta Sala ha examinado en varios fallos la cuestión relativa a la ineficacia de un acto jurídico. La doctrina distingue tres grados de ineficacia: 1. Ineficacia máxima o inexistencia, cuando el acto carece de los requisitos esenciales para que tenga vida. El acto inexistente no puede ser convalidado ni necesita ser invalidado; 2.- Nulidad absoluta, cuando el acto es capaz de producir determinados efectos en condiciones especiales. Existe apariencia de acto hasta que se declare su invalidez. La nulidad absoluta no puede ser convalidada, pero necesita ser invalidada o sea, declarada; 3.- Nulidad relativa, que implica que el acto se reputa válido y sólo es nulo desde el día en que se anule. El acto relativamente nulo admite ser convalidado. Se ha sostenido que en nuestra legislación no se distingue la inexistencia y la nulidad y que por tanto, los actos llamados por la doctrina inexistentes deben ser incluidos entre los absolutamente nulos. Sin embargo, tratadistas chilenos, como Alessandri Rodríguez y colombianos como Ospina Fernández y Ospina Acosta, con referencia a la legislación de sus países; que en esta materia es exactamente

igual a la nuestra, aceptan que en ciertos casos si cabe hablar de actos inexistentes que son más bien una apariencia, un aborto, una tentativa de acto más que un acto mismo. Los citados autores colombianos escriben: "Ciertas condiciones generales son indispensables para la formación de los actos jurídicos; sin ellas, estos no pueden nacer, no existen, son nada frente al derecho. Tales condiciones son: la voluntad manifestada, el consentimiento, el objeto y la forma solemne. Sin la voluntad manifestada, o sin el consentimiento no hay, por definición, acto jurídico. Lo propio ocurre cuando falta el objeto, porque también por definición, la voluntad que constituye la sustancia del acto debe encaminarse a un objeto jurídico que puede consistir en la creación, o en la modificación, o en la extinción de una o más relaciones de derecho. En casos excepcionales, la ley prescribe la observancia de ciertas solemnidades para el perfeccionamiento de los actos jurídicos, lo que equivale a exigir que la voluntad se exprese en forma predeterminada para que se tenga por emitida. La falta de dichas solemnidades obstaculiza la formación o perfeccionamiento de tales actos jurídicos y conduce a que estos se reputen inexistentes". (Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, Teoría General del Contrato y de los demás Actos y Negocios Jurídicos, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1994, páginas 83 y 84). Por otra parte, en nuestra legislación se encuentran varias disposiciones que permitirán hablar de la inexistencia de un acto jurídico por faltar alguno de sus elementos esenciales. Baste citar, por venir al caso, el artículo 1745 del Código Civil: "La falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la Ley requiere esa solemnidad; y se mirarán como no ejecutados o celebrados, aun cuando en ellos se prometa reducirlos a instrumento público dentro de cierto plazo, bajo una cláusula penal. Esta cláusula no tendrá efecto alguno. Fuera de los casos indicados en este artículo, el instrumento defectuoso por incompetencia del empleado o por otra falta en la forma, valdrá como instrumento privado, si estuviere firmado por las partes". Cuando la ley requiere la solemnidad de un instrumento público, y no se lo ha otorgado, el acto o contrato se mirará como no ejecutado o celebrado, es decir que, jurídicamente, ese acto no existe. En resumen: la venta de un inmueble mediante un documento privado se mirará como no ejecutada o celebrada, es decir jurídicamente inexistente.

DECIMA: Sostiene el demandado que a pesar de no haberse celebrado la venta de la oficina con las solemnidades exigidas, creó a su favor una obligación natural, conforme al artículo 1513 numeral 3 del Código Civil, que,

habiéndose cumplido, le concede el derecho de mantener la posesión de la oficina hasta que se celebre la escritura pública, de acuerdo con el artículo 2223 del mismo Código. Obligaciones naturales, según el citado artículo 1513, son aquellas "que no confieren derecho para exigir su cumplimiento; pero que cumplidas autorizan para retener lo que se ha dado o pagado en razón de ellas" y en el numeral 3 incluye a "las que proceden de actos a que faltan las solemnidades que la ley exige para que surtan efectos civiles". Ospina Fernández, consecuente con su criterio de que en ciertos casos hay actos jurídicamente inexistentes, hace el siguiente comentario frente a esta situación: "La hipótesis legal tiene cabida generalmente en los casos en que la forma solemne se ha cumplido en su esencia pero sin la observancia de la plenitud de los requisitos que le son propios, como cuando se ha otorgado la escritura pública de compraventa de bien inmueble, pero alguno de los otorgantes no está debidamente identificado. En tal caso, si se concluye que el contrato es nulo, si la escritura se inscribe en el registro de instrumentos y si el deudor cumple su obligación de entregar la cosa vendida, no se ve porque no haya de reputarse que ha pagado obligación natural. El ejemplo propuesto... (venta de bien inmueble por escritura privada) es el de un caso extremo de inexistencia del acto jurídico por falta absoluta de la forma solemne, del que hay que concluir... que un acto inexistente no puede producir obligaciones civiles ni naturales. De suerte que si el vendedor del inmueble se allana voluntariamente a otorgar la escritura omitida para que esta sea registrada, al hacerlo celebra un acto antes inexistente y que genera obligaciones que tampoco existan jurídicamente, ni siquiera como naturales" (Guillermo Ospina Fernández, Régimen General de las Obligaciones, Editorial TEMIS, Bogotá, 1993, página 221). Ahora bien, aun cuando aceptáramos que inclusive en este caso extremo de ausencia absoluta de solemnidades, se habrá producido una obligación natural, el cumplimiento de tal obligación, el pago del que habla la ley, no podrá ser otro que el celebrar la escritura pública correspondiente y es así mismo obvio que, celebrada la escritura, no podrá haber derecho de "repetición". Y esto lo reconoce el propio recurrente en su escrito de interposición del recurso cuando afirma que llega a proponer un requerimiento judicial para obligar al actor a celebrar la escritura pública; pero hay que recordar que en la naturaleza de las obligaciones naturales está precisamente la imposibilidad de exigir su cumplimiento y de que el pago debe hacerse voluntariamente y, por tanto, sin que lo preceda un mandamiento judicial.

UNDECIMA: En cuanto a la excepción subsidiaria de prescripción

adquisitiva de dominio se observa lo siguiente: el artículo 2435 del Código Civil establece que el tiempo necesario para adquirir por esta especie de prescripción es de quince años. Según se afirma en la demanda, el demandado está en posesión del inmueble aproximadamente desde el 14 de julio de 1989, aunque en la contestación a la demanda se señala que la posesión comienza en el mes de septiembre de 1989. En todo caso hasta la citación con la demanda que ocurrió el 18 de julio de 1997, fecha en que la prescripción queda interrumpida, conforme lo establece el numeral segundo del artículo 101 del Código de Procedimiento Civil, no han transcurrido los quince años que exige la ley. El demandado aduce a su favor la agregación de posesiones prevista en el artículo 751 del Código Civil, pues a la suya agrega la de los actores y anteriormente a esta, la de la Municipalidad de Guayaquil, que les vendía estos el terreno, en que luego se construye el edificio, el 20 de febrero de 1980. Tal interpretación de la norma legal podrá llegar al extremo absurdo de que alguien, que ha sido poseedor un solo día, agregara a este día el tiempo en que los propietarios ejercieron actos de posesión y completara de esta manera el tiempo necesario para la prescripción. El artículo mencionado dice: "La posesión del sucesor comienza en él, ora suceda a título universal o singular: a menos que quiera añadir la de su antecesor a la suya; pero, en tal caso, se la apropia con sus calidades y vicios.- Podrá agregarse, en los mismos términos, a la posesión propia la de una serie no interrumpida de antecesores". Como se ve esta norma se refiere en forma muy precisa a la posesión del sucesor que de acuerdo con el artículo 1015 del mismo Código, puede suceder a título universal o a título singular, pero en cualquier caso la posesión, que es un hecho que no se trasmite ni se transfiere, comienza en él, aunque se le otorga la facultad de agregar a su posesión la de su antecesor y hasta la de una serie no interrumpida de antecesores. Esta regla, de carácter excepcional, es aplicable exclusivamente al caso de los herederos o legatarios, continuadores de la personalidad jurídica del causante y no lo es, por tanto, al caso presente.

DUODECIMA: Finalmente el demandado reconviene a los actores afirmando que han cometido actos o hechos ilícitos "en especial por el abuso que hacen del derecho constitucional de petición", y que por otra parte el actor, como gerente de Inmobiliaria Altbar, "no cumplió con otorgarme la escritura pública de compraventa de la oficina materia de la litis". Con este razonamiento reclama una indemnización pecuniaria de trescientos millones de sucres, a título de reparación. Al respecto se observa que acudir a la justicia, reclamando un derecho del que una persona se cree asistido, no es un acto o hecho ilícito.

Es sí una atribución del juez examinar los fundamentos y la forma en que una persona ha litigado y si considera que lo ha hecho con temeridad o ha procedido de mala fe, lo deberá condenar al pago de las costas judiciales, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 287 del Código de Procedimiento Civil. Y respecto al incumplimiento en que habrían incurrido los actores al no haber celebrado la escritura pública de compraventa, ya se ha examinado que, aun en la hipótesis de que el documento de foja 110 hubiese generado una obligación natural, el eventual comprador no podía exigir el cumplimiento de tal obligación y, por tanto, tampoco podía en este caso plantear la reconvencción, que es una verdadera acción que el demandado plantea en contra del actor. Cabe también señalar en este punto que cuando el demandado aceptó el referido documento sabía o debía saber que no era el legalmente adecuado para la compraventa de un bien inmueble ni podía a través de él transferirse el dominio sobre dicho bien y, como dice el artículo 13 del Código Civil, la ignorancia de la ley no excusa a persona alguna.- Por estas consideraciones, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se casa la sentencia pronunciada el 17 de octubre del 2000, por la Segunda Sala de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, se acepta la demanda propuesta por Mauro Iván Altamirano Arellano, por sus propios derechos y como gerente general y representante legal de la compañía inmobiliaria ALTBAR Cía. Ltda., y por Mariana de Jesús Barcia de Altamirano y continuada por los herederos de esta última, Rosita Margarita, Iván Elías, José Patricio y Mariana Lorena Altamirano Barcia, en contra de Walter Kiko Salgado Salguero, en cuanto reivindicar el bien inmueble que ha sido materia de este juicio y que está identificado en la demanda. Se dispone que el mismo sea restituido a sus propietarios dentro del plazo de treinta días que se contarán a partir de la fecha en que esta sentencia quede ejecutoriada. Se rechazan las demás pretensiones de los actores, pues no han sido justificadas e igualmente se rechaza la reconvencción, pero se deja a salvo los derechos que pudiera tener el demandado y que no han sido discutidos en este juicio. Entréguese a los actores el valor de la caución que se rindió para suspender la ejecución del fallo. Sin costas. Notifíquese, publíquese y devuélvase.

f) Drs. Galo Galarza Paz. Santiago Andrade Ubidia.- Ernesto Albán Gómez.

Anexo 3

NULIDAD ABSOLUTA DECLARADA DE OFICIO

El ejercicio de la facultad concedida a los jueces de declarar la nulidad absoluta, aún sin petición de parte, cuando aparece ostensible en el título de acto o contrato, si bien de orden público, se subordina, por exigirlo esta misma orden, a la primordial condición de seguirse el juicio con las personas a quienes por interesadas en la subsistencia del propio acto o contrato, puede afectar la nulidad. Gaceta Judicial. Año LV. Serie VII. Nro. 15. Pág. 1729 (Quito, 10 de Enero de 1952)

TERCERA INSTANCIA

VISTOS: Dos acciones deduce Miguel Palacios Andrade a nombre y como representante legal de su mujer Elvira Cristina Palacios Izquierdo, en procesos distintos y que después se han acumulado; la primera relativa a la nulidad absoluta de la venta de bienes raíces hecha por los cónyuges Daniel Palacios Toledo y Aurelia Izquierdo de 7 de Octubre de 1944, a favor de la sociedad colectiva "Palacios - Hermanos", al siguiente día de constituida ésta, por considerar el actor ficticia la venta, y por ende, sin causa real y lícita; y la segunda, - que la propone el doctor Alberto Chérrez Ortega en virtud del poder conferido por Palacios Andrade y su mujer - referente a la nulidad de la escritura misma en que se contiene aquel contrato, por defecto en la forma. Tanto la una como la otra demanda se han propuesto contra Daniel Palacios Toledo y los hijos legítimos de éste, los doctores Sergio Agustín, Carlos Alberto, y Humberto e ingeniero David Palacios Izquierdo, únicos miembros, todos cuatro, de la expresada sociedad, y herederos además, como su hermana Elvira Cristina, de su madre legítima Aurelia Izquierdo de Palacios, fallecida ya entonces. En la primera instancia se acogen ambas acciones, más en la segunda se las rechaza, revocándose así la sentencia pronunciada por el Juez Primero Provincial del Azuay. Para fallar el recurso de tercera instancia interpuesto por la parte actora, se observa ante todo que no habiendo recurrido los demandados de la sentencia, en cuanto la Corte Superior de Cuenca denegó la declaración de nulidad pedida por ellos, ni adherídose en tiempo al recurso del actor, se halla ejecutoriada dicha parte, conforme a lo dispuesto en el art. 380 del Código de Procedimiento Civil. Por esto, y porque no existe ningún otro motivo de nulidad en el proceso, en orden a lo principal se considera: consta que fue la sociedad "Palacios - Hermanos", representada por su Gerente el Ingeniero Daniel Palacios Izquierdo, la compradora de los inmuebles determinados en la escritura de 7 de octubre de 1944, y si concurrieron a ella

los otros socios, lo hicieron tan solo en ejercicio de la facultad de intervenir en las adquisiciones de la sociedad, con arreglo a la cláusula quinta del contrato constitutivo de la misma. Si pues la relación jurídica se estableció, únicamente en razón de la compraventa, entre los vendedores, los cónyuges Daniel Palacios Toledo y Aurelia Izquierdo, y la compradora - la sociedad colectiva "Palacios - Hermanos" - no es posible dudar de la improcedencia de las demandas acumuladas, en cuanto se dirigen ambas contra los miembros de ésta última como si ellos fuesen los compradores y no la sociedad, que forma una persona jurídica distinta, según lo reconoce de manera expresa el inciso 2o. del art. 2076 de la edición actual del Código Civil, correspondiente al art. 2040 de la anterior. Deducidas de esta suerte las acciones sobre nulidad de la mencionada compraventa, en el doble indicado aspecto, con preincidencia de la sociedad "Palacios - Hermanos", que siendo una de las dos partes en el contrato debió necesariamente ser demandada con la otra, la sentencia que entrara a considerar, tocante a ese punto, el fondo mismo de la controversia, no tendría fuerza obligatoria, porque no se ha propuesto el juicio contra parte legítima, la citada sociedad, existente al tiempo de trabarse la litis en los dos procesos, si se atiende al plazo de cuatro años estipulado para su dotación, el que aún podía prorrogarse con el consentimiento unánime de los socios. No apareciendo que al estado de dominio, los cuatro hermanos Palacios Izquierdo no pudieron, pues, ser demandados en otro concepto que en el de herederos de su difunta madre, la cual constituyó con su marido, en el sobredicho contrato, la parte vendedora. Incongruente resulta, de otro lado, demandar la nulidad de la escritura de venta por no haberse insertado en su texto, o agregándose original al registro del Notario el documento que acredita la habilidad del Gerente para representar a la sociedad, y prescindir de ésta en la demanda que precisamente tiende a dejar sin efecto la susodicha convención. Y si no había sido demandada la referida sociedad "Palacios - Hermanos", tampoco le era potestativo al juez declarar de oficio la nulidad absoluta de la compraventa, si aparecía de manifiesto en ésta algún vicio de forma o de fondo capaz de producir dicha nulidad, pues tal cosa habría significado resolver sobre la ineficacia legal del propio contrato, o sea de los derechos y obligaciones que de él nacieron, sin que hubiera intervenido en la causa uno de los contratantes, la sociedad compradora; pronunciándose así la resolución nugatoria. El ejercicio de la facultad concedida a los jueces de declarar la nulidad absoluta, aún sin petición de parte, cuando aparece ostensible en el título de acto o contrato, si bien de orden público, se subordina, por exigirlo esta misma orden, a la primordial condición de seguirse el juicio con las personas a quienes por

interesadas en la subsistencia del propio acto o contrato, puede afectar la nulidad. Con respecto al vicio de forma de la escritura de venta, consistente, según el mandatario del actor, en no haberse insertado en ese instrumento ni agregado después de su otorgamiento, a título de procuración, el mandato conferido por Daniel Palacios Toledo a su mujer y que ésta lo sustituyó en la persona del Ingeniero Daniel Palacios Izquierdo, basta considerar - prescindiendo de otras razones - que de la propia escritura consta que Aurelia Izquierdo de Palacios procedió a hacer la sustitución expresamente autorizada por su marido, quien intervino también en el acto, sin que fuera necesario cumplir además con la formalidad cuya falta ha viciado aquel instrumento público en concepto del procurador del demandante. El mandatario que sustituye el poder obra a su propio nombre, y no al del demandante, aún cuando la delegación a determinada persona haya sido autorizada de modo explícito por éste, en cuyo caso, verificado dicho evento, y en virtud de la aceptación del encargo por el sustituto, se realiza entre los dos últimos - mandante y sustituto - el concurso de voluntades generador de un nuevo mandato que tiene por materia u objeto el anterior, y queda despojado, por lo mismo, de su carácter y atribuciones el primer mandatario; siendo de advertirse que no es posible confundir, porque son diversos, el objeto sobre el cual recae un acto jurídico con el mandato para ejecutarlo, necesario tan solo en quien procede en nombre ajeno, aunque le falta del uno o del otro produzca el mismo efecto: la nulidad del acto. En el presente caso, el mandato dado a Aurelia Izquierdo de Palacios por su consorte pudo haber sido verbal y aún tácito de acuerdo con la ley. En los términos precedentes, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, se confirma con costas la sentencia recurrida. En cuatrocientos sucres se fija el honorario de cada uno de los doctores Alfredo Pérez Guerrero y José Alfonso Troya Cevallos por su trabajo en este instancia. Legalizado el papel, devuélvanse."

VOTO SALVADO

VISTOS: "Es legal los procesos que contienen las demandas que ha propuesto Miguel Palacios A. como representante de su mujer Elvira Cristina Palacios Izquierdo, en la vía ordinaria, en contra de Daniel Palacios Toledo y de los hijos de éste doctores Sergio, Agustín, Carlos Alberto, Humberto Palacios Izquierdo y el Ingeniero Daniel Palacios Izquierdo . En la primera demanda se solicitó que se declare la nulidad del contrato formulado en la escritura de venta de la nuda propiedad de los inmuebles enumerados en ella, aduciendo

como principal fundamento, la falta de intención de los contratantes y el dolo y conclusión para perjudicarle a la mujer del actor y excluirle de la herencia que debía corresponderle en la sucesión de sus padres Daniel Palacios Toledo y Aurelia Izquierdo de Palacios, que figuran como vendedores. En la segunda demanda, el doctor Alberto Chérrez Ortega, acompañando el poder conferido por los cónyuges Miguel Palacios A. y Cristina Palacios Izquierdo, se concreta a pedir la nulidad absoluta de la preindicada escritura de compraventa otorgada a favor de la Sociedad "Palacios Hermanos", representada por su Gerente Daniel Palacios Izquierdo, por haberse omitido las procuraciones o documentos habilitantes que acrediten la capacidad de las personas que han concurrido en representación de la expresada sociedad colectiva, y porque igual omisión se nota también en la sustitución del mandato que le había conferido Daniel Palacios Toledo a su mujer, concediéndole el usufructo y administración del fundo "Naste". En síntesis son negativas las contestaciones de los demandados que aseveran que la escritura y el contrato de compraventa son verdaderos y no ficticios. Como entre las excepciones perentorias, se dedujo la dilatoria de litis pendencia, ésta ha sido rechazada, según aparece del ejecutorial de la Corte Superior de Cuenca, de fs. 106, por cuanto los fundamentos de las acciones son totalmente distintos. En lo principal, para resolver sobre el recurso de tercera instancia interpuesto por la parte actora de la sentencia que ha subido en grado, se considera: 1o. Que en los juicios acumulados de jurisdicción contenciosa, están sometidas a ella todas las personas que litigan respecto a las cuestiones controvertidas; y, en consecuencia, le corresponde al Tribunal observar para su resolución un procedimiento estrictamente lógico y metódico, por haberse aducido diversos motivos de nulidad absoluta del contrato de compraventa y de la escritura que lo contiene, debiendo decidirse, primeramente, la demanda que dice relación a las omisiones de solemnidades externas que la ley exige para la validez de la escritura pública, pues si se declara la nulidad de ella, ya no habría necesidad de entrar a considerar los otros motivos de invalidez por vicios de forma ni de fondo del contrato celebrado; 2o. Que la nulidad demandada de la escritura de fs. 171 - 173, que contiene la venta de los fundos "Naste y "La Meced", "El Romeral" y dos en "Chieti, pertenecientes al cantón Paute, ha sido otorgada el 7 de octubre de 1944, por Daniel Palacios Toledo y su cónyuge dona Aurelia Izquierdo de Palacios en favor de la sociedad colectiva Palacios Hermanos, representada por su Gerente Ingeniero Daniel Palacios Izquierdo, a la que concurrieron los consocios doctores Humberto, Carlos Alberto y Sergio Agustín Palacios Izquierdo; y constan las siguientes declaraciones contractuales: a) que el

precio estipulado fue el de ochenta y dos mil sucres que los vendedores declaran haberlo recibido, reservándose el derecho de usufructo, uso y habitación; b) que respecto del fundo Naste, convinieron los contratantes que la señora Aurelia Izquierdo de Palacios, continuará usufructuando y ocupando, en virtud del mandato conferido, por su consorte?, mandado por el cual ha quedado eximida de la obligación de rendir cuentas; c) que en la precipitada escritura de venta, la señora Izquierdo de Palacios, con autorización de su marido, sustituye el poder en la persona de su hijo el Ingeniero Daniel Palacios Izquierdo, expresando que lo hace en los mismos términos y condiciones que el mandato principal?; d) que en la misma escritura se ha estipulado que el usufructo del fundo "Naste" que corresponde a la señora Izquierdo durante su vida, se consolidará después de ella, el pleno dominio en la sociedad compradora; y se establece el derecho de usufructo en los demás fundos en favor de Daniel Palacios Toledo; e) que los cuatro hermanos que forman la sociedad colectiva, expresan que aceptan la escritura y el contrato de venta, en todas sus partes, por ser otorgada a favor de dicha sociedad, cuya persona jurídica la forman ellos mismos; habiéndose autorizado el Gerente, para que haga inscribir lo correspondiente a la nuda propiedad; 3o. Que por haberse contratado en la forma indicada, de no existir nulidad absoluta, habría que atender a los diversos vínculos jurídicos, o sea a los derechos y obligaciones que tuvieron intención de contraer tanto los vendedores como los compradores que han intervenido a su propio nombre y al de la sociedad colectiva, mediante estipulaciones especiales. De consiguiente la demanda de nulidad absoluta que nos ocupa es procedente y aceptable, tal como se halla planteada, en contra de Daniel Palacios Toledo y de sus hijos que han procedido al otorgamiento de la predicha escritura, inclusive el Gerente de la sociedad colectiva, a cuyo nombre éstos lo han aceptado y suscrito, sin que en ella se hubiese insertado el documento habilitante que acredite su capacidad legal para intervenir por aquella entidad, habiéndose omitido también el poder que fue objeto de su sustitución que hizo la señora Izquierdo de Palacios en favor del titulado Gerente Daniel Palacios Izquierdo; 4o. Que por ser evidente la nulidad que consta del referido título escriturario, no puede hacerse valer en ninguna de sus partes, porque no produce derechos y obligaciones para la sociedad que aparece compradora; y si no existe para ella ningún vínculo jurídico, no cabe sostener que en este litigio debía ser parte demandada aquella sociedad, ya que no ha llegado a perfeccionarse el contrato de compraventa que es bilateral, solemne, oneroso y comunicativo; 5o. Que, en este caso, la falta de la procuración o documento habilitante es una de las formalidades sustanciales

que no puede aplicarse según los arts. 1499, 1738 y 1757, por ningún otro medio probatorio, en atención a la propia naturaleza jurídica del contrato de compraventa que, según el art. 1860 inciso 2o. del Código Civil, requiere para su validez y perfeccionamiento; escritura pública que reúna las prescripciones que la ley exige, prescindiendo de la calidad o estado de las personas naturales o jurídicas, conforme estatuye claramente el art. 1738 del Código Civil; y corroborando lo expuesto, el art. 1738 califica de nulidad absoluta la omisión de cualquier requisito o anomalía, no siendo potestativo, sino imperativo el deber que tiene el juez de declararla de oficio, "en virtud de una función propia suya", aún sin petición de parte; y esta misma sanción ha establecido el art. 180 del Código de Procedimiento Civil, cuando se ha omitido en el texto de la escritura pública la procuración o documento habilitante o no se ha agregado al Registro del Notario, tomando en cuenta que aquella nulidad es manifiesta y por tanto insubsanable, conforme a la máxima uniforme y de derecho universal: *Quod nullum est, nullum producit effectum*; 6o. Es idéntico, por consiguiente - como dice Febres - contrato nulo y contrato que no se ha celebrado", por haberse infringido la ley, omitiéndose en la escritura cualquier requisito de forma que sea necesario para su comprobación y autenticidad, para su eficacia y validez. En esto consiste el carácter de pena, de sanción que la ley impone a sus contraventores: *Idem est non facere quod facere contra legem*; 7o. Que empleando una metáfora, podría decirse que cuando hay nulidad absoluta por cualquier vicio de fondo o de forma, el acto o contrato nacen muertos; en tanto que nacen viables y pueden convalecer si acaso se trata de una rescisión o nulidad relativa, en la que el vicio de que adolece el contrato es subsanable, por la acción del tiempo o por la voluntad de las partes; y solo entonces, para declarar la nulidad o rescisión, ha de tramitarse el juicio con la sociedad compradora siempre que esté comprobada la calidad de persona jurídica, en el mismo translativo de dominio; 8o. No estamos de acuerdo con la teoría que aplica el Tribunal, que dice que: "por no haber sido demandada la sociedad "Palacios Hermanos", tampoco le era potestativo al juez declarar de oficio la nulidad de la compraventa, si aparecía de manifiesto en ésta algún vicio de forma o de fondo capaz de producir dicha nulidad, pues que tal cosa habría significado resolver sobre la ineficacia legal del propio contrato, o sea de los derechos y obligaciones que de él nacieron, sin que hubiera intervenido en la causa uno de los contratantes, la sociedad compradora; 9o. Opinamos, con el respeto que se merece el H. Tribunal Supremo, que esta doctrina no puede aplicarse ni por analogía a la nulidad absoluta, porque queda demostrado que la omisión de requisitos y

formalidades sustanciales que se ha producido en el instrumento público, implica la negación de todo vínculo jurídico, sin el que no se concibe la existencia de derechos civiles y obligaciones exigibles; pues la acción para que el juez declare la nulidad no se origina de la sola voluntad de las partes, sino del imperio y autoridad de la ley que impone esa sanción declarable de oficio, la que puede ser pedida no solo por las personas que celebraron el contrato, sino aún por el Ministerio Público y por todo el que tenga interés, sin que deba ser demandada la "Sociedad Palacios Hermanos", por solo el hecho de que se le haya hecho figurar como compradora, sin serlo verdaderamente, por la falta del documento habilitante que debió acreditar la existencia de esa entidad, con el nombramiento de Gerente, para que éste hubiera podido representarla legalmente; 10. Que no puede hablarse de fuerza probatoria de una escritura pública ni de la extinción de derechos y obligaciones en donde falta la forma sustancial, del acto o contrato que están ligados, como la causa al efecto, conjuntamente; pues tan solo vale como instrumento privado para las partes que lo suscribieron, al tenor de lo previsto en el inciso 2o. del art. 1757 del Código Civil. Y es por esto que toda sentencia que reconoce y declara una nulidad absoluta por actos o contratos celebrados sin las formalidades que los generan y comprueban y que la ley exige, objetivamente, en consideración a su naturaleza específica, produce efectos retroactivos, conforme prescribe el art. 1743 del Código Civil, que da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulos; 11. Que es obvio deducir, en consecuencia, coordinando los principios científicos y normas legales, que cuando falta la procuración o documento habilitante, como ocurre en la escritura de venta otorgada por Daniel Palacios Toledo y su esposa Aurelia Izquierdo de Palacios, es procedente y aceptable la demanda de nulidad, sin que sea necesario que se hubiese dirigido contra la sociedad colectiva formada por los cuatro hijos varones que intervinieron personalmente en la escritura, manifestando que así lo hacían en virtud de estar autorizados en el contrato social, para obrar en junta del Gerente, en las adquisiciones para dicha sociedad; sin que sea menester que los jueces busquen fuera de la escritura de compraventa viciada de nulidad, otros elementos de juicio o de prueba, como si se tratara de un juicio rescisorio o de nulidad relativa; 12. Que conforme el sistema establecido por nuestro Código Civil, son dos instituciones fundamentalmente diversas, con caracteres definidos y perfiles propios; la nulidad absoluta que es de estricto derecho y de orden público, la cual es declarable de oficio o a solicitud de cualquier interesado; y la nulidad relativa o rescisión que solo afecta al interés privado y

que únicamente aprovecha a quien la pide, porque es susceptible de ratificación y renuncia; 13. Que si acaso de hubiera propuesto la demanda contra la Sociedad "Palacios Hermanos", prescindiendo de sus miembros que libre y espontáneamente acordaron el contrato y suscribieron la escritura, éstos hubieran argüido que la acción era improcedente, porque debía instaurarse contra ellos, invocando las reglas de hermenéutica y de un severo procedimiento judicial, por ser los únicos llamados a defender sus propios intereses y los de la misma sociedad; ya porque intervinieron a nombre de ella en el instrumento contractual y lo aceptaron en todas sus partes, asumiendo las responsabilidades consiguientes; ya porque a ellos les afecta la nulidad y no a la sociedad cuya capacidad y la del Gerente están impugnadas por la falta del documento habilitante, y les correspondía deducir las excepciones personales suyas, como legítimos contradictores; ya en fin porque la sentencia que llegue a ejecutoriarse surtirá efectos de cosa juzgada contra todos, inclusive para la Compañía que ellos mismos la han formado, colectivamente, con la firma "Palacios Hermanos", toda vez que entre si tienen la calidad de mandatarios recíprocos, en virtud de haber convenido en la cláusula quinta del contrato constitutivo: "que podrán intervenir personalmente o por medio de apoderados, en las adquisiciones que hiciere el Gerente", por lo cual estas facultades administrativas forman parte de las condiciones esenciales de la sociedad, según el art. 2094 del Código Civil; habiéndose hecho constar por este motivo especial de su concurrencia en la preindicada escritura defectuosa de compraventa que vale solo como instrumento privado de los fundos "Naste" y "La Merced", "Romeral" y "Chieti", en la que se ha concedido a los vendedores el derecho real inmobiliario de uso y habitación; 14. Que el hecho de haber concurrido las personas mencionadas al referido contrato, en junta del Gerente Ingeniero Daniel Palacios Izquierdo, no les eximía de la estricta obligación de presentar la procuración o documento habilitante que no puede suplirse por la suma de voluntades, individuales, porque al tenor del inciso 3o. del art. 1503 del Código Civil, toda persona jurídica adolece de incapacidad relativa para contratar y ejercer por si misma derechos y contraer obligaciones, debiendo ser representada legalmente, a diferencia de las personas físicas que son capaces de obrar para si, directamente y por si mismas, de conformidad con lo que dispone el art. 580; 15. Que según la jurisprudencia establecida por los Tribunales, lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, - requiere documento habilitante en los contratos solemnes que se celebran por escritura pública - y entonces surte respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado el mismo,

conforme al art. 1504 del Código Civil que está en íntima armonía con el precepto contenido en el art. 180 del Código de procedimiento civil, que por la omisión de aquel requisito sustancial declara que, son nulas las escrituras públicas, por defecto en la forma; 16. No pudo ser demandada directamente la sociedad cuya personalidad jurídica es abstracta e inmaterial, como creación del legislador y obra de sus miembros, de la que su órgano legal es el Gerente, que ha intervenido en el juicio, como parte legítima; y es por esto que los hermanos Palacios han sido demandados, en su triple carácter, por ser socios colectivos, inclusive el Gerente, por haber acordado y suscrito todas las estipulaciones del contrato de compraventa, y por ser herederos de su finada madre que lo celebró, como vendedora, en junta de Daniel Palacios Toledo. No había necesidad de que materialmente se dijera que se deducía la acción de nulidad absoluta contra la sociedad o compañía "Palacios - Hermanos", toda vez que se ha hecho extensiva por ella contra todas las personas preindicadas a quienes les afecta la nulidad, figurando el Gerente Palacios Izquierdo, además, como mandatario sustituto de su referida madre, pero sin las respectivas procuraciones o documentos habilitantes que debían constar como comprobante de su capacidad y personería que asumió a nombre ajeno, al tiempo del otorgamiento del contrato de compraventa, por cuya omisión se ha producido la nulidad absoluta que es de orden público y declarable de oficio; 17. Que, para este caso, es del todo inaplicable el art. 1439 del Código Civil, que corresponde al art. 1505; citado por la Corte Superior, que se refiere a otra situación diversa en contraste con la anterior al establecer que: "cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona aunque no tenga derecho para representarla"; pues aquí se trata de que los socios y el Gerente si podían representar a la sociedad, pero con la formalidad de la procuración o documento habilitante, por ser solemne el contrato escriturario relativo a bienes raíces, "que lo han aceptado con derecho propio y personal", según se expresa en el fallo de segunda instancia, con la circunstancia especial de que también estipularon a nombre ajeno, porque de la misma escritura aparece que la aceptaron en todas sus partes, por ser otorgada a favor de la sociedad, cuya persona jurídica la forman ellos mismos; 18. Que considerando otro aspecto de la nulidad absoluta, en la última parte del fallo del Tribunal Supremo, se dice: que no fue necesaria la formalidad del documento habilitante, porque procedió Aurelia Izquierdo de Palacios a hacer la sustitución del mandato conferido por su marido, por haberle autorizado éste en la propia escritura pública, y que "pudo haber sido dicho mandato verbal o tácito", a lo que observamos que: no basta el expreso consentimiento del mandante a que el mandatario sustituya el

poder que se le ha conferido , porque siendo como es la sustitución una delegación de las facultades del procurador, éste puede revocarla y hacer otras en todo o en parte, conforme dispone el art. 53 del Código de procedimiento civil; y es preciso saber, "por lo mismo que el procurador obra a su propio nombre", que es lo que sustituye y que facultades se reserva, debiendo insertarse para ello en la respectiva escritura pública el respectivo documento habilitante, sin que para suplirlo, baste el concurso de voluntades del mandante y del sustituidor del poder, habiéndose producido por esta segunda omisión la nulidad absoluta de la escritura de compraventa de 7 de octubre de 1944, con tanta mayor razón que no pudo ser verbal ni tácito, sino otorgado en forma solemne el mandato principal que le habría conferido Daniel Palacios Toledo a su mujer Aurelia Izquierdo de Palacios, ya que ambos han dejado constancia en dicha escritura pública que la procuración tuvo por objeto la concesión del usufructo y administración de una propiedad raíz, que no tendría ningún valor si no se hubiese otorgado instrumento público inscrito, de conformidad con lo estatuido expresamente por el art. 797 del Código Civil; 19. Que se ha justificado plenamente que Elvira Cristina Palacios Izquierdo, tiene interés jurídico y económico, en este juicio, como sucesora de su fallecida madre Aurelia Izquierdo de Palacios y por el hecho de haber quedado desheredada de gran parte de los bienes cuantiosos que debía corresponderle como legitimaria, a consecuencia de la venta que hizo dicha señora en junta del padre de la demandante en favor de la sociedad colectiva formada por los cuatro hijos varones, sin que haya ninguna ley prohibitiva a que se haya propuesto contra ellos la demanda de nulidad de la escritura de enajenación, en la que han intervenido con el Gerente, por su propio derecho, y expresando de un modo inequívoco que éste representa a la sociedad. Por estas consideraciones, el Ministro Juez doctor Mora reafirmandose en sus diferencia de criterio, salva su voto en el fallo de la mayoría del Tribunal, en el sentido de que en su concepto es procedente y debe aceptarse la demanda de nulidad de la escritura de compraventa por las causales expresadas, imponiéndole al Notario que la autorizó la multa de mil sucres. Insértese en el ejecutorial."

Anexo 4

FIRMA DE ESCRITURAS SIN UNIDAD DE ACTO

NORMA:	Serie 17	STATUS:	Vigente
PUBLICADO:	Gaceta Judicial 10	FECHA:	22 de Julio de 2002

FIRMA DE ESCRITURAS SIN UNIDAD DE ACTO

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

Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 10. Página 3251.

(Quito, 22 de julio de 2002)

RESOLUCION DEL RECURSO DE APELACION.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SEGUNDA SALA DE LO PENAL.- Quito, 22 de julio de 2002.- Las 16h00.

VISTOS.- Este proceso llega a la Segunda Sala de lo Penal por apelación

interpuesto por el doctor Xavier Troya Andrade, Procurador Judicial del Banco GNB y por el doctor Eduardo Echeverría Vallejo, respecto de la sentencia dictada por la Primera Sala de la Corte Superior de Justicia de Quito, que declara la prescripción de la acción colusoria y la nulidad de la escritura, cuya copia consta a fojas 6 a 16 de los autos, que contiene el contrato de compra venta entre, los cónyuges Wilson Fabián Baquero y Marina Adela Clavijo de Baquero, como vendedores, y como compradores los cónyuges Fausto Ramiro Morales Almeida y Esther María Sonia Pacheco Rivera de Morales, y la hipoteca a favor del Banco de Colombia que esa Primera Sala de la Corte Superior de Justicia de Quito deja sin valor, al igual que la inscripción en el Registro de la Propiedad, volviendo ineficaz cualquiera otra convención constante en la misma escritura y posteriores que se basen en la que se declara nula, además de las consecuencias de esta resolución declarando que la demanda en el aspecto penal que conlleva no es temeraria ni maliciosa, ni puede generar acción alguna civil en contra del demandante en razón de este juicio y, con costas a cargo del ex Notario de Rumiñahui doctor Eduardo Echeverría Vallejo. Encontrándose el trámite en estado de resolver se considera.

PRIMERO.- Esta Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para conocer de la apelación planteada, en virtud del sorteo correspondiente.

SEGUNDO.- Es obligación de todo Juez examinar en primer lugar los aspectos procedimentales, que den viabilidad al recurso, incluyendo la eventual prescripción de la acción.- Al respecto; tratándose del presente caso de una acción colusoria, es necesario determinar la aplicabilidad del artículo 10 de la Ley para el Juzgamiento de la Colusión. Dicha norma dispone que la acción para esta clase de acciones prescribe en cinco años contados desde la fecha de la perpetración del hecho colusorio. En el presente caso Wilson Fabián Baquero, a fojas 17 y siguientes el 2 de junio de 1997 comparece demandando por colusión a los cónyuges Fausto Ramiro Morales; Almeida y Esther María Sonia Pacheco Rivera así como a los cónyuges Carlos Alberto Morales Pasquel y Tarcilia Antonieta Bejarano Jara, además de Blasco Moscoso Valenzuela, Gerente del Banco Consolidado del Ecuador y al doctor Eduardo Echeverría Vallejo, Notario Público del Cantón Rumiñahui, y en el relato de los hechos en los que basa la demanda, menciona entre los documentos adjuntos a su libelo, el de una escritura de promesa de compra venta de fecha 11 de octubre de 1994, inscrita según certificado el 5 de diciembre de 1994, entre otros

documentos. Se efectúan las citaciones respectivas y, a fojas 66 el Ministro Presidente de la Sala, una vez que se han dado las contestaciones a la demanda convoca a Junta de Conciliación, en providencia de 17 de septiembre de 1998, esto es dentro del plazo de cinco presente caso tubo lugar en 1994, hasta la fecha correspondiente de 1999, el demandante podía iniciar su acción colusoria, habiéndolo hecho dentro de ese plazo, por lo que no procede declaratoria de prescripción en este proceso.

TERCERO.- En su demanda, dice el accionante Wilson Fabián Baquero que con su mujer Mariana Adela Clavijo García son los exclusivos propietarios de un lote de terreno en la lotización Miranda, parroquia Amaguaña, cantón Quito provincia de Pichincha, adquirido por prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio por sentencia expedida por el Juez Octavo del lo Civil de Pichincha 20 de febrero de 1993; protocolizada en la Notaría Veinte y cinco e inscrita el 22 de julio de 1993 en el Registro de la Propiedad. Dice que Fausto Ramiro Morales Almeida y Carlos Alberto Morales Pasquel, ofreciéndoles un justo precio, lograron que el demandante y su cónyuge celebraran con ellos, una escritura de promesa de compra venta en la Notaría Dr. Eduardo Echeverría Vallejo, donde dice atendió un empleado que dijo ser el Lcdo. Jaime Larco, quien les hizo firmar lo que presentó como la escritura de promesa de compra venta y que dejaran firmado otro papel para retirar al día siguiente una copia; al día siguiente de está firma, esto es el 12 de octubre de 1994 se les entregó una copia certificada del contrato de promesa, en el que constaban los detalles de la transacción por la suma de treinta y tres millones de sucres pagando ocho millones en treinta días mediante un préstamo que les seria otorgado a los compradores, fecha en la cual suscribiría la escritura definitiva constituyendo hipoteca sobre el predio motivo de la compraventa y, la diferencia, mediante la entrega de una carrocería completa y terminada, instalada en el vehículo de propiedad de los promitentes vendedores, con un valor de veinte y cinco millones de sucres y con un plazo de sesenta días desde la suscripción del contrato de promesa de compra - venta; dice el demandante luego, que a los promitentes compradores se les entregó la posesión material del predio y se estableció una cláusula penal por incumplimiento por seis millones seiscientos; manifiesta Wilson Fabián Baquero que sin embargo de todo lo señalado, aunque el Notario Dr. Eduardo Echeverría Vallejo manifiesta en la escritura que leyó a los otorgantes y que se afirma y ratifican y que firman con el Notario en unidad de acto, de todo lo cual da fe, pese a ello no estuvo en su despacho ni firmó ni les hizo firmar a los otorgantes, puesto que todos estos actos lo realizo

el Lcdo. Jaime Larco empleado del Dr. Echeverría, luego de lo cual se inicia, dice el demandante "la aparición de la conducta dolosa de los señores Fausto Ramiro Morales, Carlos Alberto Morales y del Notario Dr. Eduardo Echeverría Vallejo, quienes han convenido fraudulentamente para dar forma secretamente, a un acto engañoso con el que se perjudica duramente al arrebatarnos, a mi mujer y a mi, el terreno que es parte fundamental de nuestra modestísima economía, y de los escasos medios que sirven para el mantenimiento de mis hijos". Acompaña a su demanda copias certificadas, dos segundas de fecha 12 de octubre de 1993 y 14 de mayo de 1997; "con alguna corrección muy visible", más otros detalles que manifiesta en su libelo de demanda. Continúa diciendo que esperaba se les llame para el otorgamiento de la Escritura definitiva, pero ese momento no llegó; en marzo de 1997 algún vecino les informó que el terreno objeto de todo este asunto ya estaba prendado; cuando acudieron a la Notaría del Dr. Eduardo Echeverría, el señor Larco empleado del Notario les dijo que la escritura se había hecho con las firmas puestas en blanco en otro documento el día en que se celebró la escritura de promesa, entregándoles una quinta copia certificada de ese documento, manifestándoles que se habla suscrito con los señores Morales, sus respectivas, cónyuges y, además con el señor Blasco Moscoso Valenzuela, Subgerente General Apoderado Especial del Banco Consolidado del Ecuador, a quien nunca han conocido, ni ha sido otorgada la escritura con la presencia de ellos, volviendo a relatar toda la cronología de los hechos, en los que, además, en la escritura en la que ellos no estuvieron presentes para el otorgamiento se hace constar como "precio justo, la suma de novecientos mil sucres" pagado de contado, demostrándose la conducta dolosa de compradores, el Notario, el Subgerente del Banco Consolidado del Ecuador, al hipotecar por esa suma irrisoria, el predio al que se refiere la demanda. Dice, el demandante que lo relatado demuestra que existe un contrato simulado y fraudulento para arrebatarnos el predio, por lo que de acuerdo con la Ley para el Juzgamiento de la Colusión propone esta demanda por colusión en contra de Carlos Alberto Morales Pasquel, a su cónyuge de él Tarcila Antonieta Bejarano Jara; a Fausto Ramiro Morales Almeida, a su cónyuge de él, Esther María Sonia Pacheco Rivera; al Dr. Eduardo Echeverría Vallejo, Notario del cantó (Sic) Rumiñahui, a Jaime Larco empleado de esa Notaría y a Blasco Moscoso Valenzuela solicitando, que se anule el contrato de compra - venta e hipoteca, que se halla protocolizado en la escritura forjada en la Notaría tantas veces mencionada, ordenando que se reparen los daños y perjuicios ocasionados, que se les restituya el dominio, posesión, uso y goce del terreno y, volviendo las cosas al

estado anterior a la colusión por la que demandan, solicitando se les impongan a los demandados el máximo de la pena prevista para estos hechos colusorios. A fs. 34, el demandado Blasco Moscoso Valenzuela niega pura y absolutamente los fundamentos de hecho y de derecho de la acción propuesta, alega falta de derecho del actor, falta de legítimo contradictor y prescripción; comparece a fs. 41 el Dr. Javier Troya Andrade, Procurador Judicial del Banco de Colombia (Ecuador). S.A., niega los fundamentos de hecho y de derecho, alega improcedencia de la demanda tanto en el fondo como en la forma, ilegitimidad de personería del demandante y falta de derecho del actor para demandar a su representado, inexistencia de acto colusorio alguno por parte del Banco y falta de derecho de los actores para reclamar indemnización alguna y pide que sea calificada la demanda como temeraria y maliciosa y se condene al pago de costas y honorarios profesionales. A fs. 58 comparece Jaime Abelardo Larco Coyago, quien rechaza los fundamentos de hecho y derecho, ya que el solo transcribió la minuta que se presentó en la Notaría y dice que jamás ha hecho firmar en blanco a persona alguna, por lo que niega pura y simplemente los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, alega falta de derecho del actor improcedencia de la demanda, impugna las pruebas que presenta el demandante, dice que se de causa un daño moral incuantificable y reclama una indemnización por daño moral de cien millones de sucres mas la indemnización, costas procesales y honorarios profesionales. A fs. 69 el Dr. Eduardo Echeverría Vallejo comparece, manifestando que en diciembre de 1994 el Banco Consolidado del Ecuador envía a la Notaría a su cargo una minuta de compra - venta e hipoteca años establecidos por la ley para la prescripción de la acción colusoria. Es importante señalar que por reiterados fallos de esta Sala se interrumpe el plazo de prescripción de la acción, que empieza a correr a partir de la fecha en que ocurrió el presunto hecho colusorio y, en consecuencia si el hecho en el abierta, cumpliendo, todos los actos del otorgamiento y negando que se haya hecho firmar en blanco ningún documento a nadie; dice "Nunca he conocido a los señores Wilson Fabián Baquero, Fausto Ramiro Morales Almeida, y su mujer Esther María Pacheco Rivera, Carlos Alberto Morales Pasquel y su mujer Tarcila Bejarano Jara, ni a Blasco Moscoso, por lo tanto como se puede hablar de un acto colusorio si jamás les había visto", y más adelante manifiesta "Si bien fue horror (sic) mecanográfico al otorgarse dos veces la segunda copia", eso tampoco es un acto colusorio, recalando que, no conoce al demandante, y niega los fundamentos de hecho de derecho, alega falta de derecho del actor, improcedencia de la demanda, ilegitimidad de personería, demanda quinientos millones de sucres por daño moral y pide que se deseche

la demanda.

CUARTO.- En el término de prueba se han acompañado diversos documentos del Banco de Colombia, la escritura de la compra e hipoteca abierta de la promesa de compra - venta, se realiza una inspección judicial en la Notaría del Dr. Echeverría hay el acta de una inspección del terreno objeto del litigio; a fs. 156 y siguientes está el peritaje hecho por el Profesor Coronel (r) Jaime Durán A. quien en las conclusiones señala que no existe unidad de acto de la cual el señor Notario da fe, porque las firmas fueron puestas indistintamente en momentos diferentes, con tintas y plumas diferentes, mecanografiados unos números de cédula y escritos a mano otros, con espacio en blanco, con irregularidad en la secuencia de las firmas y diferencias entre las copias certificadas otorgadas. Constan respecto a dicho informe la impugnación del Procurador Judicial del Banco GNB, así como por el doctor Eduardo Echeverría. A fs. 186 a 189 vuelta, la Ministra Fiscal de Pichincha Encargada, luego de un análisis que realiza a las piezas procesales, concluye que puede haber "falta de prolijidad, de negligencia, más no se ha probado el pacto colusorio", y que estos hechos motivo de la demanda colusoria debían haber sido objeto de una acción civil, por lo que se abstiene de acusar a los demandados.

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

cláusulas y firmas que debían haberse estampado al otorgar el documento en unidad de acto, lo cual en el caso no sucede, por lo que además de posibles y eventuales hechos infraccionales penales, que se deben investigar estos sirven de base para la acción fraudulenta que en la especie configura el acto colusorio demandado.- Por todas estas consideraciones la Segunda Sala de lo Penal, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, revoca la sentencia recurrida y, aceptando la demanda presentada, declara la nulidad de la escritura, cuya copia consta de fs. 6 a 16 de los autos, que contiene el supuesto contrato de compraventa celebrado entre los cónyuges Wilson Fabián Baquero y Marina Adela Clavijo de Baquero, como vendedores y, los cónyuges Fausto Ramiro Morales Almeida y Esther María Sonia Pacheco Rivera de Morales y como compradores, y la hipoteca a favor del Banco de Colombia, que queda sin valor al igual que la inscripción en el Registro de la Propiedad y vuelve igualmente ineficaz cualquier otro convención constante en la misma escritura y posteriores que se basan en la que se declara nula, por lo cual todas las cosas vuelven al estado anterior a la celebración del instrumento antes señalando dejando expeditas las acciones a que hubieren lugar. Se impone a los autores del acto colusorio, Fausto Ramiro Morales Almeida, Esther María Sonia Pacheco Rivera de Morales, al Dr. Eduardo Echeverría Vallejo y al señor Jaime Abelardo Larco Coyago, como autores de las maniobras fraudulentas que constituyen la esencia del pacto colusorio al que se refiere este proceso, la pena de treinta días de prisión, de acuerdo a lo dispuesto por el Art. 7 de la Ley para el Juzgamiento de la Colusión más la indemnización de daños y perjuicios, costas procesales y honorarios del abogado de la parte demandante que se regulan en doscientos dólares de los Estados Unidos de América, por su trabajo profesional ante la Sala.- Se declara que no hay lugar a la pena para el representante legal del Banco de Colombia, porque la participación de dicha entidad bancaria no aparece en forma evidente como parte de las maniobras fraudulentas previas a la celebración de la escritura a la que se refiere esta acción. Envíese copia certificada de esta sentencia al Consejo Nacional de la Judicatura para que examine la conducta del Notario de Rumiñahui que ha participado en los hechos a los que se refiere esta sentencia.- Notifíquese.

f) Drs. Arturo Donoso Castellón.- Milton Moreno Aguirre.- Jorge Andrade Lara (Conjuez Permanente).

TERCERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

RESOLUCION N° 181-99
JUICIO N° 302-99

Juicio reivindicatorio que sigue Margarita Rengel Jiménez contra Hernán Balseca Carrera y Teresa Real Barragón.

SINTESIS:

La Tercera Sala de lo Civil y Mercantil casa el fallo de mayoría de la Corte Superior de Quito, toda vez que se evidencia la indebida aplicación del Art. 953 del C.C., por cuanto, esta probada la posesión actual de la casa por el demandado; y, el contrato privado de promesa de compraventa es nulo de conformidad con el Art. 1597 del C. C. y no requiere de declaratoria de nulidad previa.

PRIMERA INSTANCIA

JUZGADO CUARTO DE LO CIVIL DE PICHINCHA. Quito, marzo 11 de 1999; las 9h00.

VISTOS: Gonzalo Luis Quevedo Chasi y Cleotilde Margarita Rengel Jiménez, consignando sus generales de ley, comparecen y dicen: Que el 5 de marzo de 1983 celebraron contrato de promesa de venta, estando aún casados, y prometieron dar en venta a Hernán Balseca Carrera y Teresa Real Barragón un lote de terreno de 200 m² desmembrado de otro de mayor extensión de su propiedad, ubicado en la parroquia Cotocollao y que lo adquirieran por escritura pública de 3 de mayo de 1974 ante el Notario Dr. Jaime Nolvos Maldonado e inscrita debidamente el 17 de junio del mismo año. El mencionado terreno tiene una superficie de 400 m². Que el precio pactado en la promesa fue de \$/ 665.000,00 que les fuera entregado en dinero efectivo a cambio de lo cual se libró una letra de cambio por el mismo valor, ya que es condición la celebración a la obtención del permiso

municipal para la desmembración. Que con este antecedente se entregó la posesión del lote a los indicados promitentes compradores y que se halla delimitado, así: norte, calle "H" con once metros de extensión; sur, propiedad de Manuel Alvarez con siete metros de extensión; este, propiedad de César Quevedo con veinticuatro metros de extensión; y, oeste, terrenos de su propiedad con veintidós metros de extensión. Que ante la imposibilidad de conseguir el permiso municipal, la venta no pudo concretarse siendo demandados ejecutivamente con la letra por parte de los promitentes compradores con su intransigencia de no recibir el dinero ni de devolver el terreno en que se hallan posesionados y de propiedad de los comparecientes. Que en base a lo expuesto, sentencia de amparo posesorio dictada por el señor Juez Décimo Tercero de lo Civil con fecha 9 de septiembre de 1985 y amparados en el Art. 897 del Código Civil, vigente, en juicio ordinario demandan la reivindicación de la posesión del lote tantas veces aludido y se disponga la restitución a su favor conforme manda la ley, condenando a los poseedores al pago de las costas, daños y perjuicios como los honorarios de su defensor. Aceptada a trámite la causa se manda a citar a los demandados, acto procesal que se lo cumple como consta de las actas de fojas 13 y 13 vuelta. A fojas 14 comparecen los encausados, quienes a más de señalar casillero para sus notificaciones, se excepcionan, así: Admiten haber suscrito el mencionado contrato de promesa de compraventa, haber pagado íntegramente el precio del bien en el que se hallan actualmente en posesión; haber realizado varias mejoras como: colocación del parquet, pavimentación del patio, colocación de mamparas de vidrio, puertas de hierro en el garaje y de la entrada al inmueble, colocación de puertas de madera y metálicas en los interiores de la casa, acabados, pintura, antepechos en la terraza, servicio higiénico, lavabo, terminación y acabados en una mediagua contigua a la casa principal, instalaciones eléctricas y de agua potable

en la mediagua, lavandería y otras mejoras que alcanzan al millón doscientos mil sucres. Que los actores han demorado las gestiones para la obtención del permiso municipal con el propósito de jamás realizar la escritura de venta del inmueble, siendo ellos los que han logrado esta autorización y, los actores, por más que han sido requeridos a través del Juzgado 2do. de lo Penal de Pichincha se han negado a firmar las escrituras a su favor cayendo en el campo del delito pues se han aprovechado de su dinero, les han obligado a realizar las mejoras para aprovecharse de ellas gratuitamente. Por lo que a) Niega el derecho de los actores a demandarlos por haber celebrado un contrato de promesa de venta en documento privado y no por escritura pública, lo que constituye un delito por lo que mal podría generar derechos para demandarlos y muy menos para la reivindicación del inmueble; b) La demanda es improcedente, porque en ella no se expresa de quién reivindicar el inmueble, pues ni siquiera se expresa en contra de quien va dirigida la acción; c) Falta de legítimos contradictores en lo que respecta a los demandados por lo expuesto en lo anterior; d) Niegan los fundamentos de hecho y de derecho de la acción propuesta y niegan estar obligados a entregar el inmueble a los actores; y, e) Subsidiariamente alegan la prescripción adquisitiva de dominio del inmueble. Reconvienen el pago de \$/ 665.000,00 que han pagado como precio del inmueble, los intereses de dicho capital desde la fecha de entrega y hasta la fecha en que les sea restituido con los intereses al máximo de las tasas legales de la expresada fecha y las que rigen a la devolución del dinero; el valor de las mejoras fijando la cuantía en dos millones de sucres de la reconversión. Trabada de esta forma la litis, y una vez que ha sido contestada la reconversión, son convocadas las partes a junta de conciliación, diligencia en que no se consigue este propósito y se declara la rebeldía de los actores. El Dr. Galo Iván Bastidas, legitima su intervención hecha a

nombre de los demandados, a fojas 62 de los autos. Abierta la causa a prueba. Evacuadas las solicitadas en término. Concluida la sustanciación, para resolver, se considera: **PRIMERO:** La demanda se ha sometido al trámite legal correspondiente (ordinario), en su curso se han observado las solemnidades ley, sin omisión, por lo que se declara la validez de lo actuado.

SEGUNDO: De conformidad con lo señalado en los Arts. 117 y 118 del Código de Procedimiento Civil, cada parte se halla obligada a producir prueba suficiente para robustecer sus pretensiones, excepción hecha de aquellas que por ley se presuman.

TERCERO: El tenor del Art. 953 del Código Civil, da el concepto de la reivindicación, al expresar: "La reivindicación o acción de dominio es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela." de la que se contraen los requisitos esenciales para el ejercicio de esta acción, así: calidad de dueño de la parte actora posesión actual de la parte demandada; y, singularización de la cosa raíz que se pretende. En la especie, con la copia de la escritura que corre del folio 4 al 10 del proceso, se ha justificado, en derecho que los actores, por compra a los cónyuges Manuel Álvarez Vizcaino y María Amalia Oña, mediante contrato suscrito el 3 de mayo de 1974, en la Notaría del Dr. Patricio Nalivos Maldonado e inscrita en el Registro de la Propiedad el 17 de junio del mismo año, son dueños del inmueble de cuatrocientos metros, setenta y dos decímetros, cuadrados, en la parroquia de Cotocollao perteneciente a la ciudad y cantón Quito de la provincia de Pichincha, raíz de la cual mediante contrato privado de promesa de venta, desmembrándolo han prometido a Hernán Balseca Carrera y Teresa Real Barragán, con fecha 5 de marzo de 1983, enajenarles doscientos metros cuadrados de terreno comprendidos dentro de estos linderos: norte, calle "H" en once metros de extensión; sur, propiedad de Manuel Álvarez, en siete metros de extensión; este, propiedad de César Quevedo, en veinticuatro metros de extensión; y, oeste, terreno de propiedad de los promitentes vendedores, en veintidós metros de extensión. Con respecto a la posesión, si bien los contendientes en forma individualizada, no han justificado este hecho, que no se lo ha contradicho sin embargo, de lo actuado y verificado en la inspección judicial, se conoce que

en la actualidad se hallan en posesión de la raíz que se reclama Hernán Oswaldo Balseca Carrera y Teresa Real Barragán; quienes además, al amparo de la promesa privada de compraventa, han ejecutado obras complementarias, desde el momento en que suscribieron el convenio privado hasta la fecha y en el estado en que el Juzgado encontró el inmueble al momento de la inspección judicial. En lo que tiene que ver con la singularización de la cosa raíz que se pretende, encontramos una marcada diferencia en cuanto a la orientación de los linderos, entre los determinados en el libelo de demanda que son los mismos que se detallan en el convenio privado de 5 de marzo de 1983 (fojas 10 y 10 vuelta), y los que señala el perito al presentar su informe (fojas 67 y 71); diferencia que en modo alguno puede enervar lo que jurídicamente se persigue, toda vez que se trata de la misma raíz de propiedad de los actores y que, en la actualidad, se halla en posesión de los demandados; habiendo, por tanto, el perito ejecutado labores de corrección en cuanto a la orientación geográfica de los linderos para, cabalmente, singularizar de mejor y exacta forma a la raíz. Así mismo, la diferencia con relación a la cabida, de 200 m², determinados en la demanda y convenio privado; de 197 m², señalados por el perito y, de 201,37 m², como resultado de la semi suma de las bases por la semi suma de las alturas, tampoco enervarían la finalidad que persigue la acción, porque el suscrito ha podido apreciar el hecho de tratarse de la misma cosa controvertida cuya situación jurídica se ha sometido para resolución; y, que además, ha sido fácil su identificación puesto que sus linderos no alteran los propios ni los linderos de los colindantes.

CUARTO: Si el contrato de promesa de venta, como así lo señala el Art. 1597 del Código Civil, debe constar por escrito y por escritura pública (Nro. 1), aludido al contestar la demanda y cuyo requerimiento judicial, se lo ha hecho a través del Juzgado Segundo del lo Penal de este Distrito (fojas 37 a 43), consta de documento privado; al haberse omitido la formalidad exigida por la Ley, al tenor del Art. 1725 del Código Civil, dicho documento es nulo y no produce obligación legal alguna en lo absoluto. Sin embargo y pese a la norma contenida en el Art. 13 del Código que hacemos uso, los contendientes lo han celebrado, convirtiéndose el mismo en documento probatorio de la mala fe, no de uno de los contratantes,

sino de los dos; situación que releva al suscrito el calificar la posesión de los demandados, en razón del origen de la misma. **QUINTO:** Los demandados, amparados en un documento que no tenía valor alguno, por su cuenta y recursos, han procedido a introducir mejoras y obras complementarias para su comodidad y beneficio personal; pues, por la posesión que ejercen se encuentran haciendo uso de ese bien al habitar en el; sin que se pueda presumir el consentimiento de los dueños de la raíz para su ejecución. Obras y posesión que desde el punto de vista de la prescripción, también alegados por ellos, les respaldaría el adquirir la raíz, ya por no haber transcurrido el tiempo previsto por el Art. 2435 del Código Civil, ya también porque la accesión operada, de mueble a inmueble (Arts. 703, 704 C. Civil), no les asegura ni expectativas de dominio sino el derecho a que se les reconozca el valor invertido en las mismas. Además, porque al retirarlas, causarían detrimento al inmueble. **QUINTO:** (Sic). Como el instrumento que originó esta controversia es nulo y por lo mismo sin valor alguno; sin embargo, de hecho los actores por el mismo han recibido la suma de S/. 665.000,00 y los demandados han entrado en posesión de la raíz y frente a la pretensión legítima de los dueños, de recuperar su inmueble. Unos y otros se han beneficiado mutuamente, por lo que nada habría que reconocérseles en concepto de prestaciones mutuas. Por las consideraciones anotadas y reconocido el derecho de los actores, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY**, desechándose las excepciones y parte de la reconvencción, se acepta la demanda y se dispone que **HERNAN BALSECA CARRERA y TERESA REAL BARRAGAN**, luego de noventa días contados a partir de la fecha en que cause ejecutoria esta sentencia, en forma inmediata procedan a entregar a Gonzalo Luis Quevedo Chasi y Cleotilde Margarita Rengel Jiménez el inmueble objeto de la demanda y reivindicación; debiendo, los actores, por su parte, pagar a los demandados, en concepto de las mejoras y obras de complemento realizados por ellos, dentro del mismo plazo, la suma de S/. 961.952,00 juntamente con los S/. 665.000, 00 recibidos a la fecha de celebración del convenio nulo, sin intereses; los que correrán si, a partir de la mora si se incumpliere lo dispuesto en esta sentencia. Con costas. En ochenta mil su-

eres se regulan los honorarios de los profesionales que actuaron a nombre de los actores, debiendo cubrirse S/. 15.000,00 para el Dr. Olmedo Bermeo, S/. 20.000,00 para el Dr. Gerardo Guarderas y en S/. 45.000,00 para el Dr. Carlos H. González. Notifíquese.

I) Dr. Mario Ruiz Estrella.

SEGUNDA INSTANCIA

CORTE SUPERIOR DE QUITO SEGUNDA SALA DE CONJUECES. Quito, a 15 de mayo de 1998; las 10h00.

VISTOS: Avoco conocimiento de la presente causa. Gonzalo Luis Quevedo Chasi y Cleotilde Margarita Rengel Jiménez, comparece a fojas 1 del proceso y manifiesta que: En esta ciudad de Quito, el 5 de marzo de 1983 celebraron un contrato de promesa de compraventa, por el cual los comparecientes, que en esa época mantenían unión marital se comprometieron a dar en venta a los cónyuges Hernán Balseca Carrera y Teresa Real Barragán, un lote de terreno de una superficie de 200 metros cuadrados, desmembrando del de mayor superficie que son propietarios, situado en la parroquia de Cotocollao, y que lo adquirieron mediante escritura pública otorgada el 3 de mayo de 1974, ante el Notario doctor Jaime Nollivos Maldonado, inscrita en el Registro de la Propiedad, el 17 de junio del mismo año. El lote del cual son propietarios, de una superficie total de 400 metros cuadrados. El precio que se pactó en la promesa de compraventa fue de S/. 665.000,00, que le fue pagado por los promitentes compradores, en dinero en efectivo, a cambio de lo cual se giró una letra de cambio por el mismo valor, para garantizar ese dinero; pues se impuso la condición de que se debía conseguir el permiso municipal, para efectuar la desmembración del lote de terreno que sería objeto del contrato principal. Que con estos antecedentes se entregó la posesión del lote a los promitentes compradores, dentro del inmueble de mayor extensión, el mismo que está delimitado dentro de los siguientes linderos: por el norte, calle "M" con once metros de extensión; por el sur, propiedad de Manuel Alvarez con siete metros de extensión; por el este, propiedad de César Quevedo con veinte y cuatro metros de extensión; y, por el oeste terrenos de su propiedad con veinte y dos metros de extensión. Que ante la imposibilidad de conseguir el permiso mu-

nicipal la venta no pudo concretarse, siendo demandados ejecutivamente con la letra de cambio por parte de los promitentes compradores; con su intransigencia de no recibir el dinero ni de devolver el terreno que se hallan posesionados y de propiedad de los comparecientes. Que en base a lo expuesto y toda vez que el señor Juez Décimo Tercero de lo Civil de Pichincha mediante sentencia del 9 de septiembre de 1985, dicta amparo de posesión a favor de Hernán Balseca Carrera y Teresa Real Barragán y amparados en el artículo 97 del Código Civil vigente, en juicio ordinario, demandan la reivindicación de la posesión del lote de terreno tantas veces aludido y se disponga la restitución a su favor conforme manda la ley, condenando a los poseedores al pago de las costas, daños y perjuicios como los honorarios de su defensor. Citados legalmente los demandados, a fojas 14 del cuaderno de primera instancia proponen excepciones como también reconviene a los demandantes a la devolución de los S/. 665.000,00 que pagaron como precio del inmueble, los intereses de dicho capital, y el valor de las mejoras realizadas en el inmueble y que se liquidarán pericialmente, esto es el valor de los materiales, y mano de obra empleados en las mejoras y adecuaciones de la casa y media agua existentes: La cuantía de la reconvencción pasa de los dos millones de sucres. Trabada la litis y tramitada la causa, el señor Juez Cuarto de lo Civil de Pichincha, dicta sentencia desechando las excepciones y parte de la reconvencción, se acepta la demanda y se, dispone que Hernán Balseca Carrera y Teresa Real Barragán, luego de 90 días contados a partir de la fecha en que cause ejecutoria esta sentencia, en forma inmediata procedan a entregar a Gonzalo Luis Quevedo Chasi y Cleotilde Margarita Rengel Jiménez el inmueble objeto de la demanda y reivindicación; debiendo los actores por su parte, pagar a los demandados, en concepto de las mejoras y obras de complemento realizados por ellos, dentro del mismo plazo, la suma de S/. 961.952,00 juntamente con los S/. 665.000,00 recibidos a la fecha de celebración del convenio nulo sin intereses los que correrán si, a partir de la mora si se incumpliere lo dispuesto en esta sentencia. Con costas. En S/. 80.000,00 se regulan los honorarios de los profesionales que actuaron a nombre de los actores. De esta resolución recurren los demandados ante el Su-

perior por lo que se concede. Siendo el estado de la causa para resolver se considera: **PRIMERO:** El proceso es válido, así se lo declara, pues no se ha omitido solemnidad sustancial alguna que pueda influir en la decisión. **SEGUNDO:** Por lo prescrito en el Art. 953 del Código Civil "La Reivindicación o acción de dominio, es la que tiene el dueño de una cosa singular de que no está en posesión para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela". Del texto de esta disposición legal se colige que son tres los requisitos para que proceda la reclamación reivindicatoria, a saber: a) Que el actor sea el dueño del bien reclamado; b) Que la cosa reclamada esté en posesión del actual demandado; y, c) Que la cosa reclamada sea singularizada. **TERCERO:** En el presente caso de autos aparece lo siguiente: 1) Que los actores han justificado ser propietarios del bien inmueble mencionado en el libelo inicial con la escritura pública que obra de fojas 3 a fojas 9 del proceso; a la fecha de presentación de la demanda; sin embargo de que, con posterioridad; con fecha 11 de enero de 1991, mediante escritura pública otorgada ante el Notario Décimo Cuarto del cantón Quito, inscrita el 28 de enero de 1991, ante el señor Registrador de la Propiedad del cantón Quito y que obra de fojas 70 a 76 del segundo cuaderno de esta instancia y certificado del Registrador de la Propiedad de fojas 94 aparece que los demandantes Gonzalo Luis Quevedo Chasi y Cleotilde Rengel, dan en venta a favor de Lidia Emérita Rengel Jiménez la totalidad del lote que son propietarios, en el que se incluyen el que se pretende reivindicar mediante este proceso; es decir que, a partir de esa fecha dejaron de ser propietarios; "Lautent dice: Reivindicar es ejercer el Derecho de Propiedad; el propietario pone mano en cosa que pretende que es la suya; y la propiedad supone una cosa determinada sobre la cual el dueño tiene el poder absoluto de disposición; luego la reivindicación tiene por objeto una cosa cierta determinada". No aparece cesión o entrega de los derechos litigiosos en favor de la actual propietaria; por lo que, de proceder la reivindicación, ya no sería a favor de los demandantes pues han dejado de tener la calidad de propietarios. 2) De fojas 10 aparece el contrato privado de promesa de venta suscrito entre los actores Margarita Rengel de Quevedo y Luis Quevedo Chasi en calidad de promitentes vendedores y los cónyuges Hernán Balseca

Carrera y Teresa Real Barragán en calidad de promitentes compradores; en el cual, los propietarios prometen dar en real venta y perpetua enajenación en favor de los promitentes compradores un lote de terreno de una superficie de 200 metros cuadrados desmembrando del de mayor superficie situado en la parroquia Cotocollao. Que el precio de la venta se estableció en la suma de S/. 665.000,00 que los promitentes compradores han pagado en su totalidad; con la condición de que las escrituras definitivas se realizarán una vez obtenido el permiso para la desmembración por parte del Ilustre Municipio de Quito. En este contrato privado no se establece que se entregará la posesión en favor de los promitentes compradores. El segundo requisito para que proceda la reivindicación como se deja anotado, es que la cosa reclamada esta en posesión actual del demandado; hecho que no se ha probado o justificado debidamente en el proceso; no obstante que al excepcionarse los demandados alegan posesión; ni por el hecho de la sentencia emitida por el Juez Décimo Tercero de lo Civil, cuando otorga el amparo de posesión en favor de los demandados; pues los hechos no pueden ser cambiados subjetivamente por las partes y "loca al juzgador ubicar el problema legal en su justa posición". Existe entre las partes el contrato privado de promesa de compraventa del inmueble objeto de este proceso, y los actores han recibido el precio pactado y los demandados han recibido LA TENENCIA del inmueble con la expectativa de celebrar la escritura pública respectiva. La posesión implica que alguien tenga el bien con ánimo de señor y dueño; y los demandados reconocen que los actores son propietarios del bien raíz, y se deduce que ellos son meros tenedores por la promesa de venta; el Art. 740 del Código Civil dice: "Se llama mera tenencia la que se ejerce sobre una cosa no como dueño sino en lugar o a nombre del dueño". Por tanto es aplicable esta norma a todo aquel que tiene una cosa con reconocimiento del dominio ajeno como lo ha hecho los demandados con la promesa de compraventa privada, por lo que queda claro que éstos se encuentran en tenencia del inmueble y por tanto ejercen la posesión a nombre de los actores, ya que no se han acomodado con ánimo de hacerlo suyo con acciones de hecho, fuerza o violencia, sino mediante el referido contrato de promesa de compraventa. Los accionantes explícitamente re-

conocen en su libelo inicial, que ofrecieron dar en real venta y enajenación el lote, lo que no fue cumplido, "ante la imposibilidad de conseguir el permiso Municipal". Es de anotar que esta afirmación cae por su propio peso, pues de fojas 42 y 43 del cuaderno de primera instancia, obra la autorización de desmembración otorgada por el Alcalde de San Francisco de Quito; obtenida por los promitentes compradores; de lo que se colige que los promitentes vendedores nada hicieron para dar cumplimiento con el contrato, antes por el contrario, ni una vez cumplida la condición celebraron las escrituras de venta. Es más obran las copias certificadas del juicio penal propuesto por los demandados en contra de los actores de este juicio, en que se les llama a juicio plenario. Ratificando, la acción no se ha dirigido contra un poseedor sino contra un promitente comprador que recibió la cosa con la expectativa de realizar un contrato de compraventa en lo posterior. La propia demanda demuestra la improcedencia del presente litigio y no puede admitirse que trate de reivindicar quién hizo entrega voluntaria del inmueble de su propiedad sin que previamente no se resuelva sobre la validez o nulidad del contrato de promesa de venta o resolución del convenio. Entonces los demandados tienen el inmueble a nombre de los actores y esta tenencia es de buena fe en tal virtud los demandados en esta acción reivindicatoria no son poseedores sino promitentes compradores que reconocen dominio ajeno y "el decurso del tiempo no cambia la situación jurídica de mera tenencia a posesión" de conformidad con lo estatuido en el Art. 750 del Código Civil. Al punto, que el distinguido jurista doctor Victor Manuel Peñaherrera dice "El Derecho Romano consagra el axioma que nadie puede cambiar por si mismo ni por el transcurso del tiempo la causa y naturaleza de la posesión. El que posee a nombre ajeno no puede convertirse en poseedor a nombre propio". Es verdad que la promesa de venta por escritura privada es nula por no reunir los requisitos del Art. 1597 del Código Civil, pero esto debe ser declarado por juez competente. No puede dejarse de considerarse que por ese mecanismo los cónyuges demandantes dieron la tenencia del inmueble a los cónyuges demandados. Para abundar en razonamientos, de que los demandados mantienen la mera TENENCIA, consta de la escritura pública de venta referida, a nombre de Lidia

Emérita Rengel, en la cláusula séptima en que los vendedores entregan a la compradora el dominio y la posesión, que de no haberla tenido no hubieran podido transferir. En conclusión, no existe la posesión que requiere el Art. 953 del Código Civil sino mera tenencia; por lo que la acción reivindicatoria resulta improcedente y no puede admitirse que trate de reivindicar quién hizo entrega voluntaria del inmueble de su propiedad e incluso recibió el precio; en este sentido existe varias sentencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia; a saber: Juicio Terán-Benavides, sentencia de 13-XI-91; Juicio Vásquez-Guisha, sentencia de 25-IX-91; Juicio Montúfar-López, sentencia de 21-X-91, entre otras; sin existir motivos de más análisis. Por estas consideraciones, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY**, se revoca la sentencia venida en grado y se desecha la demanda por improcedente. Sin costas. Notifíquese.

I) Drs. Andrés Gangotena Guarderas V. S., Conjuez Permanente.- Wladimir Jhaya, Conjuez Permanente.- Luis Aguilar, Conjuez Permanente.

**VOTO SALVADO DEL DOCTOR
ANDRÉS GANGOTENA
GUARDERAS**

CORTE SUPERIOR SEGUNDA SALA DE CONJUECES. Quito, mayo 15 de 1998; las 10h00.

VISTOS: Gonzalo Luis Quevedo Chasi y Cleotilde Margarita Rengel Jiménez comparecen a fojas 1 del proceso y manifiestan: Que, en esta ciudad de Quito el 5 de marzo de 1983 celebraron un contrato de promesa de venta por el cual los comparecientes que en esa época mantenían una unión marital se comprometieron dar en venta a los cónyuges Hernán Balseca Carrera y Teresa Real Barragán un lote de terreno de una extensión de 200 metros cuadrados desmembrado de uno de mayor superficie, situado en la parroquia de Cotocollao, y que lo adquirió la ex-sociedad conyugal mediante escritura pública otorgada el 3 de mayo de 1974 ante el Notario Dr. Jaime Nolivos Maldonado, debidamente inscrita el 17 de junio del mismo año. El lote en referencia tiene una extensión de 400 metros cuadrados. El precio que se pactó en la mentada promesa de compraventa fue de S/. 665.000,00 que se les entregó en dine-

ro efectivo a cambio de lo cual se giró una letra de cambio por el mismo valor, ya que se puso una condición especial de que se debía conseguir el permiso municipal para efectuar la desmembración del terreno que sería objeto del contrato principal. Que, con estos antecedentes se entregó la posesión del lote a los promitentes compradores dentro del inmueble de mayor extensión, el mismo que está delimitado dentro de los siguientes linderos: Por el norte, calle "H" con once metros de extensión; por el sur, propiedad de Manuel Alvarez con siete metros de extensión; por el este, propiedad de César Quevedo con veinte y cuatro metros de extensión; y, por el oeste, terrenos de su propiedad con veintidós metros de extensión. Que ante la imposibilidad de conseguir el permiso municipal, la venta no pudo concretarse, siendo demandados ejecutivamente con la letra de cambio por parte de los promitentes compradores con su intransigencia de no recibir el dinero ni de devolver el terreno en que se hallan poseionados y de propiedad de los comparecientes. Que en base a lo expuesto y toda vez que el señor Juez Décimo Tercero de lo Civil de Pichincha mediante sentencia del 9 de septiembre de 1985 dicta amparo de posesión a favor de Hernán Balseca Carrera y Teresa Real Barragán, y amparados en el Art. 897 del Código Civil, vigente, en juicio ordinario demandan la reivindicación de la posesión del lote de terreno tantas veces aludido y se disponga la restitución a su favor conforme manda la ley condenando a los poseedores al pago de las costas, daños y perjuicios como los honorarios de su defensor. Citados los demandados, a fojas 19 de primera instancia proponen excepciones como también reconviene a los demandantes a la devolución de los \$ 665.000,00 que pagaron como precio del inmueble, los intereses de dicho capital y el valor de las mejoras realizadas en el inmueble y que se liquidarán pericialmente, esto es, el valor de los materiales y mano de obra empleados en las mejoras y adecuaciones de la casa y media agua existentes. La cuantía de la reconvencción pasa de los dos millones de sucres. Trabada la litis y tramitada la causa, el señor Juez Cuarto de lo Civil de Pichincha, dicta sentencia desechando las excepciones y parte de la reconvencción, se acepta la demanda y se dispone que Hernán Balseca Carrera y Teresa Real Barragán, luego de 90 días contados a partir de la fecha que cause ejecu-

toría esta sentencia, en forma inmediata procederán a entregar a Gonzalo Luis Quevedo Chasi y Cleotilde Margarita Rengel Jiménez el inmueble objeto de la demanda y reivindicación; debiendo los actores, por su parte pagar a los demandados, en concepto de las mejoras y obras de complemento realizados por ellos, dentro del mismo plazo, la suma de \$ 961.952,00 juntamente con los \$ 665.000,00 recibidos a la fecha de celebración del convenio nulo, sin intereses, los que correrán si, a partir de la mora si se incumpliere lo dispuesto en esta sentencia. Con costas. En ochenta mil sucres se regulan los honorarios de los profesionales que actuaron a nombre de los actores, debiendo cubrirse \$ 15.000,00 para el doctor Olmedo Bermeo, \$ 20.000,00 para el doctor Gerardo Guarderas y en \$ 45.000,00 para el doctor Carlos H. González. De esta resolución recurren los demandados ante el Superior, por lo que se le concede. Siendo el estado de la causa, para resolver, se considera: **PRIMERO:** El proceso es válido así se lo declara, pues no se ha omitido solemnidad sustancial alguna que pueda influir en la decisión de la misma. **SEGUNDO:** Por lo prescrito en el Art. 953 del Código Civil. "la reivindicación o acción de dominio es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela". Del texto de esta disposición legal se colige que son tres los requisitos para que proceda la reclamación reivindicatoria, a saber: a) Que el actor sea el dueño del bien reclamado; b) Que la cosa reclamada esté en posesión actual del demandado; y, c) Que la cosa reclamada sea singularizada. **TERCERO:** En el presente caso de autos aparece siguiente (Sic): 1) Que los actores han justificado ser propietarios del bien inmueble mencionado en el libelo inicial y que pretenden reivindicar con la escritura de fojas 3 a 9 y más aún los demandados al proponer la reconvencción e incluso alegan subsidiariamente la prescripción adquisitiva de dominio, esto es, que están reconociendo esta calidad de propietarios a los demandantes de lote de terreno y casa que pretenden prescribir; 2) Son los demandados quienes se encargan de probar lo aseverado por los actores, pues al dar contestación a la demanda (fojas 14) reconocen que se encuentran en posesión de la casa y terreno materia de la controversia; y, 3) Se encuentra comprobado la singularidad del bien materia de la de-

manda, pues se encuentra debidamente identificado con la inspección judicial e informes periciales de fojas 67 a 71 de primera instancia y de fojas 41 a 49 del segundo nivel; en consecuencia, habiendo reunido los requisitos establecidos en el artículo antes mencionado, los actores han justificado la procedencia de la acción reivindicatoria. **CUARTO:** Las partes han presentado contrato de promesa de venta de un lote de terreno con una extensión de 200 metros cuadrados, desmembrado del de mayor superficie situado en la parroquia de Cotocollao de propiedad de los actores Gonzalo Luis Quevedo y Cleotilde Margarita Rengel Jiménez (fojas 10 y 40). **QUINTO:** Ahora bien, de acuerdo a lo establecido en el inciso primero del Art. 1597 que estatuye "la promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna; salvo que concurren las circunstancias siguientes: 1ro.) que la promesa conste por escrito y por escritura pública, cuando fuere de celebrar un contrato para cuya validez se necesite de tal solemnidad, conforme a las disposiciones de este Código". En el presente caso, el contrato de promesa de venta del inmueble antes mencionado, debía celebrarse cumpliendo con las formalidades legales, esto es, mediante escritura pública, al no haberse procedido de esta manera, esta no tiene valor legal y no procede, por tanto no genera derechos. Este ha sido el criterio de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, en numerosos fallos, uno de ellos el publicado en el G. J. N° 15 Serie Décima Segunda. **SEXTO:** Los demandados reconviene a los actores el pago de los \$ 665.000,00 que pagaron como precio del inmueble materia de este juicio, más los intereses desde la fecha del 5 de marzo de 1983, día de la celebración de la promesa de venta, así como el valor de las mejoras realizadas, esto es, el valor de los materiales y la mano de obra empleados en mejoras y adecuaciones de la casa y media agua existentes. Al respecto, al haber relación a la prestaciones mútuas, es necesario anotar lo siguiente: "Alessandri y Somarriva dice: Terminado el juicio reivindicatorio y vencido el demandado, tiene lugar las prestaciones mútuas, llamándose así a los hechos y pagos que recíprocamente deben realizar uno a favor de otro, esto es, reivindicador y poseedor vencido". En el presente caso, son los propios actores quienes aceptan haber recibido los \$ 665.000,00 en dinero efectivo a su vez los promitentes

compradores han entrado en posesión del bien inmueble desde el 5 de marzo de 1983, fecha de la celebración del contrato privado, por lo que se acepta la devolución de dicha cantidad sin intereses. En cuanto se relaciona al pago de las mejoras en la casa materia del litigio, se observa, mediante la inspección judicial realizada por el Juzgado de origen, constantes de fojas 62 vuelta a 71 de primera instancia, y de fojas 41 a 44 de este nivel, aparece que los demandados han realizado varias mejoras, como colocación del parquet, pavimentación del patio, colocación de mamparas de vidrio, terminación y acabados de una media agua contigua a la casa principal, por lo que se reconoce el valor de \$/ 3'377.000,00, es decir, se tomará en cuenta el informe elaborado por el Arq. Hugo Arturo Terán, el mismo que obra de fojas 102 a 107 de segunda instancia, en consideración al tiempo transcurrido, esto es, desde el inicio de esta acción, por tanto, es justo que se debe actualizar el valor de las mejoras, además se tendrá en cuenta lo dispuesto en el Art. 972 del Código Civil estos gastos deben abonar los actores a los demandados vencidos por haber estado de buena fe. Por lo expuesto, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY**, se confirma la sentencia venida en grado, con la única reforma, en cuanto se dispone que los actores deben pagar a los demandados la cantidad de \$/ 3'377.000.00 conforme a la cláusula sexta de esta resolución. Con costas. Notifíquese.

l) Drs. Andrés Gangotena Guarderas, Conjuez Permanente.- Wladimir Jhaya, Conjuez Permanente.- Luis Aguilar, Conjuez Permanente.

RESOLUCION DEL RECURSO DE CASACION

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA TERCERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL. Quito, 14 de mayo de 1999. Las 10h00.

VISTOS: Margarita Cleotilde Rengel Jiménez interpone recurso de casación contra el fallo de mayoría pronunciado por la Segunda Sala de Conjuces de la H. Corte Superior de Quito, dentro del juicio ordinario que ella sigue contra Hernán Balseca Carrera y Teresa Real Barragán; fallo que revoca el de primer nivel que, desechando las excepciones y parte de la reconvencción acepta la demanda, disponiendo que los

demandados entreguen a Gonzalo Luis Quevedo Chasi y Margarita Cleotilde Rengel Jiménez el inmueble materia de la reivindicación, y ordenando que los actores paguen el valor de las mejoras, junto con la suma recibida por concepto del convenio nulo (se refiere al contrato de promesa de compraventa celebrado entre ellos). La recurrente considera infringidos los Arts. 10, 953, 1486, 1597, 1724, 1725 y 1791 del Código Civil y el Art. 278 del Código de Procedimiento Civil. Invoca la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación. Teresa Real, por sus propios derechos y como procuradora común de Hernán Balseca, contestó en los términos del escrito que obra a fojas 3 de los autos, en el que manifiesta que el recurso lo interpone exclusivamente Margarita Cleotilde Rengel Jiménez por sus propios derechos, cuando ella demandó también como apoderada de Gonzalo Luis Quevedo Chasi. Con estos antecedentes, para resolver se considera: **PRIMERO:** El recurso de casación interpuesto por uno solo de los actores, como ha ocurrido en este caso, no obsta a su procedencia, porque como sostiene De la Plaza; la casación no conlleva conflicto entre las partes sino una lucha entre la sentencia misma y el recurso que la combate (pág. 366). Con dicho tratadista coincide Humberto Murcia Ballén: "De lo cual se sigue que en estos casos de litis consorcio, ora sea necesario o ya facultativo, cualquiera de los litis consortes, aún independientemente de los demás que ocupan su misma posición en el proceso, esta en capacidad de interponer la casación contra la sentencia que se dicte, siempre que al fallo sea perjudicial para él." (recurso de casación civil, Pág. 201) **SEGUNDO:** En el considerando tercero del fallo de mayoría sostienen los señores Ministros que..."El segundo requisito para que proceda la reivindicación como se deja anotado, es que la cosa reclamada esté en posesión actual del demandado; hecho que no se ha probado o justificado debidamente en el proceso; no obstante que al excepcionarse los demandados alegan posesión; ni por el hecho de la sentencia emitida por el Juez Décimo Tercero de lo Civil, cuando otorga el amparo de posesión en favor de los demandados..."; lo cual comporta indebida aplicación del Art. 953 del Código Civil, que es una de las normas invocadas por la recurrente: "La reivindicación o acción de dominio es la que tiene el dueño de una cosa

singular, de que no esta en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela", pues, si como dice el fallo los propios demandados alegan posesión e inclusive han obtenido el amparo de la misma, ya no puede discutirse el cumplimiento de ese requisito. A ello se suma que los demandados alegan subsidiariamente la prescripción adquisitiva de dominio. La circunstancia de que ellos hayan realizado varias mejoras en el inmueble, justificadas y valoradas en autos, corrobora la posesión de los mismos. A propósito es oportuno recordar el Art. 117 del Código de Procedimiento Civil: Es obligación del actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio, y que ha negado el reo."

TERCERO: En cuanto a la promesa de compraventa celebrada entre las partes, no produce obligación alguna, por expreso mandato legal, al no haberse otorgado por escritura pública, sin que se requiera declaratoria de nulidad, como sostiene la sentencia impugnada, la que, por consiguiente, ocurre en aplicación indebida del Art. 1597 del propio Código, que también fundamenta el recurso interpuesto. La jurisprudencia corrobora el particular: "Para que proceda demandar la nulidad de un contrato, debe presuponerse, necesariamente, que tal contrato existe legalmente. En el presente caso, si la ley exige que el contrato de promesa de venta se ha de celebrar por escritura pública y, contraviniendo esta norma, se ha convenido solo en una promesa verbal, esta no produce obligación legal alguna, carece de existencia y, por lo mismo, es antijurídico, demandar la nulidad de un contrato inexistente. ...La promesa verbal de vender un inmueble, cuando tal promesa no consta de escritura pública, no surte ningún efecto; no hay contrato ni obligación que provenga de ella. Se trataría de una obligación meramente natural porque procede de un acto al que le falta la solemnidad que la ley exige para que surta efectos civiles, y, las obligaciones naturales, no confieren derecho para exigir su cumplimiento." (18.VII-73 G.J. S. XII. N° 3, Pág. 601-602). **CUARTO:** Del contexto del escrito de interposición el recurso se viene en conocimiento de que, aunque no lo menciona, se funda también en la causal tercera del Art. 3 de la ley de la materia. La doctrina acepta el particular, cuando dice: "Consideramos correcta, por ejemplo, la interpretación dada a una demanda que decía basarse en el motivo 2do., pero cuyos

fundamentos manifestaban a las claras que se trataba de la causal 1ª del Art. 520 del G. J. (sentencia del 29 de octubre de 1937, Tomo 46, Pág. 204 y ss.) Un error de esta clase no obsta para la correcta presentación del recurso, si en la demanda se expresaron nitidamente los conceptos y razonamientos que permitan concluir que la causal alegada es distinta de la enunciada." (Recurso de Casación, Alvaro Pérez Vives, Pág. 144). Y, QUINTO: El voto salvado emitido por el conjuer permanente Dr. Andrés Gangotena Guarderas coincide con el criterio de esta Sala, Por lo expuesto, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY**, se casa la sentencia materia del recurso de casación y en conformidad con los antecedentes que quedan expresados, de los que se desprende, en suma, que se han justificado los tres requisitos que configuran la acción de dominio, así como la nulidad del contrato de promesa de compraventa celebrado entre los litigantes, en coincidencia con el voto salvado emitido por el conjuer permanente de la Segunda Sala de la Corte Superior de Quito, Dr. Andrés Gangotena Guarderas, que ratifica la sentencia de primer nivel con la reforma relativa al valor que los actores deben pagar a los demandados, se confirma dicho fallo con la misma reforma, por encontrarla ajustada a la realidad procesal. Notifíquese.

f) Drs. Armando Bermeo Castillo.- Rodrigo Varea Avilés.- Estuardo Hurtado Larrea.

AMPLIACION

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. TERCERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL. Quito, 26 de enero de 2000. Las 10h00.

VISTOS: La sentencia pronunciada por la Sala, no ha dejado punto alguno por resolver de modo que no tiene fundamento la ampliación solicitada por Teresa Real, razón por la cual se la deniega. Notifíquese.

f) Drs. Armando Bermeo Castillo.- Rodrigo Varea Avilés.- Estuardo Hurtado Larrea.

ACLARACION

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. TERCERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL. Quito, 11 de febrero de 2000. Las 10h00.

VISTOS: El Art. 295 del Código de Procedimiento Civil prescribe que: "Concedida

o negada la revocación, aclaración, reforma o ampliación, no se podrá pedir por segunda vez". En armonía con tal norma legal, la jurisprudencia se ha pronunciado en el sentido de que: "Concedida o negada una cualquiera de las cuatro peticiones que la parte puede hacer sobre una providencia, a saber: revocatoria, reforma, ampliación o aclaración, ya no puede pedirse ninguna de ellas con posterioridad. Ningún juicio terminaría jamás, si después de concedida la revocación, se pudiera solicitar la reforma y concedida o negada esta se pudiera pedir la aclaratoria o después la ampliación. El litigante debe estudiar cuales de estas medidas debe solicitar para pedir las conjuntamente o unilateralmente, si solo se resuelve por una de ellas". (Colección Puig, Ejecutivo Dr. Germán Maridueña contra Guillermo Ramos Sept. 30, 1966, 1ra. Sala Corte Suprema). Tal precepto legal y el criterio jurisprudencial transcrito son perfectamente aplicables al presente caso, en que Teresa Real por sus propios derechos y como Procuradora Común de Hernán Balseca, torna a solicitar nuevamente que se aclare la sentencia del 14 de mayo de 1999. Por tanto, los demandados se encontraban impedidos de insistir en el particular, razón por la cual se rechaza tal pretensión. Notifíquese.

f) Drs. Armando Bermeo Castillo.- Rodrigo Varea Avilés.- Estuardo Hurtado Larrea.

II

RESOLUCION Nº 386-99
JUICIO Nº 128-98

Juicio verbal sumario que, por oposición de inscripción de marca de fábrica sigue Dormeuil Freres S. A. contra Carlos Chiriboga Becdach.

SINTESIS:

La Tercera Sala de lo Civil y Mercantil deniega el recurso interpuesto, toda vez que no se halla probada ninguna de las causales invocadas, de indebida aplicación o errónea interpretación.

PRIMERA INSTANCIA

JUZGADO DÉCIMO TERCERO DE LO CI-

VIL DE PICHINCHA. Quito, julio 5 de 1994, las ocho horas.

VISTOS: El Dr. Bernardo Tobar Carrión como apoderado especial de Dormeuil Freres S. A., comparece ante el señor Director Nacional de la Propiedad Industrial y presenta formal demanda de oposición al registro de la marca de fábrica Dormel y Diseño característico, solicitada por Carlos David Chiriboga Becdach. Dice que su representada es propietaria de la conocida y prestigiosa marca de fábrica Dormeuil, inscrita bajo el número 80 de 1955 y renovada sucesivamente desde entonces, habiéndose renovado por última vez bajo el N° 788 de 1991. El demandante agrega que la marca, a cuyo registro se opone, tiene semejanzas gráficas y fonéticas con aquella de la cual es titular su representada, que las dos marcas están destinadas a proteger productos comprendidos dentro de la misma clase internacional, que Dormeuil goza de prestigio y notoriedad y que, de aceptarse el registro de Dormel y diseño se induciría a confusión entre el público consumidor. Según el accionante la marca Dormel y Diseño no es distintiva, induce a engaño al público consumidor y a los medios comerciales, afecta los derechos de su representada y aprovecha la notoriedad y prestigio de que goza la marca que pertenece la Sociedad poderdante, produciéndose, con ello, un acto de competencia desleal. Fundada en lo que disponen los artículos 56, 58, 66 y 72 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, 19 y 23 de la Ley de Marcas de Fábrica y 3 Inc. 1 del Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, pide expresamente que se rechace el registro de la marca de fábrica Dormel y Diseño Característico, reclama costas, daños y perjuicios. Dentro de término Carlos David Chiriboga Becdach presenta dos escritos, el uno el 27 de marzo de 1992 y el segundo el 16 de abril de 1992 (fojas 20 y 2). No obstante, antes de que venciera el término de sesenta días concedido mediante providencia de 14 de febrero de 1992, notificada el 25 de febrero de 1992, el Director de Propiedad Industrial emitió el decreto de 1 de abril de 1992 (fojas 18) disponiendo que continúo el trámite del expediente, antes de que se presentara el segundo escrito. Esta actitud apresurada de la dependencia administrativa no afecta el valor de la contestación que, en forma más amplia y dentro del ámbito administrativo, realizara el demandado en el escrito de

Anexo 6

SENTENCIA

Reyes y Otros vrs. Aguilar

SALA DE LO CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: Antiguo Cuscatlán, a las ocho horas trece minutos del día ocho de agosto de mil novecientos noventa y siete.

Vistos en casación de la sentencia definitiva pronunciada por la Cámara de lo Civil de la Primera Sección de Occidente, a las diez horas del día veinticuatro de septiembre de mil novecientos noventa y tres, en el recurso de apelación del juicio civil ordinario de nulidad de escritura pública de compraventa, promovido en el Juzgado Tercero de lo Civil del municipio de Santa Ana, por los doctores Mario Castaneda Valencia y Ramón Antonio Magaña como apoderados de la señora Herlinda del Tránsito Reyes Olivares, conocida por Herlinda Tránsito Reyes, y posteriormente seguido por los mismos abogados como apoderados de la señora María Clelia Reyes de Koehler conocida por Clelia Reyes de Koehler y Clelia Koehler, Antonio Reyes Rivas conocido por Antonio Reyes, Dora Alicia Reyes de Bonilla conocida por Dora Reyes de Bonilla, contra la señora Paulina Aguilar.

Han intervenido en primera y segunda instancia los mencionados doctores Castaneda Valencia y Magaña, en los conceptos ya expresados, y la Licenciada Margarita Concepción Albanez de Sandoval en su calidad de apoderada de la señora Paulina Aguilar. En casación, el doctor Castaneda Valencia y la Licenciada Albanez de Sandoval, en el carácter ya dicho.

ESTUDIADO EL JUICIO; Y,

CONSIDERANDO:

I.- Que el fallo de Primera Instancia dice: ""POR TANTO: de acuerdo con lo expuesto, disposiciones citadas, doctrinas relacionadas y artículos 415, 421, 422, 427, 432 y 439 Pr.C. a nombre de la República de El Salvador, FALLO: 1) Declárase: que no existe la nulidad alegada por la parte actora, de que se ha hecho mérito: ni por inexistencia de la compraventa por falta de consentimiento por no haberse convenido precio por falta de pago del mismo; ni por error de hecho que vició el consentimiento; y sin lugar la demanda; consecuentemente: a) sin lugar la cancelación de la inscripción número cincuenta y siete del libro mil ciento ochenta y seis del Registro de la Propiedad Raíz de este departamento; b) no ha lugar a declarar extinguido totalmente el derecho de dominio que sobre el inmueble urbano amparado por la inscripción anterior le corresponde a la demandada Paulina Aguilar; c) No ha lugar a declarar como única propietaria del mismo inmueble a Herlinda del Tránsito Reyes Olivares conocida por Herlinda Tránsito Reyes en base a la inscripción número sesenta del libro seiscientos siete del citado Registro; d) sin lugar la declaratoria de nulidad de la Hipoteca inscrita al número veintiséis del libro novecientos del Registro de Hipotecas de este departamento y la consiguiente cancelación de ese gravamen. 2) Se absuelve a la demandada Paulina Aguilar de la acción intentada en su contra. 3) Cancélese la anotación preventiva de la demanda y, en su oportunidad, diríjase al efecto, el oficio correspondiente; y 4) Se condena a la parte actora en las costas procesales."

II.- Pronunciada la anterior sentencia, la parte actora interpuso recurso de apelación, y el tribunal de alzada, la Cámara de lo Civil de la Primera Sección de Occidente, confirmó el fallo

recurrido, resolviendo: "POR TANTO: De acuerdo a lo dicho, disposiciones legales citadas y Arts. 428 y 439, 1089 y 1090 Pr.C., a nombre de la República de El Salvador, DIJERON: Confírmase la sentencia definitiva venida en apelación, por estar conforme a derecho; condénase a la parte apelante en las costas de esta instancia. Vuelva en su oportunidad la pieza principal al Juzgado de origen con la certificación correspondiente."

III.- No conforme con dicho fallo se interpuso recurso de casación fundamentándolo de la siguiente forma: Causa genérica: Infracción de ley. El motivo específico: Violación de Ley; y como preceptos infringidos los Arts. 385 No. 3º Pr. y el 1552 C.

Analizado el escrito de interposición del recurso, la Sala, por auto de las nueve horas y treinta minutos del día cuatro de febrero de mil novecientos noventa y cuatro, previno al recurrente para que dentro del plazo de ley, expresara "en debida forma.... Los conceptos en que han sido infringidos los artículos que menciona", prevención que el Doctor Mario Castaneda Valencia cumplió expresando lo siguiente: "A efecto de cumplir con la prevención proveída por esa Honorable Sala me permito precisar el concepto en que han sido infringidos los Arts. 385 numeral 3º del Código de Procedimientos Civiles, y el Art. 1552 del Código Civil. La primera de las normas antes indicadas fue infringida, por el Juez Tercero de lo Civil del Distrito de Santa Ana y la Honorable Cámara de lo Civil de Occidente, en el concepto de que no se aplicó tal norma al caso que ocupa nuestra atención; pues tal como consta en autos, la absolvente de las posiciones señora Paulina Aguilar, confesó que no pactó ningún precio con la vendedora antes del otorgamiento de la escritura de compra venta, ni pagó su precio; es decir que el Notario al dar fe de que en su presencia se pagó el precio, dicho funcionario faltó a la verdad; y existe confesión en cuanto y tanto la absolvente es contradictoria en sus deposiciones, existiendo consecuentemente confesión calificada en los puntos esenciales sobre los cuales se le preguntó específicamente a la falta de precio en el contrato de compra venta; de tal suerte que Cámara y el Juez debieron declarar confesa a la absolvente en tales puntos de conformidad a lo que preceptúa el Art. 385 número 3º Pr.; o sea que el concepto preciso en que considero que fue infringida la norma, ha sido en la inaplicabilidad de la misma por parte del juzgador. La segunda de las normas infringidas y que he señalado en mi escrito de interposición del recurso, tanto por el Juez Tercero de lo Civil de Santa Ana, y la Cámara de lo Civil de Occidente, es el Art. 1552 del Código Civil, también por falta de aplicación de tal precepto al caso discutido; lo que así considero por lo siguiente: Si bien es cierto que las instituciones de la inexistencia y la nulidad jurídica de un acto o contrato son diferentes, al darse la primera de ellas, es necesario que sea reconocida por un Juez, para que tal decisión produzca el efecto jurídico de dejar sin valor los actos que la inexistencia produjo a la luz del Derecho. Bien cierto es que la falta de precio, produce la inexistencia de la compra venta; y si ésta produce efectos en el mundo del Derecho tal inexistencia debe ser declarada por un Juez para que cesen tales efectos; y a falta de un procedimiento específico tiene que seguirse el procedimiento de la nulidad establecida en la disposición antes referida, o sea el Art. 1552 del Código Civil, que en lo pertinente a la letra dice "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 y 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", en el caso de autos no hubo precio, en consecuencia no existe el requisito de existencia para la compraventa como es el pago del precio de la tradición del dominio de la

cosa vendida; tal contrato podría presumirse de inexistente; pero el procedimiento para declararlo tiene que ser el de la nulidad, ya que para que exista compraventa debe de existir precio y cosa vendida; al faltar alguno de estos elementos el contrato puede ser cualquier otra cosa menos compra venta. La Cámara en sus considerandos sostiene la tesis doctrinaria de la diferencia entre nulidad e inexistencia, pero esta última en nuestro cuerpo de leyes que es el Código Civil solo aparece en el Art. 1572, que en lo pertinente dice: "La falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere de esta solemnidad, y se mirarán como no ejecutados o celebrados..."; aparte de esta disposición la institución de la inexistencia no aparece más en el Código Civil, y para ilustrar tal aseveración, me permito poner el siguiente ejemplo: Si la compra venta de un inmueble se hiciera y autorizara en documento privado autenticado, y el Registrados erróneamente inscribiese tal documento, para cancelar la inscripción registral que se hizo en forma indebida, no podrían por sí las partes pedirle al Registrador que siendo inexistente el contrato de compra venta por la falta de formalidad del instrumento público, cancele la inscripción y declare inexistente dicho instrumento; si no que tendría el interesado que ocurrir a un Juez de lo Civil, para que este declare la nulidad del contrato y ordene cancelar la inscripción registrada; pues lo inexistente produjo efectos de derecho, y para que estos cesen en cuanto a sus efectos, es necesaria la decisión judicial. En consecuencia de lo anterior la infracción a tal norma por parte del juez y la Cámara fue su no aplicación en el caso de autos y por consiguiente existe violación a tal precepto. Finalmente puedo afirmar que si se hubiera tenido por establecido que existe confesión de parte de la absolvente en los puntos esenciales indicados y de conformidad a lo que dispone el Art. 415 Pr. que establece la preferencia de las pruebas, es imperioso concluir que tal prueba es preferente a los instrumentos públicos o auténticos y por consiguiente tal confesión es suficiente para desvirtuar totalmente lo afirmado por el Notario al autorizarse el instrumento en el que consta el contrato de compra venta que impugnamos."

Se admitió la casación, y dentro del término para presentar alegatos, solo lo hizo la Licenciada Margarita Concepción Albanez de Sandoval, como apoderada de la señora Paulina Aguilar, en donde manifiesta que la sentencia recurrida se encuentra totalmente apegada a derecho por lo que no procede la casación de dicha sentencia.

IV.- El recurso se ha interpuesto por violación de ley, indicando como preceptos infringidos los artículos 385 ordinal 3º del Código de Procedimientos Civiles y el 1552 del Código Civil.

En cuanto al Art. 385 N.º. 3º Pr., el recurrente hace consistir la infracción, en el concepto siguiente: que la norma citada no se aplicó al caso concreto en tanto no declararon confesa a la absolvente de posiciones señora Paulina Aguilar, ya que esta al responder al pliego de posiciones, confesó que no pactó precio en el contrato de compraventa, siendo asimismo contradictorio en sus deposiciones, existiendo consecuentemente confesión calificada en tales puntos, de tal forma que la Cámara debió declarar confesa a la señora Aguilar, existiendo así inaplicabilidad del mismo. También expresa el impetrante, que de haberse establecido la existencia de la confesión, de conformidad con el Art. 415 Pr. que establece la preferencia de las pruebas, es imperioso concluir que tal prueba es preferente a los instrumentos públicos o auténticos y, por consiguiente, tal confesión bastaría para desvirtuar lo afirmado por el notario al autorizar el instrumento en el que consta el contrato de compraventa que se impugna.

La Ley de Casación es determinante cuando señala que le motivo específico de violación de ley se da "... cuando se deja de aplicar la norma que debía aplicarse, haciéndose una falsa elección de otra", por ello dicho motivo no puede darse ante cualquier caso de simple falta de aplicación de una disposición, ya que se requiere que tal caso ocurra a consecuencia de haberse elegido otra norma para resolver el caso concreto, norma que resulta ser la no correcta para fallar.

En el caso de autos, el recurrente señala, que no se estimó como prueba la confesión que por posiciones dio la demandada señora Paulina Aguilar, sino que la misma se desestima por la Cámara en base a las razones expuestas en la sentencia, y que por ello, tal prueba, no se aplicó al caso concreto; ya que si la Cámara hubiera considerado como prueba dicha confesión, tal como lo sostiene el recurrente, el tribunal de alzada debería haberla tomado en cuenta al momento de fallar, esto es, debió haberla aplicado al caso de autos.

De lo anterior se colige, que el problema que plantea el recurrente se refiere a la validez o no de la prueba de confesión seguida de la contestación al pliego de posiciones que realizó la demandada señora Aguilar, de donde el motivo específico alegado, esto es, violación de ley, no es el legalmente apropiado, ya que se trata efectivamente de la apreciación que como prueba hace la Cámara y la que por su parte hace el recurrente, de la referida confesión, cuestión que podría ser atacada por un motivo específico diferente. En consecuencia, la Sala estima que el motivo de casación invocado no es procedente.

En cuanto a la segunda norma señalada como infringida, o sea el Art. 1552 C., el recurrente da como concepto: que si bien es cierto que la inexistencia y la nulidad son instituciones diferentes, al darse la primera de ellas, es necesario que sea reconocida por un Juez para que tal decisión produzca el efecto jurídico de dejar sin valor los actos que la inexistencia produjo a la luz del Derecho. La falta de precio produce la inexistencia de la compraventa, y si ésta produce efectos en el mundo del derecho, la inexistencia debe ser declarada por un Juez para que cesen tales efectos; y a falta de un procedimiento específico tiene que seguirse el procedimiento de la nulidad establecida en el Art. 1552 C., y es la no aplicación de esta disposición al caso concreto por parte de la Cámara, la que produce violación a tal precepto.

La Cámara ha dicho que el demandante ha planteado como peticiones principales que se declare la nulidad de la compraventa que impugna, por inexistencia de dicho contrato, por falta de consentimiento por no haberse convenido precio y por falta de pago del mismo, o en su caso, por error de hecho que vició el consentimiento. De la simple lectura de tales peticiones se desprende la falta de precisión de lo pedido, ya que en cuanto se pide declarar la inexistencia, se pide declarar la nulidad, lo cual es una petición poco seria, porque en la doctrina, la inexistencia y la nulidad son instituciones jurídicas diferentes, en donde la una excluye a la otra. Ciertamente es, como lo afirma el Juez a quo y los apelantes, que en nuestro sistema legal no se encuentra regulado con efectos propios la inexistencia, por lo cual se asimila a la nulidad, por ello, lo lógico hubiera sido que en la demanda se hubieran decidido por pedir se declarara únicamente la nulidad, y no pedir inexistencia y nulidad simultáneamente, ni mucho menos nulidad por inexistencia, la falta de precisión en lo pedido todavía va más lejos cuando en la demanda se pide la declaración de nulidad por inexistencia, con base en las razones antes señaladas o por error de hecho que vició el consentimiento, el

cual se hace consistir en que la compradora entendió que contractualmente del inmueble relacionado se le hacía una donación y no una compraventa; es decir, la petición es alternativa en cuanto a fundamentar la declaratoria de nulidad por inexistencia o por error que vició el consentimiento. Todo ello contradice la formalidad y seriedad que debe caracterizar una demanda, tanto en lo expositivo como especialmente en lo petitorio; más aún si se toma en cuenta que también se alega falta de consentimiento por razón del precio. Lo expuesto hubiera bastado para que el Juez de la causa desestimara la acción intentada.

Hay que hacer notar, que el impetrante no ha señalado cual es la norma que se ha aplicado en lugar del Art. 1552 C. que considera violado, razón suficiente para no admitir el recurso. La verdad es que la Cámara si ha debido tomar en cuenta el Art. 1552 C. para razonar como se ha dejado establecido. El asunto no es de aplicabilidad de una norma u otra, sino de que la parte petitoria de la demanda es alternativa y por lo mismo confusa, además de pedir que se declare la inexistencia o la nulidad del contrato de compraventa, cuando ambas instituciones jurídicas son diferentes y hasta contradictorias. Lo anterior pudo haberse discutido a la Cámara, esto es, que la demanda no contenía los vicios que se le señalan; pero debió haberse invocado los motivos específicos correctos. Consecuentemente, el motivo de violación de ley del Art. 1552 C. no es procedente en el presente caso.

En base a todo lo antes relacionado y expuesto, y a los Arts. 417, 418 y 428 Pr. y Art. 23 L. de C. a nombre de la República de El Salvador, la Sala RESUELVE: a) Declárase que no ha lugar al recurso de casación interpuesto por el Doctor Mario Castaneda Valencia como apoderado de los señores María Clelia Reyes de Kochler, Antonio Reyes Rivas, Dora Alicia Reyes de Bonilla y Juan Francisco Reyes Valencia, impugnando la sentencia definitiva pronunciada por la Cámara de lo Civil de la Primera Sección de Occidente a las diez horas del veinticuatro de septiembre de mil novecientos noventa y tres, en el juicio civil ordinario de nulidad, promovido por los recurrentes contra la señora Paulina Aguilar, en el Juzgado Tercero de lo Civil del municipio de Santa Ana; b) Condénase a los recurrentes antes mencionados en los daños y perjuicios a que hubiere lugar, y al Doctor Castaneda Valencia en las costas del presente recurso, como abogado firmante del mismo. Devuélvanse los autos al tribunal de origen con certificación de esta resolución, para los efectos de ley.---A. DE BUITRAGO---JOSE ERNESTO CRIOLLO---RENE FORTIN MAGAÑA.---PRONUNCIADA POR LOS SEÑORES MAGISTRADOS QUE LA SUSCRIBEN.---JOSE ERNESTO ESCALANTE---RUBRICADAS.

CCS562.97



The image shows two handwritten signatures in blue ink. The signature on the left is large and stylized, with the name 'Escalante' clearly visible. The signature on the right is also stylized and appears to be 'Criollo'.