

**UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK**

**FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES**

**Trabajo de fin de carrera titulado:**

**INSTRUMENTOS PÚBLICOS Y PRIVADOS EN LA**  
**LEGISLACIÓN ECUATORIANA**

**Realizado por:**

**MARÍA CRISTINA POVEDA BONILLA**

**Como requisito para título de**  
**ABOGADA**

**Quito, Julio del 2009**

## RESUMEN EJECUTIVO

Se entiende como documento el medio de conservación de los actos y hechos ya contraídos por los individuos en general, que son producto de un acto humano y que representan pensamientos, hechos, objetos o escenas naturales de la humanidad, así como el hecho de que deben expresarse por escrito, sin importar el material sobre el cual se escriba. Por su parte los instrumentos son una diversa especie de documentos que generalmente consisten en escritos, pudiendo encontrarse éstos dentro de la categoría de privados o públicos. El instrumento público es aquél otorgado y/o autorizado con las solemnidades requeridas por la ley, ya sea por Notario o en general funcionario público, que se encuentre dentro del límite y competencia de sus atribuciones e investidos de fe pública, en cambio los documentos privados tanto sólo deben constar por escrito, pudiendo intervenir en su formación cualquier persona natural o jurídica, que sea capaz y cumpla con los requisitos para contraer derechos y obligaciones. La posibilidad de que existan instrumentos públicos *electrónicos*, es una innovación moderna en nuestra legislación. Tanto los documentos públicos como privados pueden en lo que respecta a su admisión como medios de prueba, constituir medios probatorios o indicios, en distintas situaciones jurídicas o contiendas legales; según lo determina la ley sustantiva y adjetiva de nuestro país.

Document is understood as the conservation of the acts and deeds perform by individuals in general, which are a product of human action and represent thoughts, facts, objects and natural scenes of humanity and the fact that they must be written, regardless of the material on which have been exteriorized. The instruments are a different kind of documents, generally written, these can be founded under the category of private or public. The public instrument is licensed with the solemnities required by law, either by a Notary or a public official, within the limits of their powers and jurisdiction, and vested with public faith, however private documents just need to be written and could intervene in their formation any natural or legal person capable to require rights and obligations. The existents of public electronic instruments, is a modern innovation in our legislation. Both public and private documents can be accepted as evidence, in legal situations and disputes, as determinate by the substantive and procedural law in our country.

## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN:.....	11
--------------------	----

### **PRIMER PARTE:**

### **GENERALIDADES, ÁMBITO CONCEPTUAL DE LOS DOCUMENTOS Y LOS INSTRUMENTOS**

CAPÍTULO I: CONCEPTOS Y DEFINICIONES DE DOCUMENTOS E INSTRUMENTOS.....	14
I El Documento.....	15
A) Clasificación y definición de algunas clases de documentos:.....	18
1) Documento a la Vista.....	20
2) Documento Administrativo.....	20
3) Documento al Portador.....	21
4) Documento de Crédito.....	22
5) Documento de Identidad.....	23
6) Documento Ejecutivo.....	24
7) Documento en Archivo Oficial.....	25
8) Documento Histórico.....	27
9) Documento Indubitado.....	27
10) Documento susceptible de Inscripción en el Registro de la Propiedad....	28
11) Documento Judicial.....	30
12) Documento Mercantil.....	31
13) Documento Nominativo.....	31

II El Instrumento.....	32
<b>CAPÍTULO II: CONCEPTO DEL INSTRUMENTO PÚBLICO EN EL DERECHO COMPARADO:.....</b>	<b>34</b>
1) Venezuela.....	34
2) Colombia.....	35
3) Chile.....	37

## **SEGUNDA PARTE**

### **ANÁLISIS DE LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA**

<b>CAPÍTULO III: ANÁLISIS DEL INSTRUMENTO PÚBLICO EN CONFORMIDAD A LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.....</b>	<b>41</b>
I.-Instrumento Público.....	41
II.- Concepto de instrumento público en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.....	42
III.-Fe pública como elemento indispensable en el instrumento público.....	45
A) Clasificación de la Fe Pública.....	48
1)La fe pública judicial.....	48
2) La fe notarial.....	48
Fedatarios Extrajudiciales.....	49
IV.- Clasificación jurídica de los instrumentos y documentos públicos y privados en el Código de Procedimiento Civil ecuatoriano y en la doctrina.....	50

V.-Cuadro y análisis comparativo entre los instrumentos públicos y privados en conformidad a las definiciones señaladas por nuestro Código de Procedimiento Civil.....	55
1) Solemnidades legales en los documentos públicos y privados.....	56
2) Proviene de un competente empleado.....	63
3) El Notario Público.....	65
4) Firma electrónica.....	66

**CAPÍTULO IV: REQUISITOS PARA LA VALIDEZ Y EMISIÓN DE INSTRUMENTOS PÚBLICOS.....68**

I.- Requisitos que deben cumplirse para que un documento público sea admitido como medio de prueba .....	68
II.-Eficacia del instrumento público.....	74
III. Falsedad de los instrumentos públicos y privados.....	79
A) Falsead ideológica.....	79
B) Falsedad material.....	80
IV.- Documentos otorgados en país extranjero.....	93
El convenio de la Apostilla.....	94
V.- El Notario Público y los Instrumentos Públicos.....	101
A) Notario.....	101
1) Función directiva.....	103
2) Función moldeadora.....	103
3) Función autenticadora.....	104

B) El Protocolo.....	113
1) Instrumentos Notariales dentro de protocolo.....	117
2) Instrumentos Notariales fuera de protocolo.....	120

### **TERCERA PARTE**

#### **ANÁLISIS DE LOS INSTRUMENTOS PRIVADOS Y SU VALOR PROBATORIO**

CAPITULO V: EL INSTRUMENTO PRIVADO.....	123
I.- Requisitos de carácter formal de los instrumentos privados.....	126
A) La fecha del documento privado.....	127
B) La firma del documento privado.....	129
II.- Requisitos que deben cumplirse para que un documento privado sea admitido como medio de prueba.....	134
A) Reconocimiento de documentos privados por el Juez y el Notario.....	139
B) Reconocimiento por parte de apoderados o mandatarios especiales.....	150
III.- CARTAS MISIVAS Y CONFIDENCIALES.....	151
IV.- Traducción de los documentos privados en idioma extranjero.....	153
CONCLUSIÓN.....	157
RECOMENDACIONES.....	160
ANEXOS.....	161
BIBLIOGRAFÍA.....	176

## INTRODUCCIÓN

Hace ya muchos siglos, cuando los hombres se fueron organizando por primera vez en comunidades, debió de haber sido un arduo problema probar los hechos que daban nacimiento a las relaciones jurídicas entre sus integrantes. Los principios religiosos fueron, sin duda alguna, la valla de contención para las extralimitaciones de unos y otros, por el temor a Dios y al castigo que pudiera sobrevenirle por violarlo pactado. Los instrumentos primitivos constituyen la primera exteriorización de que aquellos individuos, saliendo del ámbito del temor a la divinidad, comenzaron a regular sus relaciones en la sociedad.

Según un estudio realizado acerca del nacimiento de la contratación por escrito, la utilización de la escritura es un fenómeno que aparece desde civilizaciones remotas. Sin embargo, ello puede servir de base para apreciar la existencia de una recepción externa del principio de la escritura, pero no es suficiente para afirmar una recepción jurídica interna referida al valor y la fundación del documento.

La historia conocida del instrumento salta desde Roma a la aparición de los Códigos Alfonsinos, el Fuero Real y las Siete Partidas, y sobre los redactores de los primeros influyó notablemente la Escuela de Bologna con ROLANDINO PASSAGGERI en el siglo XIII, siglo de oro del notariado mundial.

Al mismo tiempo, se toma dos fuentes para el conocimiento de los instrumentos el *liber iuditorium* y las 'fórmulas visigóticas', y de ellas obtiene algunas conclusiones acerca del contenido interno como la credibilidad apoyada en los testigos, por no existir aparentemente funcionario autorizante.

ROLANDINO PASSAGGERI es el primer Notario latino que, con sus fórmulas y escritos traspasó los límites de espacio y tiempo, las fronteras de su patria y de la historia influyendo en forma trascendental en el notariado de los países latinos. Gracias a éste se conoce el instrumento del siglo XII. En su libro *Summa artis notariae*, llamado también “formulario” trata contratos en general, ventas, permutas, cesiones, arrendamientos, etcétera, y da en ellos las fórmulas que comenzarían a repetir los Notarios durante siglos.

La historia del instrumento es breve. Poco estudiada y mezclada con otras materias del derecho, sus hitos a pesar de todo son claros. Primero, la palabra bastó; el instrumento, cosa material (trozo de madera, ladrillo, etc. que simbolizaba el inmueble o la cosa) representó la voluntad de las partes rudimentariamente expresada, y a medida que la ciencia jurídica avanzaba, fue viniendo el papel y la escritura. De ésta forma la vasta existencia de contratos y obligaciones jurídicas desarrollaron en la actualidad un sin número de variedades de instrumentos públicos y privados, según los requisitos y necesidades señaladas por la Ley para su validez y uso tanto en el ámbito privado como público.

De esta manera me he permitido realizar una pequeña introducción al estudio a realizarse; el cual analizará y determinará dentro de la legislación ecuatoriana lo relativo a los instrumentos públicos y privados así como sus consecuencias jurídicas.

**La autora.**

**PRIMER PARTE**  
**GENERALIDADES, ÁMBITO CONCEPTUAL DE LOS**  
**DOCUMENTOS Y LOS INSTRUMENTOS**

## CAPÍTULO I: CONCEPTOS Y DEFINICIONES DE DOCUMENTOS E INSTRUMENTOS

Tanto derechos como obligaciones, en su mayoría podrán ser contraídos de diversas formas, ya sea a través de acuerdos, contratos, tratados, o de simples conversaciones o diálogos verbales, siendo cualquiera de estas formas completamente válida para la existencia de los mismos. Mas si bien es cierto se propende a que por razones de seguridad, no tanto jurídica, sino más bien de registro y archivo, se plasmen éstas de forma escrita, específicamente en documentos.

De esta forma se expresa el tratadista y jurista JUAN ISAAC LOBATO, en lo que se refiere a la conveniencia en sentido práctico de utilizar el documento como un medio de conservación de los actos y hechos ya contraídos por los individuos en general “...*Cada día la actividad humana, ha venido multiplicándose y haciéndose más compleja, la memoria ha sido siempre frágil; por lo mismo confiar solo a ella el recuadro de los actos no ha resultado conveniente. La escritura evita que los actos se borren de la memoria o que se desvirtúen por el tiempo o las distancias.*”<sup>1</sup>

Así tenemos que COELLO GARCÍA concuerda con lo antes expuesto señalando que: “*Cuando las ideas o los pensamientos se han grabado o escrito adquieren permanencia; no desaparecen; se guardan para que sirvan de testimonio perenne de los hechos y los actos humanos.*”<sup>2</sup> También da su concepción específicamente dentro del ámbito jurídico, expresando lo siguiente: “*La existencia de relaciones jurídicas y aún más, la existencia y la verdad de lo judicial referida a los hechos y actos de los derechos y obligaciones quedaría circunscrita o limitada a la buena fe, a la conciencia, a la veracidad del confesante que obró de cierta manera o de la declaración de testigos, ya que con ella se puede demostrar ante jueces y*

---

<sup>1</sup> ISAAC LOBATO, Juan, “Programa Analítico de Derecho Procesal Civil Ecuatoriano”, imprenta del Colegio Técnico Don Bosco, Tomo VIII, Quito-Ecuador, 1976, Página 63.

<sup>2</sup> COELLO GARCÍA Enrique, Sistema Procesal Civil, Impreso en talleres gráficos de la UTPL Loja-Ecuador, 1998, página 306.

*tribunales la verdad de lo que ocurrió en un pasado(...) si no se utilizare la grabación o la escritura, las ideas pensamientos, pactos, convenios, etc., quedarían librados al testimonio de los actores en el negocio jurídico o de las personas que captaron con sus sentidos imperfectos lo que entre ellos ocurría.”*<sup>3</sup>

Así nace la importancia de definir al documento desde su ámbito general, hasta llegar al jurídico que es lo que atañe a esta investigación:

## I. EL DOCUMENTO

Señalo algunas definiciones de documento según la doctrina:

DE SANTO apunta lo siguiente: *“todo objeto, producto de un acto humano, que represente a otro hecho o a un objeto, una persona o una escena natural o humana.”*<sup>4</sup>

GÓMEZ MERA nos dice: *“Etimológicamente, la expresión documento proviene del latín documentum, que significa escritura, instrumento o papel autorizado.”*<sup>5</sup>

DEVIS ECHEANDÍA: describe al documento como *“... un acto humano, perceptible con los sentidos de la vista y el tacto, que sirve de prueba histórica indirecta y representativa de un hecho cualquiera(...) puede tener por objeto representar hechos, pasados, presentes y futuros, sean simples acontecimientos naturales o actos humanos, simples acontecimiento o actos humanos de quien lo crea u otorga, o de otras personas, o estados psíquicos, sentimientos humanos, simples deseos o pensamientos y conceptos, y también personas físicas, animales, objetos, o cosas de cualquier naturaleza, incluso otro documento .”*<sup>6</sup>

SCHÖNKE conceptualiza al documento como: *“...toda manifestación del pensamiento expresada por medio de signos de escritura. Es indiferente el material sobre el que los signos estén escritos; y también lo es la clase de escritura (letras, números, signos taquigráficos, tipo de imprenta o signos de escritura manuscrita). Tampoco es substancial para el concepto de documento; que la manifestación del pensamiento vaya firmada; ni es necesario que se*

---

<sup>3</sup> COELLO GARCÍA Enrique, Sistema Procesal Civil, Impreso en talleres gráficos de la UTPL Loja-Ecuador, 1998, página 300.

<sup>4</sup> DE SANTO, Víctor, La prueba judicial, editorial Universidad, Tercera Edición 2005 Buenos Aires-Argentina, Página 195.

<sup>5</sup> GOMEZ MERA, Roberto, La prueba documental, editorial Edino, Página 57.

<sup>6</sup> DEVIS ECHEANDÍA, Hernando, Teoría General de la Prueba Judicial, Editorial Temis, Quinta Edición 2006 Colombia, Tomo I página 486.

*extendiera de antemano expresamente para la prueba, pues una simple comunicación escrita; también es un documento; ni es preciso finalmente que la manifestación escrita del pensamiento tenga importancia o sea verdadera.”<sup>7</sup>*

Por su parte GUZMÁN SANTA CRUZ, en su obra Repertorio de Conceptos de Derecho Procesal Civil, cita a los siguientes tratadistas y sus definiciones de documento:

- *PALLARES*”: *Según las raíces etimológicas, de la palabra documento, esta significa todo aquello que enseña algo.”*
- *ANABALÓN*: *“ Es cualquier objeto, escrito o grabado que sirve para comprobar un hecho, es decir no solamente los instrumentos o papeles de todas clases, sino también un monumento una piedra, un disco, una fotografía, una medalla, etc. con una palabra cualquier cosa que sirva para demostrar o comprobar algo.”*
- *PEREIRA*: *Los autores entienden por documento cualquier cosa u objeto en que se materializa una idea. Desde este punto de vista son, por tanto, documentos, las piedras, grabadas, los hitos, las cercas de un camino, las fotografías, las radiografías, las cintas grabadas mecánicamente, etc.”*
- *CARNELUTTI*: *”Documento en sentido etimológico, es una cosa que “docet”, esto es que lleva en sí la virtud de hacer conocer; esta virtud se debe a su contenido representativo; por eso, documento es una cosa que sirve para representar otra. Por otra parte, siendo la representación siempre obra del hombre, el documento más que una cosa es un opus, (resultado de un trabajo).”<sup>8</sup>*
- *CHIOVENDA*: *“Documento en sentido amplio, es toda representación material destinada, e idónea, para reproducir una cierta manifestación del pensamiento, como una voz grabada eternamente.”<sup>9</sup>*

*KISCH* opina que: *“Es indiferente el material sobre el que los signos estén escritos. Indiferente también es la clase de escritura (pueden ser letras, números, signos taquigráficos grabados en madera, etc.)”<sup>10</sup>*

Los tratadistas GOMEZ ORBANEJA Y HERCE QUEMADA, señalan que: *“Documento es toda incorporación, o signo material, de un pensamiento.”<sup>11</sup>*

---

<sup>7</sup> SCHÖNKE, Adolfo, Derecho Procesal Civil, Barcelona- España, Editorial Bosch, 1950, página 234.

<sup>8</sup> CARNELUTTI Francesco, Instituciones del Proceso Civil, traducción de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires- Argentina, Editorial EJE, tomo I, página 289.

<sup>9</sup> GUZMÁN SANTA CRUZ, Roberto. Repertorio de Conceptos de Derecho Procesal Civil. Santiago de Chile- Chile, Editorial Universitaria; 1984, página 206.

<sup>10</sup> KISH W, Elementos del Derecho Procesal Civil, traducción de Leonardo Pietro Castro, segunda edición, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1940, página 30.

Las leyes hablan indistintamente de documentos o instrumentos como si fuesen términos sinónimos, cuando en realidad responden a conceptos diferentes. Por lo tanto, estaríamos incurriendo en un error al identificar a los documentos con los instrumentos, ya que códigos civiles como el de nuestro país, el chileno, el colombiano que tienen raíces del Código Civil de Napoleón, sólo hacen referencia por así decir, generalizando o englobando los dos términos en el de instrumento.

Así De SANTO, responde a esta situación con el siguiente razonamiento: *“en los países en que la ley nacional solo provee los Instrumentos como medio de prueba, la doctrina y la jurisprudencia han incluido, en la prueba documental, los documentos no instrumentales, como fotografías, películas, cintas magnetofónicas, discos, radiografías, electrocardiogramas, planos, dibujos, etc.”*<sup>12</sup>

El documento tiene carácter representativo y se concibe por lo general, como un objeto que contiene una manifestación del pensamiento no siendo ni necesaria ni suficiente para la existencia del instrumento, ya que este tiene como raíz el documento. Por lo tanto, es de gran importancia dejar en claro que los instrumentos son lo específico dentro de la gran clasificación del documento, que debe considerarse como lo general.

Por lo tanto puedo decir que “documento” es todo material que encierre una representación de una idea elaborada y graficada en la mente del ser humano que se ha exteriorizado a través de esta forma, aunque no sea por escrito, es decir una representación cualquiera (hitos, fotografías, precintos, tallas, etc.). Así pues tenemos que, al ser el documento toda representación objetiva de un hecho, se puede distinguir entre documentos materiales, cuando esa representación no se hace a través de la escritura (como sucede con las fotografías, los registros dactiloscópicos, etcétera) y documentos literales, que cumplen su función representativa a través de la escritura; constituyendo estos objetos de probanza o justificación de una situación.

---

<sup>11</sup> GÓMEZ ORBANEJA Y ERCE QUEMADA, Derecho Procesal, Madrid- España, 1955, Volumen 1, página 324.

<sup>12</sup> DE SANTO, Víctor, La prueba judicial, editorial Universidad, Tercera Edición 2005 Buenos Aires-Argentina, Página 195.

## A) Clasificación y definición de algunas clases de documentos:

Los documentos se pueden clasificar atendiendo primordialmente a su contenido, a su función y al carácter de los sujetos de quienes provienen.

- Desde el punto de vista de su contenido los documentos son susceptibles de clasificarse en:
  - Declarativos.
  - Meramente representativos.

Los documentos declarativos a su vez, atendiendo a la declaración que contienen, pueden subclasificarse en:

- Dispositivos
- Informativos

DEVIS ECHEANDÍA, señala que *“los dispositivos son actos de voluntad con el propósito de producir determinados efectos jurídicos.”*<sup>13</sup>

Para CHIOVENDA opina lo siguiente: *“Son documentos dispositivos los que constituyen, modifican o extinguen relaciones jurídicas; ejm: un contrato, una letra de cambio, una sentencia; e informativos los que se limitan a dejar constancia de una determinada situación de hecho; Ejm: asientos de libros de los comerciantes, informaciones periodísticas, historias clínicas.”*<sup>14</sup>

- Son documentos meramente representativos todos los restantes a los antes mencionados es decir, aquellos que no contienen declaración alguna. Ejm: hitos, fotografías planos, etc.

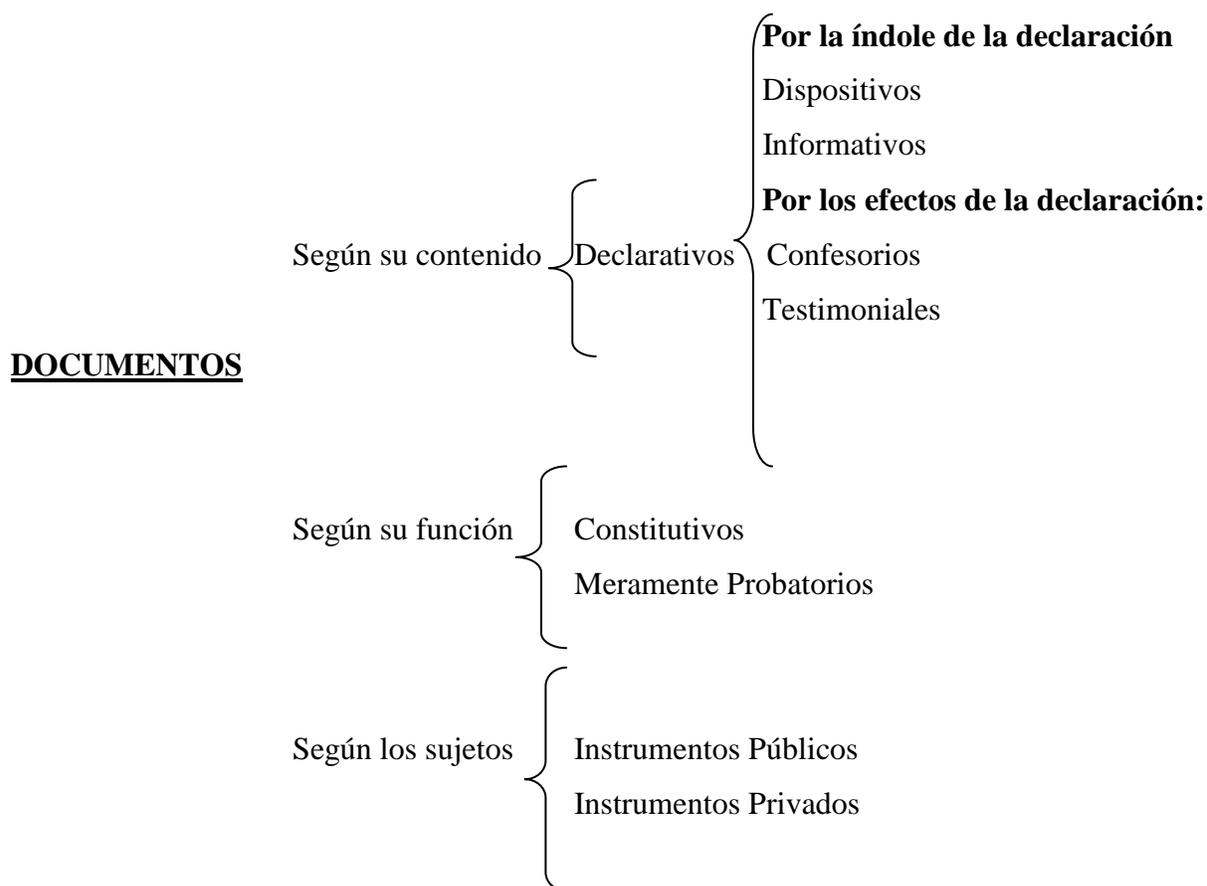
---

<sup>13</sup> DEVIS ECHEANDÍA, Hernando, Teoría General de la Prueba Judicial, editorial Temis, Quinta Edición 2006 Colombia, Tomo II página 345.

<sup>14</sup> CHIOVENDA Giuseppe, Instituciones de Derecho Procesal civil, traducción de Gómez Orbaneja, Madrid-España, editorial Revista de Derecho Privado, 1940, tomo I, página 12.

- Desde el punto de vista de los sujetos de quienes emanan los documentos pueden ser instrumentos públicos o privados.

Mediante el cuadro que se expone a continuación se va a poder entender de una forma más didáctica esta clasificación que nos hace la doctrina sobre los documentos:



De esta forma DEVIS ECHEANDÍA, engloba todos estos elementos y apunta: *“El documento puede tener por objeto la exteriorización del pensamiento (incluyendo en estos los deseos y los sentimientos humanos, los conceptos, la narración de los recuerdos o declaraciones de ciencia, las narraciones imaginativas, las declaraciones de voluntad o de carácter dispositivo o constitutivo,(...) En estos casos, el objeto del documento es, propiamente que exterioriza, es*

*decir, la exteriorización del pensamiento, y no el hecho histórico o imaginado o la cosa real que, a su vez, es el objeto de ese pensamiento.”<sup>15</sup>*

### **1) Documento a la Vista:**

Se aplica este término a la obligación representada por medio de un efecto o documento exigible al deudor cuando se le presenta.

CABANELLAS nos dice que es: *“el documento de crédito que ha de ser abonado antes de las 24 horas de su presentación. Expresión empleada en el cuerpo de los instrumentos negociables que indica que el pago vence contra su presentación o demanda.”<sup>16</sup>*

También se denominan así a las cotizaciones (de monedas o mercancías) para entrega inmediata.

### **2) Documento Administrativo:**

Son los documentos formalizados por un funcionario competente dentro de los límites de sus atribuciones y de su competencia. Son, en general, auténticos como sucede por ejemplo con los documentos públicos formalizados por los prefectos, alcaldes, etc. en el ejercicio de sus cargos

La actividad administrativa se distingue por su carácter documental, es decir por reflejarse en documentos que constituyen el testimonio de la mencionada actividad. Los documentos administrativos son el soporte en el que se materializan los distintos actos de la Administración Pública, la forma externa de dichos actos.

Son dos las funciones primordiales que cumplen los documentos administrativos:

---

<sup>15</sup> DEVIS ECHEANDÍA, Hernando, Teoría General de la Prueba Judicial, editorial Temis, Quinta Edición 2006 Colombia, Tomo II página 502.

<sup>16</sup> CABANELLAS DE TORRES Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, décimo séptima edición, Buenos Aires, Argentina, 2005 página 131.

*“1.- Función de constancia. El documento asegura la pervivencia de las actuaciones administrativas al constituirse en su soporte material. Se garantiza así la conservación de los actos y la posibilidad de demostrar su existencia, sus efectos y sus posibles errores o vicios, así como el derecho de los ciudadanos a acceder a los mismos.*

*2.- Función de comunicación. Los documentos administrativos sirven como medio de comunicación de los actos de la Administración. Dicha comunicación es tanto interna (entre las unidades que componen la organización administrativa) como externa (de la Administración con los ciudadanos y con otras organizaciones). ”<sup>17</sup>*

Se pueden apreciar una serie de características que determinan el que un documento pueda ser calificado como documento administrativo. No cabe calificar de documento administrativo a aquellos documentos que no están destinados a la producción de efecto alguno como son, por ejemplo, los resúmenes, extractos. Los documentos administrativos siempre producen efectos frente a terceros o en la propia organización administrativa.

Este tipo de documentos son emitidos por un órgano administrativo. El emisor de un documento administrativo (aquél que lo produce) es siempre uno de los órganos que integran la organización de una Administración Pública.

### **3) Documento al Portador:**

CABANELLAS en su diccionario Jurídico Elemental refiere al documento al portador como aquel que *“... hace fe y se abona a la persona que lo porte y lo presente al cobro, es importante señalar que es este documento no está emitido o extendido a favor de ninguna persona por lo tanto su traspaso, o su transmisión puede hacerse tan solo con la simple entrega de forma manual de este documento.”<sup>18</sup>*

Entre los ejemplos tenemos un documento a la orden o a la vista.

Las acciones al portador se caracterizan por no estar emitidas a nombre de determinada persona y para cuya legitimación resulta suficiente la exhibición manual, de tal forma que con relación a su tenedor, la tenencia del título lo acredita como propietario y en condiciones de ejercer todos los derechos a él incorporados, excepto en caso de que el título haya sido robado

---

<sup>17</sup> [Http://books.google.com.ec/books](http://books.google.com.ec/books), página web visitada en marzo del 2009.

<sup>18</sup> CABANELLAS DE TORRES Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, décimo séptima edición, Buenos Aires-Argentina, 2005 página 131.

o perdido, o que la transferencia tenga por fin burlar una prohibición legal referente a la sociedad.

La posibilidad de emitir acciones al portador con su modo sencillo de circular rápidamente, unido a otras razones de índole económica e impositiva, motivaron su auge y reconocimiento por la mayor parte de las legislaciones, que se inspiraron en el derecho francés.

Así OSORIO define al documento al portador como: *“El crédito que omite el nombre de su titular, que por ello tiene que transmitirlo por simple tradición o entrega.”*<sup>19</sup>

#### **4) Documento de Crédito:**

La palabra “crédito” tiene un amplio significado. Su origen se encuentra en el vocablo creer, dar fe a alguien, confiar, ofrecer.

El crédito básicamente consiste en la entrega de un bien presente a cambio de la promesa de su restitución o pago futuro. En este sentido, se puede decir que cuando se celebra un contrato, una de las partes, el prestamista o acreedor hace en un presente inmediato una prestación a la otra parte, y el prestatario o deudor, a cambio de ella, formula la promesa de efectuar una contraprestación diferida en el tiempo, en bienes o en servicios, a través de los instrumentos de financiamiento que resulten más apropiados para cada necesidad planteada. Se le atribuye a su legítimo tenedor el derecho de obtener al vencimiento (que puede ser instantáneo) el abono de la cantidad o el cumplimiento de la prestación contenido en el mismo.

Por ejemplo, estos instrumentos pueden ser la letra de cambio, el pagaré o el cheque, instrumentos regulados en nuestra legislación por el Código de Comercio y La Ley de Cheques, las cuales señalan los requisitos que estos deben cumplir para que constituyan instrumentos auténticos. Si bien es cierto que la letra de cambio, el pagaré y el cheque constituyen documentos privados, la Ley les ha dotado de cierta autenticidad, en lo que se

---

<sup>19</sup> OSSORIO, Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, editorial Heliasta, Primera Edición 1981 Buenos Aires – Argentina, Página 749.

refiere al cumplimiento de obligaciones adquiridas mediante estos, dándoles la calidad de títulos ejecutivos. A continuación señalaré lo estipulado en la Ley de Cheques:

*“Art. 1.- El cheque deberá contener:*

- 1. La denominación de cheque, inserta en el texto mismo del documento y expresada en el idioma empleado para su redacción;*
- 2. El mandato puro y simple de pagar una suma determinada de dinero;*
- 3. El nombre de quien debe pagar o girado;*
- 4. La indicación del lugar del pago;*
- 5. La indicación de la fecha y del lugar de la emisión del cheque; y,*
- 6. La firma de quien expide el cheque o girador.*

*Art. 2.- El documento en que falte alguno de los requisitos indicados en el artículo precedente no tendrá validez como cheque, salvo en los casos determinados en los incisos siguientes.*

*A falta de indicación especial, el lugar designado al lado del nombre del girado se reputará ser el lugar del pago. Cuando estén designados varios lugares al lado del nombre del girado, el cheque será pagadero en el primer lugar mencionado.*

*A falta de estas indicaciones o de cualquiera otra, el cheque deberá pagarse en el lugar en el que ha sido emitido, y si en él no tiene el girado ningún establecimiento, en el lugar donde el girado tenga el establecimiento principal.”*<sup>20</sup>

## **5) Documento de Identidad:**

Este es expedido de igual forma por la autoridad competente que tiene como fin registrar ya sea la identidad de una persona, su estado civil, su origen, su fecha de nacimiento, o su muerte, pudiendo proceder por requerimiento propio o ajeno. Constituye por lo tanto un documento imprescindible para la identificación personal e individualización de una persona. De éste se desprenderán los nombres y apellidos asignados a un individuo, lugar y fecha de su nacimiento, su sexo, estado civil, instrucción académica, ocupación, nacionalidad, nombre de

---

<sup>20</sup> Ley Reformatoria a la Ley de Cheques, Ley No. 2002 - 70, Registro Oficial número 572 del Jueves 9 de Mayo del 2002.

los padres, entre otros. Este tipo de documentos está complementado con fotografías y huellas dactiloscópicas, datos que facilitan la identidad y ubicación de cada individuo.

La cédula de identidad para extranjeros naturalizados, y la cédula de ciudadanía para los ecuatorianos, constituyen un documento público, así como las partidas de defunción, matrimonio y nacimiento, las fichas índices, pasaportes, etc.

**En la Ley General de Registro Civil, Identificación y Cedulación** se contempla lo antes analizado, como se lo expone a continuación:

*“Art. 1.- Funciones de la Dirección General. La Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación funcionará, como dependencia del Ministerio de Gobierno, en la Capital de la República. Corresponde a esta Dirección la celebración de matrimonios, la inscripción de los hechos y actos relativos al estado civil de las personas residentes en el territorio de la República y de los ecuatorianos residentes en el exterior, y su identificación y cedulación. Tiene por finalidad específica organizar dichas inscripciones, otorgar las cédulas de identidad y de identidad y ciudadanía.*

*Art. 2.- Del Director General.- La Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación estará representada administrativamente por el Director General. El Director General tendrá competencia nacional y le corresponderá organizar, ejecutar, vigilar y, en general, administrar todos los asuntos concernientes a la Dirección de Registro Civil, Identificación y Cedulación, así como las demás atribuciones y deberes señalados en la ley. Será de libre nombramiento y remoción del Ministerio de Gobierno.”*<sup>21</sup>

## **6) Documento Ejecutivo:**

El origen del título ejecutivo es un acto jurídico bilateral o unilateral de derecho privado que por la forma como se realiza, puede crear un instrumento público o un instrumento privado.

---

<sup>21</sup> Ley General de Registro Civil, Identificación y Cedulación, Decreto Supremo número 278, publicado en el Registro Oficial número 70 de 21 de abril de 1976.

Puede entenderse que el título representa lo estático del proceso, la acción (procesalmente entendida), el aspecto dinámico y así podemos decir que si la existencia de un título ejecutivo unimos la acción que de él deriva, tendremos un procedimiento ejecutivo.

Para la iniciación de un procedimiento ejecutivo es necesaria la promoción de una acción fundada en la existencia de un título ejecutivo. El artículo 413 del Código de Procedimiento Civil, nos señala algunas clases de títulos ejecutivos, como se transcribe a continuación:

*“Art. 413.- Son títulos ejecutivos: la confesión de parte, hecha con juramento ante juez competente; la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada; la copia y la compulsas auténticas de las escrituras públicas; los documentos privados reconocidos ante juez o Notario público; las letras de cambio; los pagarés a la orden; los testamentos; las actas judiciales de remate o las copias de los autos de adjudicación debidamente protocolizados, según el caso; las actas de transacción u otras que contengan obligaciones de dar o hacer alguna cosa; y los demás instrumentos a los que leyes especiales dan el carácter de títulos ejecutivos.”<sup>22</sup>*

El tratadista CABANELLAS define al Título Ejecutivo como: *“...todo documento que da cuenta de un derecho u obligación indubitada, al cual la ley le otorga la suficiencia necesaria para obtener su cumplimiento forzado.”<sup>23</sup>*

Así en conclusión un título ejecutivo: *“es un documento que, descrito en forma breve, contiene un derecho cierto y determinado pero en el caso concreto inactuado o insatisfecho en virtud del incumplimiento del obligado en la situación jurídica sustancial, rectius: relación jurídica y de ahí que el título ejecutivo lleve implícitas tanto la legitimación como la prueba de quien su titularidad alega, lo que a su vez implica que puede bastarse asimismo sin necesidad de mayores constataciones. Es por ello que la intervención del patrimonio del deudor se hace de manera directa. Para que un documento pueda ser considerado título ejecutivo se debe tener en cuenta: a) que exista norma legal expresa que le conceda esa condición, y b) que el documento reúna todos y cada uno de los requisitos que la ley exige.”<sup>24</sup>*

## **7) Documento en Archivo Oficial:**

La palabra “archivo”, del latín archivium, presenta tres acepciones distintas de acuerdo con el Diccionario de la R.A.E:

---

<sup>22</sup> Código de Procedimiento Civil, Suplemento del Registro Oficial número 58, CODIFICACION 2005 – 011, Quito, 26 de abril del 2005

<sup>23</sup> [Http://www.sbif.cl/sbifweb/servlet/Glosario?indice=5.0&letra=T](http://www.sbif.cl/sbifweb/servlet/Glosario?indice=5.0&letra=T), página web visitada en marzo del 2009.

<sup>24</sup> [Http://www.definicionlegal.com/definicionde/TituloEjecutivo.htm](http://www.definicionlegal.com/definicionde/TituloEjecutivo.htm) -, página web visitada en marzo del 2009.

1.- *“Local en el que se custodian documentos públicos o particulares (lo que significa la existencia de archivos no sólo oficial sino también semipúblicos, comerciales o particulares); conjunto de estos documentos y el mueble/s que los contienen (carpetas, guías, etc., donde se colocan.”*<sup>25</sup>

2.- *“Aquella institución cuya función primordial es la de reunir, organizar, conservar y difundir, utilizando las técnicas adecuadas, dichas conjuntos de documentos para el cumplimiento de los fines anteriormente mencionados.”*

3.- *“Archivar significa guardar de forma ordenada documentos útiles, haciéndolo de un modo lógico y eficaz que permita su posterior localización de la forma más rápida posible cuando sea necesario.”*<sup>26</sup>

Para A. HEREDIA son: *“...son tan solo los que han sido producidos o reunidos por individuos o por instituciones en razón de las funciones y actividades que ellos despliegan para conseguir determinados fines. Nacen o llegan al repositorio de modo orgánico, seriadamente, en forma natural, y son producidos o recibidos por una persona o institución durante el curso de sugestión o actividad para el cumplimiento de sus fines y conservados como prueba e información.”*<sup>27</sup>

La principal función del archivo consiste en la *conservación de documentos*, ya que la Ley obliga a ello, estableciendo unos plazos mínimos de conservación durante los cuales puede ser requerida su presentación. Estos documentos se conservarán debidamente ordenados, clasificados y en la mayoría de los casos enumerados. Esta conservación proporciona información sobre el funcionamiento y los asuntos tratados por la entidad. El archivo será eficaz cuando se encuentra rápidamente lo que se busca. Así por ejemplo tenemos los archivos generales de juicios en la Corte Nacional de Justicia, o en las Cortes Provinciales de Justicia. En donde se puede revisar expedientes por años y por número de causa; en caso de materia civil, mercantil, laborales, etc, a excepción de los juicios penales ni que impliquen temas de referente al ámbito de la niñez y adolescencia. El resto de documentos constituyen documentos en archivo oficial, dentro de la administración de justicia de un país, y son de carácter público.

---

<sup>25</sup>[Http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=NIVEL1/archivo/AUTORIDAD2.HTM](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=NIVEL1/archivo/AUTORIDAD2.HTM), página web visitada en febrero del dos mil nueve.

<sup>26</sup>[Http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=NIVEL1/archivar/AUTORIDAD2.HTM](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=NIVEL1/archivar/AUTORIDAD2.HTM), Página web visitada en febrero del dos mil nueve.

<sup>27</sup>HEREDIA HERRERA, Antonia, *Archivística General. Teoría y práctica*, quinta edición, Sevilla - España, 1991, página 123.

De esta manera el Código Orgánico de la Función Judicial se expresa de esta forma:

*“Art. 13.- PRINCIPIO DE PUBLICIDAD.- Las actuaciones o diligencias judiciales serán públicas, salvo los casos en que la ley prescriba que sean reservadas. De acuerdo a las circunstancias de cada causa, los miembros de los tribunales colegiados podrán decidir que las deliberaciones para la adopción de resoluciones se lleven a cabo privadamente.”<sup>28</sup>*

También el archivo sirve como *elemento probatorio* cuando el organismo o entidad pretende demostrar la realización de un acto o confirmar o negar cierta situación recurrida.

#### **8) Documento Histórico:**

Es el conjunto de documentos que fueron producidos o recibidos por toda persona física o jurídica, o por todo servicio u organismo público o privado, en el ejercicio de su actividad. Sea cual sea su fecha, su forma o su soporte material, y que han sido conservados por sus creadores o por sus sucesores para sus propias necesidades, y transmitidos a la institución de archivos competente en razón de su valor archivístico y de su calidad de probar o constituir referente de un hecho.

#### **9) Documento Indubitado:**

Instrumento autorizado y redactado con todas las formalidades ante Notario, fedatario o debidamente legalizado por la autoridad. Que da fe de ser creído, es decir aquel que no deja lugar a dudas sobre el pensamiento o manifestación que contiene. Se dice del documento indubitado, que hace plena fe.

---

<sup>28</sup>Código Orgánico de la Función Judicial, Registro Oficial número 544, SUPLEMENTO de Lunes, 09 de Marzo de 2009.

## 10) Documento susceptible de Inscripción en el Registro de la Propiedad:

El Registro de la Propiedad es la institución destinada a inscribir la titularidad y condiciones del dominio de un bien inmueble determinado, a efectos de la contratación sobre el mismo y como garantía para las partes contratantes, no solo en lo que se refiere al bien en sí mismo, sino también a las circunstancias personales del propietario (prohibiciones de enajenar, embargos, promesas de venta, etc.) Se inscribe a sí mismo en el Registro de la Propiedad los derechos reales que pesen sobre el inmueble.

La Ley de Registro ecuatoriana en su artículo 1, nos describe de una forma muy acertada el objeto de registrar e inscribir tanto, documentos públicos, títulos o leyes que la ley prescribe que cumplan esta solemnidad:

*“Art. 1.- La inscripción de los instrumentos públicos, títulos y demás documentos que la ley exige o permite que se inscriban en los registros correspondientes, tiene principalmente los siguientes objetos:*

- 1.- Medio de tradición de los bienes raíces y de los derechos reales que recaen o se han constituido sobre ellos.<sup>29</sup>*
- 2.- Publicidad de contratos sobre la traslación de dominio en bienes raíces o sobre gravámenes o limitaciones de dominio impuestas sobre estos.*
- 3.- Garantizar autenticidad y seguridad de los títulos, instrumentos públicos que deban registrarse.”<sup>30</sup>*

El artículo 25 del Decreto Supremo 1405 que consta en el Título VI de la LEY DE REGISTRO establece:

*“Art. 25 Están sujetos al Registro los títulos, los actos y documentos siguientes:*

- a) Todo contrato o acto entre vivos que cause traslación de la propiedad de bienes raíces;*

---

<sup>29</sup> En concordancia con el artículo 702 del Código Civil ecuatoriano: “Art. 702.- Se efectuará la tradición del dominio de bienes raíces por la inscripción del título en el libro correspondiente del Registro de la Propiedad. De la misma manera se efectuará la tradición de los derechos de usufructo o de uso, de habitación o de servidumbre constituidos en bienes raíces, y del derecho de hipoteca.” Acerca de la tradición de las minas se estará a lo prevenido en las leyes especiales respectivas.”<sup>29</sup>

<sup>30</sup> Ley de Registro, decreto 1405, DL s/n Registro Oficial número 136, 28 de febrero de 1980.

b) Toda demanda sobre propiedad o linderos de bienes raíces; las sentencias definitivas ejecutoriadas determinadas en el Código Civil y en el Código de Procedimiento Civil;

c) Los títulos constitutivos de hipoteca o de prenda agrícola o industrial;

d) Los títulos constitutivos sobre bienes raíces de los derechos de usufructo, de uso, de habitación, de servidumbres reales y de cualquier otro gravamen, y en general, los títulos en virtud de los cuales se ponen limitaciones al dominio sobre bienes raíces;

e) Los testamentos;

f) Las sentencias o aprobaciones judiciales de partición de bienes, así como los actos de partición, judiciales o extrajudiciales;

g) Las diligencias de remate de bienes raíces;

h) Los títulos de registro de minas con sujeción a las leyes de la materia;

i) Los documentos que se mencionan en el Libro I, Sección 2a. (1), párrafo 2o. del Código de Comercio, inclusive los nombramientos de los administradores de las compañías civiles y mercantiles;

j) El arrendamiento, en el caso del artículo 2020 (actual 1930) del Código Civil;

k) El cambio o variación del nombre de una finca rural. El que hace la variación debe solicitar el registro del nuevo nombre al Registrador correspondiente, a más tardar dentro de los quince días siguientes a aquel en que se haya hecho uso en documento público u oficial o en alguna diligencia o acto público u oficial, del nombre variado o cambiado.

La misma obligación tienen los partícipes de una finca rural, dividida o partida, en cuanto a los nuevos nombres que impusieren a las partes que les hayan adjudicado.

Quienes no cumplieren la obligación determinada en este literal, incurrirán en la multa de doscientos sucres que les impondrá el Juez correspondiente, cuando por razón de las visitas a la Oficina del Registro o por cualquier otro motivo tuviere conocimiento de la falta, o el Tribunal que tuviere el mismo conocimiento, sin perjuicio de llevarse a efecto el registro de la variación o imposición del nombre, a costa del que o de los que la hubieren hecho; y,

l) Cualquier otro acto o contrato cuya inscripción sea exigida por la ley.”<sup>31</sup>

---

<sup>31</sup> Ley de Registro, decreto 1405, DL s/n Registro Oficial 136, de 28 de febrero de 1980.

## 11) Documento Judicial:

Dentro de la etapa probatoria del juicio podemos encontrar diligencias judiciales como la confesión judicial o, en la etapa de prueba la declaración de los testigos, etc. Todo este tipo de diligencias serán sentadas en actas las cuales constituirán documentos judiciales. Podemos encontrar en el artículo 64 del Código de Procedimiento Civil este tipo de diligencias.<sup>32</sup>

Los documentos judiciales formalizados por los jueces en el ejercicio de su cargo se consideran auténticos. Gozan de la fuerza probatoria de los documentos públicos. Los dictámenes periciales redactados en virtud de una delegación judicial son documentos públicos y dan fe, hasta la anulación por falsedad del mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 165 del Código de Procedimiento Civil ecuatoriano.<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> “**Art. 64.-** Todo juicio principia por demanda; pero podrán preceder a ésta los siguientes actos preparatorios:

- 1.- Confesión judicial;
- 2.- Exhibición de la cosa que haya de ser objeto de la acción;
- 3.- Exhibición y reconocimiento de documentos;
- 4.- Información sumaria o de nudo hecho, en los juicios de posesión efectiva, apertura de testamentos y en los demás expresamente determinados por ley; y,
- 5.- Inspección judicial.”

<sup>33</sup> “**Art. 165.-** Hacen fe y constituyen prueba todos los instrumentos públicos, o sea todos los instrumentos autorizados en debida forma por las personas encargadas de los asuntos correspondientes a su cargo o empleo, como los diplomas, decretos, mandatos, edictos, provisiones, requisitorias, exhortos u otras providencias expedidas por autoridad competente; las certificaciones, copias o testimonios de una actuación o **procedimiento gubernativo o judicial**, dados por el secretario respectivo, con decreto superior, y los escritos en que se exponen los actos ejecutados o los convenios celebrados ante Notario, con arreglo a la ley; los asientos de los libros y otras actuaciones de los funcionarios y empleados del Estado de cualquiera otra institución del sector público; los asientos de los libros y registros parroquiales, los libros y registros de los tenientes políticos y de otras personas facultadas por las leyes.

El instrumento público agregado al juicio dentro del término de prueba, con orden judicial y notificación a la parte contraria, constituye prueba legalmente actuada, aunque las copias se las haya obtenido fuera de dicho juicio”.

Los documentos formalizados por los Secretarios de los juzgados dentro de los límites de su competencia, como las providencias, notificaciones y boletas, son documentos de carácter judicial.

También son los documentos de los agentes judiciales elaborados en virtud de una delegación legal, pudiendo ser ésta una comisión, o un exhorto.

### **12) Documento Mercantil:**

CABANELLAS señala lo siguiente acerca del documento mercantil: *“Es todo libro, escrito o papel relacionado con la creación, modificación, transmisión, y extinción de los actos y contratos de comercio, ya sea para constancia propia, consecuencia del tráfico de los comerciantes entre sí o con la clientela, o para fines de interés público.”*<sup>34</sup>

Por este concepto se sujetan con carácter general las letras de cambio y los documentos que realicen función de giro o suplan a aquéllas.

Los documentos mercantiles suelen tomar forma en el momento en que la operación se realiza: *“Su objeto es el de certificar el entendimiento que existe entre las dos partes que han efectuado un convenio. Puede ser el ticket que emite una caja registradora de ventas, el cual se entrega a el cliente que ha hecho una compra al contado, o bien un complicado contrato de muchas páginas relativo al arrendamiento de una costosa maquinaria; pero tanto en uno como en otro caso describe la operación en forma escrita, reduciendo así en gran parte las posibilidades de discrepancia futuras por parte de los interesados.”*<sup>35</sup>

### **13) Documento Nominativo:**

Documento emitido por el Estado o por una sociedad mercantil que se extiende a nombre de una persona. Puede acreditar propiedad o el ser beneficiario de obligaciones. Es decir consta

---

<sup>34</sup> CABANELLAS DE TORRES Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, décimo séptima edición, Buenos Aires- Argentina, 2005 página 131.

<sup>35</sup> DEVIS ECHEANDÍA, Hernando, Teoría General de la Prueba Judicial, Editorial Temis, Quinta Edición 2006 Colombia, Tomo II página 497.

el nombre de la persona a favor de quien se extiende, en oposición al que es al portador. Ejm: el cheque.

## II. EL INSTRUMENTO

A continuación se expondrá algunas definiciones del término instrumento:

CABANELLAS señala: *"El término instrumento proviene del latín **instruere** que significa instruir, enseñar, dar constancia, y se refiere a todo aquello que sirve para conocer o fijar un acontecimiento."*<sup>36</sup>

Por su parte OSSORIO apunta que instrumento: *"significa escritura, papel o documento, con que se justifique o pruebe alguna cosa" (...)* *"escrito en el que se perpetua la memoria de un hecho."*<sup>37</sup>

En este sentido, el Diccionario de la R.A.E concuerda con Ossorio apuntando que instrumento es la: *"Escritura, papel o documento con que se justifica o prueba alguna cosa."*<sup>38</sup>

Por su parte ESCRICHE nos dice que instrumento: *"... en general es todo lo que sirve para instruir una causa, todo lo que nos conduce a la averiguación de la verdad, todo lo que nos da la luz sobre la existencia de un hecho o convenio."*<sup>39</sup>

De SANTO señala que los instrumentos: *"Son una de las diversas especies de documentos; la que consiste en escritos, (públicos, privados, auténticos o no)."*<sup>40</sup>

En este mismo sentido, GUZMÁN SANTA CRUZ, en su libro "Repertorio de Conceptos de Derecho Procesal Civil" señala las definiciones propuestas por algunos tratadistas, que transcribo a continuación:

---

<sup>36</sup> CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, editorial Heliasta Buenos Aires–Argentina, Vigésimocuarta Edición 1996, Tomo IV, Página 448.

<sup>37</sup> OSSORIO, Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Editorial Heliasta, Primera Edición 1981 Buenos Aires – Argentina, Página 389.

<sup>38</sup> [http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=NIVEL1/instrumento/AUTORIDAD2.HTM](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=NIVEL1/instrumento/AUTORIDAD2.HTM), página web visitada en enero del 2009.

<sup>39</sup> SPOTA, Alberto G. "Tratado de Derecho Civil, Editorial Depalma Buenos Aires 1947, página 52.

<sup>40</sup> DE SANTO, Víctor, La prueba judicial, Editorial Universidad, Tercera Edición 2005 Buenos Aires-Argentina, Página 195.

BENAVENTE: *“Instrumento es todo escrito que da testimonio de un hecho.”*

PEREIRA: *“Instrumento es el documento en que se expresa una idea mediante la escritura.”*<sup>41</sup>

Por su parte CLARO SOLAR expresa lo siguiente en relación al instrumento: *“...se designa al escrito que ha sido redactado para suministrar la prueba de lo que ha sido consentido o convenido” (...)* el Código Francés le da en este caso el nombre de título (titre) o acta (acte).<sup>42</sup>

Para concluir con las definiciones me permito señalar que muy a menudo se suele confundir los términos “documento” con “instrumento” lo cual podría generar diversos problemas jurídicos, ya que instrumento es una especie que se deriva del conjunto que es lo que representa el documento, ya que de este modo, *“si la escritura sirve sólo de medio de comunicación y no también de medio de documentación la suscripción es inconcebible, o, por lo menos inútil”*<sup>43</sup>.

Un elemento esencial para que el instrumento tenga función documental es la indicación del autor del escrito, constituyéndose de este modo en una declaración y no solo en una expresión de pensamiento. Sería menester que la propia legislación establezca parámetros que los diferencien y con ello se llenen vacíos legales que posibiliten al abogado, al legislador y al juez, la mejor aplicación y administración de las leyes y en consecuencia de la justicia en el reconocimiento de derechos y el establecimiento de obligaciones.

La clasificación más importante de los instrumentos se funda en los sujetos que intervienen en su redacción, distinguiéndose por esta circunstancia en instrumentos públicos y privados.

---

<sup>41</sup>GUZMÁN SANTA CRUZ, Roberto. Repertorio de conceptos de derecho procesal civil. Santiago, editorial, Universitaria; 1984, página 284.

<sup>42</sup>CLARO SOLAR LUIS, Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, tomo duodécimo “De las Obligaciones III, imprenta Nacimiento, Santiago de Chile 1939.

<sup>43</sup>CARNELLUTTI, Francesco, La Prueba Civil, Página 167, Buenos Aires-Argentina, 1955.

## CAPÍTULO II: CONCEPTO DEL INSTRUMENTO PÚBLICO EN EL DERECHO COMPARADO

Es de gran importancia realizar un análisis en cuanto al concepto del término “*Instrumento Público*” manejado por otras legislaciones. A continuación voy a exponer lo referente a este tema en la normativa Venezolana, Colombiana y Chilena, dentro del Código Civil y de Procedimiento Civil específicamente.

### **1) Venezuela**

- **Código Civil**

El Código Civil Venezolano nos habla del Instrumento Público; en su artículo 1.357:

*“Art.1357.-Instrumento público o auténtico es el que ha sido autorizado con las solemnidades legales por un Registrador, por un Juez u otro funcionario o empleado público que tenga facultad para darle fe pública, en el lugar donde el instrumento se haya autorizado.”*<sup>44</sup>

Se puede observar un elemento importante, que es el de autenticidad a través de la fe pública que pueda otorgar cualquiera de los funcionarios, los cuales se encuentran investidos de ésta. En este caso se señala al Registrador, al juez y a cualquier empleado público.

Esta legislación no hace un especial énfasis en cuanto a la figura del Notario, pero se entiende que se encontraría comprendido dentro de estos, como plenamente facultado para dar fe pública.

---

<sup>44</sup> [Http://www.cajpe.org.pe/RIJ/bases/legisla/venezuel/ve20a.HTM](http://www.cajpe.org.pe/RIJ/bases/legisla/venezuel/ve20a.HTM), página web visitada en enero del 2009.

- **Código de Procedimiento Civil**

De igual forma el Código de Procedimiento Civil Venezolano, en su capítulo V, Sección I, “De los Instrumentos”, señala la forma en que los Instrumento Públicos e incluso los privados pueden ser ingresados o introducidos en juicios ya sea en la etapa probatorio o cuando sea necesario hacerlo :

*“Art. 429.- Los instrumentos públicos y los privados reconocidos o tenidos legalmente por reconocidos, podrán producirse en juicio originales o en copia certificada expedida por funcionarios competentes con arreglo a las leyes.”<sup>45</sup>*

En este caso, la legislación venezolana no expresa en su Código de Procedimiento Civil un concepto de “Instrumento público”; como si lo podremos encontrar en esta normativa correspondiente a la legislación de otros países, materia de este análisis.

## 2) Colombia

- **Código Civil**

El Código Civil colombiano, por lo contrario habla del Instrumento Público proveniente del extranjero y de la forma en que este podrá ser utilizado o reconocido como tal en Colombia. En el segundo inciso del artículo 21 se señala como requisito de forma el hecho de haber sido otorgadas por las personas pertinentes, al igual que lo señalado en la normativa de otros países.

*“Art 21.-Forma de los Instrumentos Públicos: La forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del país en que hayan sido otorgados. Su autenticidad se probará según las reglas establecidas en el Código judicial de la unión. La forma se refiere a las solemnidades externas, a la autenticidad, al hecho de haber sido realmente otorgados y autorizados por las personas y de la manera que en tales instrumentos se exprese.”<sup>46</sup>*

---

<sup>45</sup> [Http://www.cajpe.org.pe/RIJ/bases/legisla/venezuel/ve20a.HTM](http://www.cajpe.org.pe/RIJ/bases/legisla/venezuel/ve20a.HTM), página web visitada en enero del 2009.

<sup>46</sup> [Http://www.icbf.gov.co/transparencia/derechobienestar/decreto/1970/decreto\\_1250\\_1970.html](http://www.icbf.gov.co/transparencia/derechobienestar/decreto/1970/decreto_1250_1970.html), página web visitada en abril del 2009.

- **Código de Procedimiento Civil**

Por lo contrario la legislación colombiana, en el Código de Procedimiento Civil, quien señala la definición de Documento Público, como consta en su artículo 251 y 252 que se transcribe a continuación:

*“Art.251.- Los documentos son públicos o privados. Documento público es el otorgado por funcionario público en ejercicio de su cargo o con su intervención. Cuando consiste en un escrito autorizado o suscrito por el respectivo funcionario, es instrumentos público; cuando es otorgado por un Notario o quien haga sus veces y ha sido incorporado en el respectivo protocolo, se denomina escritura pública.*

*Documento privado es el que no reúne los requisitos para ser documentos público.”*

*Art. 252.- Documento auténtico: Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito o firmado. El documento público se presume auténtico, mientras no se compruebe lo contrario mediante tacha de falsedad.”<sup>47</sup>*

Como podemos observar, la legislación colombiana diferencia el documento público y el instrumento, aunque como ya se señaló con anterioridad, la doctrina ha dejado muy en claro que el documento constituye la referencia general y el instrumento lo específico, es decir deriva de éste. También se refiere a los documentos públicos como los otorgados por un funcionario, que está ejerciendo un cargo público, es decir este es parte integrante del documento como emisor del mismo (participa de forma directa). El instrumento según esta normativa, es el autorizado o suscrito por estos mismos funcionarios, es decir; el funcionario autoriza o permite ciertos actos (no necesariamente como suscriptor) o suscribe estos con su firma y rúbrica es decir los recubre con fe pública. No necesariamente proviene de su actuar lo que estos contenga; si no solo la calidad que este le pueda otorgar a los instrumentos en cuestión debido al poder del que se le ha investido.

---

<sup>47</sup> [Http://encolombia.com/derecho/C%C3%B3digoCivilColombiano/CodCivilColombContenido.htm](http://encolombia.com/derecho/C%C3%B3digoCivilColombiano/CodCivilColombContenido.htm), página web visitada enero del 2009.

También habla de la escritura pública de forma particular, diciéndonos que es aquella que ha sido otorgada por un Notario público y ha sido ingresada al protocolo a su cargo, aquí al igual que en la legislación ecuatoriana, se hace un especial realce a la figura del Notario y su actividad en cuanto a la fe pública que puede este otorgar.

DEVIS ECHEANDÍA se expresa en lo que respecta al artículo 251 del CPC colombiano señalando lo siguiente: *“En primer lugar es imprescindible que en la creación del documento haya intervenido un funcionario público; en ejercicio de sus funciones; en segundo lugar que esa intervención se traduzca en la autorización del documento, que cuando se trata de instrumento debe incluir su formación.”*<sup>48</sup>

### 3) Chile

- **Código Civil**

El Código Civil chileno, en su Título XXI “De La Prueba De Las Obligaciones”, artículo 1699 y siguientes, señala el concepto de Instrumento Público:

*“Art.1699.- Instrumento público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario.*

*Otorgado ante escribano e incorporado en un protocolo o registro público, se llama escritura pública.”*<sup>49</sup>

De la definición propuesta por el artículo antes transcrito del Código Civil chileno, se desprende que deben concurrir tres requisitos:

El **primero**, debe ser autorizado por un funcionario público en su carácter de tal;

El **segundo** que el funcionario debe ser competente y,

El **tercero** que debe otorgarse con las formalidades que la ley señala.

---

<sup>48</sup> DEVIS ECHEANDÍA, Hernando, Teoría General de la Prueba Judicial, Editorial Temis, Quinta Edición 2006 Colombia, Tomo II página 513.

<sup>49</sup> [Http://www.nuestroabogado.cl/codcivil.htm](http://www.nuestroabogado.cl/codcivil.htm), página web visitada en abril del 2009.

En cuanto al primer requisito los tratadistas ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO SOMARRIVA, UNDURRAGA MANUEL, expresan lo siguiente: “*La fuerza Probatoria proviene precisamente de la confianza por fe pública que inspira la persona investida de la facultad de autorizar instrumentos auténticos. Por eso si esta persona ha sido suspendida o destituida de sus funciones, no hay tal instrumento público*”<sup>50</sup>

Complementando con lo antes expuesto CLARO SOLAR expone lo siguiente: “*Pero si una persona inhábil por la ley para el desempeño del cargo hubiere sido designada por la autoridad a que correspondía designarlo; y desempeñara en el hecho el cargo, su intervención en el otorgamiento sería suficiente porque el error en general en que el público se hallara sobre la legitimidad de su nombramiento, haría discutible tal error.*”<sup>51</sup>

Respecto al segundo elemento puede decirse que debe ser competente en lo que se refiere a la materia que él mismo contiene y en cuanto al lugar en que se lo autoriza (materia y territorio).

Finalmente respecto al tercer elemento, decimos que debe otorgarse con las formalidades que la Ley señale, las cuales pueden ser varias y distintas dependiendo de qué clase instrumento se trate. Así éstas van a variar entre un Decreto del Presidente de la República a una sentencia, etc.

- **Código de Procedimiento Civil**

El Código de Procedimiento Civil chileno en su Título XI, De Los Medios De Prueba En Particular, nos señala qué instrumentos serán considerados como públicos en juicio, señalando los casos que proceden, como se transcribe a continuación:

“**2. De los instrumentos:**

**Art. 342 (331).**- *Serán considerados como instrumentos públicos en juicio, siempre que en su otorgamiento se hayan cumplido las disposiciones legales que dan este carácter:*

*1 Los documentos originales;*

*2 Las copias dadas con los requisitos que las leyes prescriban para que hagan fe respecto de toda persona, o, a lo menos, respecto de aquella contra quien se hacen valer;*

---

<sup>50</sup> ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC, “Derecho Civil, Parte Preliminar y Parte General”, Tomo II, Santiago de Chile, quinta edición, Editorial Ediar Conosur Ltda, 1991, página 167.

<sup>51</sup> CLARO SOLAR, Luis. Explicaciones de derecho civil chileno y comparado, tomo II, pág 123.

*3 Las copias que, obtenidas sin estos requisitos, no sean objetadas como inexactas por la parte contraria dentro de los tres días siguientes a aquel en que se le dio conocimiento de ellas;*

*4 Las copias que, objetadas en el caso del número anterior, sean cotejadas y halladas conforme con sus originales o con otras copias que hagan fe respecto de la parte contraria; y;*

*5 Los testimonios que el tribunal mande agregar durante el juicio, autorizados por su secretario u otro funcionario competente y sacados de los originales o de copias que reúnan las condiciones indicadas en el número anterior.”<sup>52</sup>*

De esta forma se ha expuesto como la normativa de otras legislaciones, específicamente lo que respecta al Código Civil y de Procedimiento Civil, definen al “Instrumento Público” y cuáles de los elementos que comprenden estos, se asemejan con los elementos que componen los conceptos expuestos sobre este tema en la legislación ecuatoriana. Entre las similitudes expuestas por las legislaciones estudiadas tenemos: que los documentos provengan de competente empleado, que estén autorizados con las solemnidades requeridas por la ley, y de igual forma la presencia del Notario es fundamental y evidente, por lo general en las legislaciones de América Latina. Todos estos componentes merecen un amplio estudio con más profundidad, el cual se realizará en la siguiente parte de este estudio.

---

<sup>52</sup> [Http:// www.cejamericas.org/doc/legislacion/codigos/cl-cod-proc-civil2.pdf](http://www.cejamericas.org/doc/legislacion/codigos/cl-cod-proc-civil2.pdf), página web visitada en abril del 2009.

## **SEGUNDA PARTE**

# **ANÁLISIS DE LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS Y PRIVADOS EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA**

## CAPÍTULO III.- ANÁLISIS DEL INSTRUMENTO PÚBLICO EN CONFORMIDAD A LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

Cuando hablamos de instrumento público nos referimos a aquel que es otorgado o autorizado por un funcionario público en ejercicio de sus atribuciones y con las formalidades de ley. Con la suscripción del mismo, por parte del funcionario competente, se confiere al instrumento eficacia probatoria plena respecto de los hechos o declaraciones que contenga y la certeza de la fecha en que se producen. De esta manera, los instrumentos públicos gozan de presunción de autenticidad. Pueden impugnarse, pero deberá probarse la falsedad. En este capítulo trataremos a fondo el tema del Instrumento Público específicamente en la legislación de nuestro país, así como todos los elementos que lo conforman.

### **I.- EL INSTRUMENTO PÚBLICO**

A continuación la definición emitida por algunas tratadistas acerca del Instrumento Público:

CABANELLAS nos indica que instrumento público: *“Es el otorgado y o autorizado, con las solemnidades requeridas por la ley, por notario, escribano, secretario judicial u otro funcionario público competente, para acreditar algún hecho, la manifestación de una o varias voluntades y la fecha en que se producen.”*<sup>53</sup>

GOLDSCHMIDT, señala específicamente la procedencia de estos apuntando que: *“son los otorgados por autoridades públicas dentro de los límites de sus atribuciones o por una persona investida de fe pública, dentro del ámbito de su competencia, en la forma prescrita por la ley.”*<sup>54</sup>

---

<sup>53</sup> CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Editorial Heliasta Buenos Aires–Argentina, Vigesimocuarta Edición 1996, Tomo IV, Página 449.

<sup>54</sup> GOLDSCHMIDT, James, Derecho Procesal Civil, traducción de Leonardo Prieto Castro, Barcelona- España, Editorial Labor, 1936, página 267.

Por su parte GUASP propone que Instrumento Público: *“Es el autorizado por un Notario o empleado Público competente, con las solemnidades requeridas por Ley (...) la verdad es que ni el sujeto ni el objeto ni la actividad califican en el fondo a un documento público si no la plena y radical pertenencia de este a la esfera del ordenamiento jurídico público en el que el documento se refiera a una realidad que sea dentro del mundo del derecho público y no del derecho privado.”*<sup>55</sup>

SPOTA señala que: *“El instrumento público tiene por principal nota característica que ha sido otorgado ante un órgano estatal (agente administrativo o funcionario) que posee atribución por la ley para darle autenticidad, es decir, para conferirle los efectos propios de la fe pública en lo que atañe a las circunstancias de haberse formulado la declaración de voluntad y realizado los hechos jurídicos cumplidos por el mismo, o que ante él sucedieron.”*<sup>56</sup>

De ésta manera podemos observar que entre los elementos característicos de los instrumentos públicos son la intervención de un competente empleado, es decir dentro del ejercicio de sus funciones e investidos de fe pública. Elementos de esencial importancia y que serán estudiados a profundidad más adelante en este estudio, sin antes remitirnos a otras legislaciones en cuanto a su concepción acerca de los instrumentos públicos.

El Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano se ha detenido extensamente en la regulación de los instrumentos. Así, el art. 165 formula una extensa enumeración que, si bien es limitada, no reviste el carácter de taxativa. Dentro del enfoque jurídico general de la voz genérica instrumento, importa destacar su clasificación esencial y caracterizar sus especies. }

## **II.- CONCEPTO DE INSTRUMENTO PÚBLICO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO:**

El concepto de “instrumento público” en nuestro Código de Procedimiento Civil, se encuentra definido en el artículo 164:

---

<sup>55</sup> GUASP, Jaime, Derecho Procesal Civil, Tomo Primero, Instituto de Estudios Políticos, Madrid - España, 1968, página 155.

<sup>56</sup> SPOTA, Alberto G. “Tratado de Derecho Civil”, editorial Depalma Buenos Aires-Argentina, 1947, página 53.

*“Art. 164.- Instrumento público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente empleado. Si fuere otorgado ante Notario e incorporado en un protocolo o registro público, se llamará escritura pública.”<sup>57</sup>*

En concordancia con el Art. 1716 del Código Civil, el que nos dice:

*“Art. 1716.- Instrumento público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente empleado.*

*Otorgado ante Notario, e incorporado en un protocolo o registro público, se llama escritura pública.”<sup>58</sup>*

Nuestro Código de Procedimiento Civil nos señala la definición específicamente de Instrumento Público. Incluso, hace sinónimo de éste con el auténtico, más este Código no hace referencia a la fe pública, elemento esencial dentro de los instrumentos públicos.

Nos indica también que los instrumentos públicos provienen de un “competente empleado”. Dentro de mi parecer, a nuestro Código se le olvida mencionar que este empleado debe provenir o formar parte de la función pública, de la administración del Estado, o en sí de cualquiera de las entidades gubernamentales del país. Debe haber sido nombrado por una autoridad e investido de poder y competencia para poder revestir a estos documentos de autenticidad y otorgarles la calidad de tales.

El mismo artículo hace referencia al Notario Público. No hay una clara referencia en cuanto a si este es uno de los numerosos sujetos competentes para otorgar este tipo de documentos, o si este constituye una figura especial, ya que nos dice que todo documento otorgado ante este e ingresado en un protocolo constituirá una escritura pública.

Dentro de la clasificación de los instrumentos del artículo 165 del Código de Procedimiento Civil, no se señala a la escritura pública, ya que se hace una especial referencia a esta en el artículo que le antecede. Como ya lo señalé anteriormente se entiende que se hace énfasis en

---

<sup>57</sup> Código de Procedimiento Civil, Suplemento del Registro Oficial número 58, CODIFICACION 2005 – 011, Quito, 26 de abril del 2005.

<sup>58</sup> Código Civil Codificación 2005-010, Suplemento del Registro Oficial, número 46 del 24 de Junio del 2005.

este instrumento, que si bien es cierto se encuentra dentro del campo notarial, es imprescindible su estudio y análisis, como lo veremos más adelante dentro de este trabajo.

El segundo inciso nos señala:

*“Art. 164 inc2: “Se consideran también instrumentos públicos los mensajes de datos otorgados, conferidos, autorizados o expedidos por y ante autoridad competente y firmados electrónicamente.”<sup>59</sup>*

Aquí podemos observar, cómo el desarrollo tecnológico de este nuevo siglo ha marcado su presencia en nuestro Código de Procedimiento Civil. En este caso aparece la figura de la firma electrónica, (como se desprende de la Ley de Comercio Electrónico vigente en su Título II, capítulos del I al IV)<sup>60</sup>. El legislador señala la plena validez de ésta en cualquier tipo de instrumentos, siempre y cuando ésta se encuentre legitimada por uno de los organismos o entidades certificadoras autorizadas.<sup>61</sup>

Los siguientes artículos nos señalan ciertos casos en que el Instrumento Público prevalece sobre el Privado en nuestra legislación. Así los artículos 17 y 1718 del Código Civil nos dicen:

*“Art. 17.- En los casos en que las leyes ecuatorianas exigieren instrumentos públicos para pruebas que han de rendirse y surtir efecto en el Ecuador, no valdrán las escrituras privadas, cualquiera que sea la fuerza de éstas en el lugar en que hubieren sido otorgadas.*

*Art. 1718.- La falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad; y se mirarán como no ejecutados o celebrados, aún cuando en ellos se prometa reducirlos a instrumento público dentro de cierto plazo, bajo una cláusula penal. Esta cláusula no tendrá efecto alguno.*

---

<sup>59</sup> Código De Procedimiento Civil, Suplemento del Registro Oficial número 58, CODIFICACION 2005 – 011, Quito, 26 de abril del 2005.

<sup>60</sup> Ley de Comercio Electrónico, firmas electrónicas y mensajes de datos, Registro Oficial número 557- Miércoles 17 de Abril del 2002 - LEY No. 2002 – 6.

<sup>61</sup> Con más profundidad se analizará en tema de la firma electrónica en el tema 4.5.4 de la Firma Electrónica del presente estudio.

*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.”<sup>62</sup>*

También el Código de Comercio y la Ley de mercado de Valores, señala el caso en que se debe emplear instrumentos públicos, más específicamente nos habla de las escrituras públicas:

- **Código de Comercio**

El Código de comercio en su artículo 183 inciso primero señala lo siguiente:

*“Art. 183 inc.1.- La venta de la totalidad de las mercaderías o efectos de un comerciante se hará por escritura pública, bajo pena de nulidad.”<sup>63</sup>*

- **Ley de Mercados de Valores**

De igual forma la Ley de Mercado de Valores en su artículo 164 inciso segundo nos dice:

*“Art. 164 inc. 2.- La emisión de obligaciones deberá efectuarse mediante escritura pública. El contrato de emisión de obligaciones deberá contener tanto las características de la emisión como los derechos y obligaciones del emisor, de los obligacionistas y de la representante de estos últimos....”<sup>64</sup>*

### **III.- FE PÚBLICA COMO ELEMENTO INDISPENSABLE EN EL INSTRUMENTO PÚBLICO:**

La Fe de forma general, es por definición *“la creencia que se da a las cosas por la autoridad del que las dice o por la fama pública.”<sup>65</sup>*

---

<sup>62</sup> Código Civil Codificación 2005-010 Suplemento del R. O. No. 46 del 24 de Junio del 2005.

<sup>63</sup> Código de Comercio, Codificación número 000, R.O. Suplemento 1202 de 20 de Agosto de 1960.

<sup>64</sup> Codificación de la Ley de Mercado de Valores, CODIFICACIÓN 2006 – 001, Registro Oficial No. 215 de 22 de Febrero del 2006, Suplemento.

<sup>65</sup> [Http://www.iusnews.com.ar/diazrobledo/buenafe.htm](http://www.iusnews.com.ar/diazrobledo/buenafe.htm), página web visitada en abril del 2009.

COUTURE apunta: “*Etimológicamente deriva de fides; indirectamente del griego (peitheio), yo persuado (...) pública quiere decir notoria, patente, manifiesta, que la ven o la saben todos (...) etimológicamente quiere decir ‘del pueblo’ (populicum).*”<sup>66</sup> Fe Pública vendría a ser, entonces, en el sentido literal de sus dos extremos: “*la creencia notoria o manifiesta.*”<sup>67</sup>

De esta forma podemos encontrar que la fe pública es: “*La garantía que da el Estado de que determinados hechos que interesan al derecho son ciertos (...) Mediante la fe pública se impone coactivamente a todos la certidumbre de los hechos objeto de la misma. Ello se consigue dotando a los documentos donde constan de determinados requisitos que aseguren su autenticidad y que vienen a constituir como sello de la autoridad pública. Así, el contraste realizado por el Estado asegura para siempre, con exclusión de ulterior comprobación, con la misma eficacia que el cuño a la moneda, la veracidad de los hechos que se sujetan a la fe pública en cualquiera de sus manifestaciones. El resultado práctico más señalado de la fe pública en este sentido consiste en facilitar el comercio jurídico. La fe pública en su histórico y lógico desenvolvimiento, no sólo constituye una garantía de certeza de los hechos, sino que también de su valor legal.*”<sup>68</sup>

COUTURE nos expone la definición de fe pública inclinada hacia la visión notarial: “*El concepto de fe pública se asocia a la función notarial de manera más directa que a otra actividad humana... el escribano da fe de cuanto ha percibido ex proprii sensibus; y el derecho da fe a lo que el escribano asegura haber percibido. Esa fe es además pública.*”<sup>69</sup>

En concordancia con lo expuesto por COUTURE, el tratadista CABANELLAS nos señala lo siguiente acerca de la fe pública: “*Es la Autoridad legítima atribuida a Notarios, escribanos agentes de cambio y bolsa, cónsules y secretarios de juzgados, tribunales y otros funcionarios públicos, o empleados y representantes de establecimientos de igual índole, acerca de actos, hechos y contratos realizados o producidos en su presencia; y que se tienen por auténticos y con fuerza probatoria mientras no se demuestre su falsedad*”<sup>70</sup>

La Ley Notarial Ecuatoriana nos habla del Notario en su artículo 6, exponiendo lo siguiente:

**“Art. 6.- [Definición y fuero].-** *Notarios son los funcionarios investidos de fe pública para autorizar, a requerimiento de parte, los actos, contratos y*

---

<sup>66</sup> COUTURE, Eduardo J, “El concepto de la fe pública”, en Estudios de Derecho Procesal Civil, tomo II, Ediciones Depalma, Buenos Aires-Argentina, 1976, página 45.

<sup>67</sup> COUTURE, Eduardo J, “El concepto de la fe pública”, en Estudios de Derecho Procesal Civil, tomo II, Ediciones Depalma, Buenos Aires-Argentina, 1976 página 46.

<sup>68</sup> [Http://www.tuobra.unam.mx/publicadas/070624161686.html](http://www.tuobra.unam.mx/publicadas/070624161686.html), página web visitada en marzo del 2009.

<sup>69</sup> COUTURE, Eduardo J, Estudios de Derecho Procesal Civil, Tomo III, Ediciones Depalma, Buenos Aires-Argentina, 1976, Página 17.

<sup>70</sup> CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Editorial Heliasta Buenos Aires-Argentina, Vigésimocuarta Edición 1996, tomo IV Página 37.

*documentos determinados en las leyes. Para juzgarlos penalmente por sus actos oficiales gozarán de fuero de Corte.”*<sup>71</sup>

Como se puede observar, este artículo hace referencia a la fe pública de la cual ésta investido el Notario para que el otorgamiento de documentos ante él, constituyan instrumentos públicos. La fe pública constituye un elemento importante e imprescindible, en lo que se refiere a la suscripción de instrumentos públicos (en este caso más específico la escritura pública), por lo que me voy a permitir realizar una breve descripción de los que constituye la fe pública dentro de mi criterio.

La fe pública es otorgar al instrumento de autenticidad, es decir que su origen se encuentra respaldado jurídicamente con respecto de quien provenga, ya sea el Notario, Escribano, Secretario Judicial, etc., por la calidad que tenga de tal y la facultad de la cual se le ha investido para poder dotar a los instrumentos de esta característica. La autenticidad otorgada a través de la fe pública emanada de la autoridad competente será indiscutible, mientras las solemnidades requeridas y los principios inherentes a los instrumentos y su existencia y validez se cumplan.

Como bien señala CARNELUTTI, *“la indicación del autor del documento, y en especial modo, la suscripción no debe confundirse con la verdad de la indicación del autor, y en particular de la suscripción, ya que esta, aún siendo falsa, completa el documento, puesto que la falsedad no impide que el documento exista.”*<sup>72</sup>

Por otra parte GIMÉNEZ-ARNAU DEL MAESTRO GONZALO DE LAS CASAS, en lo que se refiere a la Fe Pública señala, que se entiende como esta a la *“presunción legal de veracidad respecto a ciertos funcionarios a quienes la ley reconoce como probos y verdaderos facultándoles para darla a los hechos y convenciones que pasan entre los ciudadanos.”*<sup>73</sup>

---

<sup>71</sup> Ley Reformatoria a la Ley Notarial, codificación 2006-62, Registro Oficial número 406 - martes, 28 de noviembre del 2006.

<sup>72</sup> CARNELUTTI, Francesco, Instituciones del Proceso Civil, traducción de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires- Argentina, editorial EJE, tomo I, página 169.

<sup>73</sup> [Http://www.ejusticia.org/component/option,com\\_docman/task,doc\\_view/gid,110/Itemid,174/](http://www.ejusticia.org/component/option,com_docman/task,doc_view/gid,110/Itemid,174/) -, página web visitada en enero del 2009.

Aquí quiero hacer una acotación con el concepto dado por el autor citado, ya que la probidad es un calificativo personalísimo, el cual deriva de la moral y la ética de las personas por lo que en mi parecer la fe pública no otorga a una persona una característica de credibilidad en ámbito personal, si no que otorga en sí al instrumento o documento que este expide, la autenticidad jurídica para su validez dentro del marco jurídico de una sociedad y para la validez dentro de una determinada situación. Por lo tanto discrepo con el autor en este sentido.

## **A) Clasificación de la Fe Pública**

Es importante señalar que según la doctrina existen varias clases de fe pública, entre ellas me voy a referir a específicamente a la: Originaria, Derivada y Judicial, Notarial.

**1) La fe pública judicial:** es aquella de que gozan los documentos de carácter judicial. El funcionario competente para dar fe del acto procesal, es el secretario judicial cuya función autenticadora es esencialmente, igual a la del Notario, diferenciándose solo en los modos de intervención, *“la función del secretario es mucho menos importante que la del Notario, pues aquel es un mero testigo del acto que cumple el juez ante él limitándose el secretario a autenticarlo, pero siendo el magistrado perito en derecho, ni tiene obligación de consultar con aquél, ni el secretario derecho a intervenir en nada que se refiera a la validez del acto, fuera de su documentación. El Notario por el contrario, constituye la relación jurídica, con validez formal interna, aumentando así el ámbito, de aplicación pacífica del derecho.”*<sup>74</sup>

**2) La fe notarial:** La fe pública notarial es una facultad otorgada por la ley al Notario. Es pública porque proviene del Estado y significa la facultad de que aquello que certifica y autoriza sea, salvo prueba en contrario en las instancias jurisdiccionales, la certeza jurídica.

Está representada por la actividad del Notario dirigida a la autorización de los contratos y demás actos jurídicos extrajudiciales.

---

<sup>74</sup> CARRA Y DE TERESA, Luis, Derecho Notarial y Derecho Registral, Editorial Porrúa, Decimoctava Edición 2007 México D.F. – México, Página 43.

El nuestra legislación el Notario público tiene como atributo inseparable y fundamental de su calidad fedataria, la de tener la fe pública en sus actuaciones, es decir, dar fe conforme a su propia función de lo que ve, de lo que oye y perciben sus sentidos. El Notario no puede deducir, tiene que dar fe de lo que está a la vista, de lo que le consta en forma directa, no puede emitir juicios de valor o calificar. Así el Notario coadyuva en la realización de estos fines, con la redacción y autorización de los instrumentos públicos. La fuerza probatoria que otorga el Estado al instrumento notarial, es actualmente circunstancial, fortalece al instrumento dándole las características de prueba documental pública indubitable, mientras no se pruebe judicialmente lo contrario. En nuestra época, la función del Notario de tipo latino, consiste en escuchar, interpretar y aconsejar a las partes; preparar, redactar, certificar, autorizar y reproducir el instrumento notarial, en algunos casos deberá ser inscrito tanto en el Registro de la Propiedad como Mercantil. El Notario al llevar a cabo este proceso en la elaboración de un instrumento notarial, le da certeza jurídica a sus clientes, cumpliendo con uno de los fines del Estado que es la seguridad jurídica.

Es muy común encontrar en ciertos países especialmente de Latinoamérica, la utilización del término escribano en equivalencia al de Notario, en la actualidad ambos funcionarios cumplen las mismas actividades pero en la antigüedad el escribano podía realizar actividades en los juzgados, como secretario.

### **Fedatarios Extrajudiciales:**

Existen una variedad de fedatarios extrajudiciales, voy a enumerar algunos de ellos:

En el campo del derecho internacional privado, los cónsules y los representantes y diplomáticos, en cuestiones de derecho marítimo, y en las relativas al estado civil de las personas.

En lo eclesiástico: los párrocos de la iglesia, en asuntos matrimoniales, y antiguamente en cuanto a las partidas de nacimiento o de bautismo, aunque también posean atribuciones para autorizar testamentos en ciertas regiones de ciertos países.

En el derecho mercantil, los agentes cambio y bolsa, los corredores de comercio y los corredores intérpretes de buques, sobre la generalidad de los actos y contratos característicos del comercio, y cada una de sus categorías dentro de su peculiar esfera.

Dentro del derecho inmobiliario, con predominio del típicamente hipotecario, y en registro de compraventas, los Registradores de la Propiedad.

En el Derecho Militar; los comisarios de guerra y los jefes autorizados para los matrimonios en peligro de muerte y los testamentos especiales de los militares.

En lo marítimo o naval, en amplio sentido las autoridades de los barcos de guerra y de los mercantes, para los mismos actos del derecho civil, mencionados anteriormente.

Así también en el Ecuador los agentes municipales y captadores de impuestos, como SRI, Municipios y Consejos Provinciales.

Un elemento esencial para que el instrumento tenga función documental es la indicación del autor del escrito, constituyéndose de este modo en una declaración y no solo en una expresión de pensamiento. Sería menester que la propia legislación establezca parámetros que los diferencien y con ello se llenen vacíos legales que posibiliten al abogado, al legislador y al juez, la mejor aplicación y administración de las leyes y en consecuencia de la justicia en el reconocimiento de derechos y el establecimiento de obligaciones.

#### **IV.- CLASIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS INSTRUMENTOS Y DOCUMENTOS PÚBLICOS Y PRIVADOS EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL ECUATORIANO Y EN LA DOCTRINA.**

Es de elemental importancia señalar que todo conocimiento, información o saber provienen de una experiencia que tuvo lugar en algún momento de nuestra existencia. Por lo tanto, para que se pueda tener una constancia de su realidad se necesita su exteriorización a través de la plasmación de éstos en un soporte sea este de cualquier naturaleza. De este modo nace el

documento, como medio de exposición de ciertos eventos. Así GÓMEZ MERA nos dice: “*el documento es también una prueba histórica por cuanto fija o recoge un hecho que ha ocurrido en la dimensión del tiempo.*”<sup>75</sup>

La tarea del legislador es comprender la aparición y existencia de tales situaciones o eventos particulares y determinar su forma, a través del establecimiento de ciertas categorías en las que se podrían enmarcar estos documentos, mediante la formación de leyes, señalamiento de requisitos y sobre todo clasificaciones, las cuales se iban intensificando mediante el crecimiento y desarrollo de la sociedad.

De este modo ROUSSEAU, en su libro el Contrato Social señala que “*el nexo que une gobernantes con gobernados hace que sea necesaria la creación de normas jurídicas que permitan la convivencia del hombre en la sociedad (...) las leyes no son propiamente sino las condiciones de la asociación civil.*”<sup>76</sup>

En la actualidad, la creciente aparición y complejidad de relaciones socio-económicas, han hecho necesario la realización de documentos para la constancia de situaciones. Nuestra legislación ha considerado y regulado algunas de manera especial con el fin de darle una figura y un valor jurídico a éstas, revistiéndole de seguridad para sus suscriptores y para terceros que puedan verse ya sea perjudicados o beneficiados con estos.

La legislación ecuatoriana ha reconocido la existencia de algunos instrumentos, tanto públicos como privados, clasificándolos de forma expresa en su Código de Procedimiento Civil. Así la normativa antes expuesta los señala, en sus artículos 165, como se transcribe a continuación:

**“Art. 165.-** *Hacen fe y constituyen prueba todos los instrumentos públicos, o sea todos los instrumentos autorizados en debida forma por las personas encargadas de los asuntos correspondientes a su cargo o empleo, como los diplomas, decretos, mandatos, edictos, provisiones, requisitorias, exhortos u otras providencias expedidas por autoridad competente; las certificaciones, copias o testimonios de una actuación o procedimiento gubernativo o judicial, dados por el secretario respectivo, con decreto superior, y los escritos en que se exponen los actos ejecutados o los convenios*

---

<sup>75</sup> GOMEZ, Mera Roberto, La prueba documental, editorial Edino, Ecuador, Página 31.

<sup>76</sup> ROSSEAU, Jean Jaques, El contrato Social, editorial Espasa Calpe, Madrid-España, Decimoprimer Edición, Página 85.

*celebrados ante Notario, con arreglo a la ley; los asientos de los libros y otras actuaciones de los funcionarios y empleados del Estado de cualquiera otra institución del sector público; los asientos de los libros y registros parroquiales, los libros y registros de los tenientes políticos y de otras personas facultadas por las leyes.*

*El instrumento público agregado al juicio dentro del término de prueba, con orden judicial y notificación a la parte contraria, constituye prueba legalmente actuada, aunque las copias se las haya obtenido fuera de dicho juicio.”<sup>77</sup>*

En concordancia con el Código de Procedimiento Civil y los artículos 27 y 122 de **La Ley de Registro Civil Identificación y Cedulación**, nos señalan algunos documentos con calidad de instrumentos públicos:

*“Art. 27.- Calidad de instrumentos públicos.- Las actas de inscripción en los libros de registro civil y sus duplicados son instrumentos públicos.*

*Art. 122.- Copias y Certificaciones.- A petición de cualquier persona el Jefe del Departamento de Registro Civil o Jefe de Registro Civil, Identificación y Cedulación conferirán copia o certificado de las inscripciones o de los datos contenidos en las mismas.*

*La copia o certificado se conferirá manuscrito, dactilografiado o electromecanizado.*

*La copia o certificado autorizado por el Jefe de Registro Civil, Identificación y Cedulación, o su delegado, es instrumento público.”<sup>78</sup>*

Nuestra legislación en el CPC, señala de forma taxativa los actos y contratos que se pueden extender por instrumento privado:

*“Art. 193.- Son instrumentos privados:*

*1.- Los vales simples y las cartas;*

*2.- Las partidas de entrada y las de gasto diario;*

---

<sup>77</sup>Código De Procedimiento Civil, Suplemento del Registro Oficial número 58, CODIFICACION 2005 – 011, Quito, 26 de abril del 2005.

<sup>78</sup>Ley General de Registro Civil, Identificación y Cedulación, Decreto Supremo número 278, publicado en el Registro Oficial número 70 de 21 de abril de 1976.

- 3.- Los libros administrativos y los de caja;
- 4.- Las cuentas extrajudiciales;
- 5.- Los inventarios, tasaciones, presupuestos extrajudiciales y asientos privados; y,
- 6.- Los documentos a que se refieren los Arts. 192 y 194”

Más el artículo 192 de la misma normativa expresa lo siguiente:

**“Art. 192.-** *Se pueden extender en escritura privada los actos o contratos en que no es necesaria la solemnidad del instrumento público...*<sup>79</sup>

Como observamos en la normativa antes señalada, los documentos públicos requieren de ciertas solemnidades como es: el que provengan de competente empleado o sean otorgados ante un Notario. Por el contrario, los instrumentos privados son cualquier otro documento que no cumpla con estos preceptos, como se desprenden del mismo concepto dado por nuestro Código de Procedimiento Civil en su artículo 164, por lo que es preciso señalar que todo acto o contrato que no cumpla con este cometido, podrá otorgarse a través de un instrumento privado.

La **DOCTRINA** nos señala algunas clases de documentos públicos y privados como los siguientes:

<b>Documentos Públicos</b>	<b>Documentos Privados</b>
<i>“Resoluciones, Certificaciones, actas y cédulas, de notificación de los tribunales, secretarios y ejecutores judiciales; los decretos, testimonios y certificados de las autoridades estatales o municipales y eclesiásticas; los documentos notariales, las inscripciones de los registros públicos y los</i>	<i>“Correspondencia Comercial o cartas misivas, libros de comercio y de sociedades y asociaciones civiles, libros auxiliares.”<sup>81</sup></i>

<sup>79</sup> Código De Procedimiento Civil, Suplemento del Registro Oficial número 58, CODIFICACION 2005 – 011, Quito, 26 de abril del 2005.

<i>certificados de los mismos; los certificados de heredero, los recibos de Correos, etc.”<sup>80</sup></i>	
<i>“Certificados de las Oficinas del Registro de estado civil, la escritura de contrato, el testamento, la carta ofensiva”<sup>82</sup>.</i>	<i>“Asientos, registros o papeles privados”<sup>83</sup></i>
<i>“Las escrituras públicas hechas por los escribanos públicos en sus libros de protocolo o por otros funcionarios con las mismas atribuciones y las copias de esos libros sacadas en la forma que prescribe la ley.  Cualquier otro instrumento que extendieren los escribanos o funcionarios públicos en la forma que las leyes hubieran determinado.”</i>	<i>“Libretas y cédulas de Bancos no oficiales.”<sup>84</sup></i>
<i>Los asientos en los libros de los corredores o martilladores públicos en los casos y en la forma que determine los códigos de comercio.</i>	<i>“Libros de contabilidad, papeles domésticos, asientos de corredores de comercio, notas escritas sin firma en documento público o privado, contraseñas tiquetes de pasajes para transportes terrestres, marítimos o aéreos, o de entradas de espectáculos, discos, películas, grabaciones, películas.”<sup>85</sup></i>
<i>“Las actas judiciales hechas por los respectivos secretarios, y firmadas por las partes, y las copias que de estas actas se sacasen por orden del juez ante quienes pasaron.</i>	
<i>Las letras aceptadas por su gobierno o sus delegados, los billetes o cualquier otro título de crédito emitido por el tesoro público, las cuentas sacadas de los libros fiscales autorizadas por el encargado de llevarlas.</i>	
<i>Las letras de particulares dadas en pago de derechos de aduana con expresión o con la anotación correspondiente de que pertenecen</i>	

<sup>81</sup> BRICEÑO Sierra, Humberto., Derecho Procesal, Editorial Harla, México-México, segunda edición, 1995, página 142.

<sup>80</sup> KISH W, Elementos del Derecho Procesal Civil, traducción de Leonardo Pietro Castro, segunda edición, Madrid-España, Editorial Revista de Derecho Privado, 1940, página 231.

<sup>82</sup> *Ibidem* 89, página 232.

<sup>83</sup> GUASP, Jaime, Derecho Procesal Civil Tomo Primero, Instituto de Estudios Políticos, Madrid-España, 1968, página 163.

<sup>84</sup> *Ibidem*, página 164.

<sup>85</sup> DE SANTO, Víctor, La prueba judicial, Editorial Universidad, Tercera Edición 2005 Buenos Aires- Argentina, Página 204.

<i>al tesoro público.</i>	
<i>Las inscripciones de la deuda pública, tanto nacionales como provinciales, Bonos del Estado.</i>	
<i>Los billetes, libretas y toda cédula emitida por bancos autorizados para tales emisiones.”<sup>86</sup></i>  En el caso del Ecuador, el Banco Central no está autorizado para la emisión de dólares, más si de moneda nacional fraccionaria, esto es de 5, 10, 25 ,50 centavos de dólar. En lo que se refiere a libretas de ahorro tenemos las emitidas por el los Bancos del estado como lo son el Banco Nacional de Fomento, así como la Corporación Financiera Nacional.	
Los asientos de los matrimonios en los libros parroquiales o en los registros municipales y las copias sacadas de esos libros y registros.	
Todo lo que señalen las leyes especiales.	

**V.- CUADRO Y ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS Y PRIVADOS EN CONFORMIDAD A LAS DEFINICIONES SEÑALADAS POR NUESTRO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL:**

El siguiente cuadro nos dará una referencia entre las diferencias aplicables a la figura del instrumento público y el privado dentro de nuestra legislación:

---

<sup>86</sup> GÓMEZ ORBANEJA Y ERCE QUEMADA, Derecho Procesal, Madrid- España, 1955, Volumen 1, página 300.

<b>INSTRUMENTOS PÚBLICOS</b>	<b>INSTRUMENTOS PRIVADOS</b>
1.- Otorgado con las solemnidades legales.	1.- Escrito.
2.- Proviene de un competente empleado.	2.- Proviene de personas Particulares.
3.- Si se hubiere otorgado ante Notario Público, ingresado a protocolo; se lo denominará Escritura Pública.	4.- No interviene Notario, ni otra persona legalmente autorizada, o por personas públicas, en actos que no son de su oficio.
4.- Mensajes de datos con firma electrónica.	4.- Firma electrónica igualmente válida.

A continuación se realizará un análisis de todos los elementos que comprenden este cuadro:

### **1) Solemnidades legales en los documentos públicos y privados.**

Existen en nuestra legislación una serie de actos, convenciones y contratos que la Ley exige que se cumplan con ciertas formas externas, es decir que la voluntad de los individuos que los ejecutan o celebran se manifiesten mediante ciertos y determinados formulismos o solemnidades y con la concurrencia de otras circunstancias que formalizan la ejecución del acto jurídico.

Los actos en los cuales no es suficiente la sola manifestación del consentimiento y voluntad de las partes en cualquier forma que se haga, sino que se exige cumplir con ciertas formalidades, se denominan actos solemnes, como bien lo señala el tratadista ecuatoriano, GÓMEZ MERA: *“En algunas ocasiones, el documento no sólo que es medio de prueba, sino, además requisito material indispensable para la existencia o validez de un acto jurídico. Este ocurre cuando la ley lo exige como formalidad ad substantiam actus.”*<sup>87</sup>

En consecuencia, un acto es solemne cuando la voluntad de las partes expresada sin formas exteriores determinadas, no basta para que quede ejecutado, exigiendo la Ley por lo tanto ciertas formalidades particulares.

---

<sup>87</sup> GOMEZ MERA, Roberto, La prueba documental, Editorial Edino, Ecuador, Página 31.

CABANELLAS nos define la palabra solemne como: “...referido a los actos y contratos jurídicos, el auténtico y eficaz por estar revestido de la forma exigida por la ley para su validez.”<sup>88</sup>

Los requisitos de forma son las llamadas “formalidades”. Estas formas externas se conocen generalmente bajo el nombre de “solemnidades”, determinándose a un acto que reúne requisitos de forma como un “acto solemne”, el mismo que se encuentra definido así por el maestro ALFREDO BARROS: “Son los actos en los que no basta la mera exteriorización del consentimiento de las partes, en cualquier forma que se haga, sino que debe constar en ciertas formalidades, o hacerse mediante determinadas formalidades.”<sup>89</sup>

COUTURE opina al respecto: “Las formas externas que exigen pena de nulidad se denominan, por lo general, solemnidades u pueden consistir en múltiples condiciones especiales, tales como instrumentos públicos, con la concurrencia de testigos, en menciones expresas, en la forma de personas en inscripciones, en determinados registros, etc.”<sup>90</sup>

Se entiende que toda formalidad que deba concurrir en los instrumentos para su perfeccionamiento y validez, así como para que constituyan prueba, deben estar expresamente señalados en las leyes.

Desde la antigüedad ya existía la figura de la Escritura Pública para la validez de la compraventa de un inmueble, como se podrá observar en este pasaje de la Biblia citado a continuación:

### **Jeremías Capítulo 32, versículos del 6 al 17:**

*“6 Jeremías dijo: "La palabra del Señor me llegó en estos términos: 7 Janamel, hijo de tu tío Salúm, viene hacia ti para decirte: Compra mi campo que está en Anatot, porque a ti te corresponde adquirirlo, en virtud del derecho de rescate.”*

*8 Janamel, el hijo de mi tío, vino a verme en el patio de la guardia, según la palabra del Señor, y me dijo: "Cómprame mi campo que está en Anatot, en el país de Benjamín, porque tú tienes el derecho de adquisición y de rescate: cómpramelo.” Yo comprendí que esa era la palabra del Señor;*

---

<sup>88</sup> CABANELLAS DE TORRES Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, décimo séptima edición, Buenos Aires, Argentina, 2005 página 131.

<sup>89</sup> BARROS. E, Alfredo, Curso de Derecho Civil, editorial Nacimiento, Santiago de Chile, 1931, tomo I, página 76.

<sup>90</sup> COUTURE, Eduardo J, Fundamentos de Derecho Procesal Civil, Tercera Edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires-Argentina, 1976, Página 116.

9 compré a Janamel, el hijo de mi tío, el campo que está en Anatot, y le pesé la plata: diecisiete siclos de plata.

10 Hice la escritura, la sellé, la certifiqué con testigos y pesé la plata en una balanza.

11 Luego tomé la escritura de la compra –la que había sido sellada, con las cláusulas y las estipulaciones, y la que había quedado abierta– 12 y la entregué a Baruc, hijo de Nerías, hijo de Maasías, en presencia de Janamel, el hijo de mi tío, en presencia de los testigos que habían firmado la **escritura de la compra**, y en presencia de todos los judíos que estaban en el patio de la guardia.

13 Luego, a la vista de ellos, di esta orden a Baruc: 14 "Así habla el Señor de los ejércitos, el Dios de Israel: **Toma estas escrituras** –la que está sellada y la que está abierta– y mételas en una vasija de arcilla, **para que se conserven por mucho tiempo.**

15 Porque así habla el Señor de los ejércitos, el Dios de Israel: De nuevo se comprarán casas, campos y viñas en este país"

16 Después de entregar la escritura de la compra a Baruc, hijo de Nerías, yo dirigí al Señor esta súplica:

17 "¡Ah, Señor! Tú has hecho el cielo y la tierra con tu gran fuerza y tu brazo poderoso: para ti no hay nada imposible."<sup>91</sup> Palabra del Señor. Amén.

**Los requisitos legales que deben cumplir los instrumentos públicos**, pueden ser diversos, El artículo 1570 del Código Civil ecuatoriano, nos señala en cuanto a la promesa de compraventa lo siguiente:

*“Art. 1570.- La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna; salvo que concurran 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”<sup>92</sup>*

Aquí podemos distinguir que nos habla de la promesa de celebrar un contrato, y en el numeral primero se puede observar que uno de los requisitos es que conste por escrito. En este caso podríamos decir que constituya un instrumento ya sea público o privado; y cuando se refiere a la posibilidad que sea por medio de escritura pública, nos indica claramente que tendrá lugar cuando se requiera de esta solemnidad como en el caso de la Compraventa de un inmueble; en la cual es un requisito indispensable para la validez de este contrato, como bien, lo determina el Código Civil ecuatoriano como transcribo a continuación:

---

<sup>91</sup> [Http://www.es.catholic.net/biblia/](http://www.es.catholic.net/biblia/), página web visitada en Diciembre del 2009.

<sup>92</sup> Código Civil Codificación 2005-010, Suplemento del Registro Oficial, número 46 del 24 de Junio del 2005.

*“Art. 1740.- La venta se reputa perfecta desde que las partes han convenido en la cosa y en el precio, salvo las excepciones siguientes:*

*La venta de bienes raíces, servidumbres y la de una sucesión hereditaria, no se reputan perfectas ante la ley, mientras no se ha **otorgado escritura pública**, o conste, en los casos de subasta, del auto de adjudicación debidamente protocolizado e inscrito.*

En este caso, nuestro Código Civil nos señala una de las solemnidades que deben cumplir los contratos de compraventa de bienes raíces, servidumbres o de la sucesión hereditaria; que es el ser otorgados por escritura pública ante Notario Público e ingresado en un protocolo, para su perfecta validez y legalidad.

De igual forma el Código Civil nos habla que no se admitirá la prueba de testigos en cuanto adicione o altere de algún modo lo que se exprese en el documento, en obligaciones contraídas que sean superiores a USD 80 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, El artículo 1726 nos habla de las promesas de entregar una cosa, y la obligación de constar por escrito en el siguiente caso:

*“Art. 1726.- Deberán constar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de ochenta dólares de los Estados Unidos de América.*

*No será admisible la prueba de testigos en cuanto adicione o altere de algún modo lo que se exprese en el acto o contrato, ni sobre lo que se alegue haberse dicho antes, al tiempo o después de su otorgamiento, aún cuando en alguna de estas adiciones o modificaciones se trate de una cosa cuyo valor no alcance a la referida suma.*

*No se incluirán en esta cantidad los frutos, intereses u otros accesorios de la especie o cantidad debida.”<sup>93</sup>*

Tampoco es admisible la prueba de testigos en las demandas de menos de ochenta dólares de los Estados Unidos de América, cuando se declara que lo que se demanda es parte o resto de un crédito que debió ser consignado por escrito y no lo fue.

---

<sup>93</sup> Código Civil Codificación 2005-010, Suplemento del Registro Oficial, número 46 del 24 de Junio del 2005.

Lo expuesto anteriormente en concordancia con lo que dispone el art. 1725 del Código Civil como se señala a continuación:

*“Art. 1725.- No se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito.”*

De igual forma se expresa el artículo 17 del Código Civil ecuatoriano:

*“Artículo 17.- En los casos en que las leyes ecuatorianas exigieren instrumentos públicos para pruebas que han de rendirse y surtir efecto en el Ecuador, no valdrán las escrituras privadas, cualquiera que sea la fuerza de éstas en el lugar en que hubieren sido otorgadas.”<sup>94</sup>*

De este articulado se puede deducir que en ningún caso se podrá convalidar la falta de solemnidad al momento del otorgamiento de un documento privado, el cual debió haberse otorgado por instrumento público, por así disponerlo la Ley.

En concordancia con lo antes expuesto BRICEÑO SIERRA expresa lo siguiente: *“Cuando la expresión por escrito fuere exclusivamente ordenada o convenida, no puede ser suplida por ninguna otra prueba, aunque las partes se hayan obligado hacerlo por escrito en un tiempo determinado y se hayan impuesto cualquier pena. En los casos en que la forma del instrumento público fuese exclusivamente ordenada, la falta de ella no puede ser suplida por ninguna otra prueba y también el acto será nulo. Cuando se hubiese ordenado exclusivamente una clase de instrumento público, la falta de esa especie no puede ser suplida por especie diferente.”<sup>95</sup>*

En caso de la omisión de alguna de las solemnidades prescritas por la Ley en lo que se refiere a los Instrumentos Públicos, se prevé la sanción de nulidad, determinada en el Código de Procedimiento Civil y la Ley Notarial como señalo a continuación:

*“Art. 170.- Los instrumentos públicos comprendidos en el Art. 165, son nulos cuando no se han observado las solemnidades prescritas por la ley, o las ordenanzas y reglamentos respectivos.”<sup>96</sup>*

---

<sup>94</sup> Código Civil Codificación 2005-010, Suplemento del Registro Oficial, número 46 del 24 de Junio del 2005.

<sup>95</sup> BRICEÑO SIERRA, Humberto., Derecho Procesal, Editorial Harla, México, segunda edición, 1995, página 136.

<sup>96</sup> Código De Procedimiento Civil, Suplemento del Registro Oficial número 58, CODIFICACION 2005 – 011, Quito, 26 de abril del 2005.

El artículo 20 numerales 3 y 4, y artículos 44, 47 y 48 de la Ley Notarial nos indican específicamente acerca de la nulidad y las circunstancias en las que pueden incurrir las escrituras públicas:

**“Art. 20-** *Se prohíbe a los Notarios:*

*3. Autorizar escrituras de personas incapaces, sin los requisitos legales; o en que tengan interés directo los mismos Notarios, o en que intervengan como parte su cónyuge o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad;*

*4. Otorgar, a sabiendas, escrituras simuladas.”<sup>97</sup>*

**“Art. 44-** *La infracción de los ordinales 3 y 4 del Art. 20 determina la nulidad de la escritura y el Notario será destituido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales a que hubiere lugar.”<sup>98</sup>*

**“Art. 47-** *Es nula la escritura que no se halla en la página del protocolo donde, según el orden cronológico debía ser hecha.”<sup>99</sup>*

**“Art. 48-** *Por defecto en la forma son nulas las escrituras públicas que no tienen la designación del tiempo y lugar en que fueron hechas, el nombre de los otorgantes, la firma de la parte o partes, o de un testigo por ellas, cuando no saben o no pueden escribir, las procuraciones o documentos habilitantes, la presencia de dos testigos cuando intervengan. Igual regla se aplica a las compulsas con relación a la copia respectiva.”<sup>100</sup>*

Para terminar el tema de la nulidad, nos dice el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil lo siguiente:

**“Art. 187.-** *Siempre que, por defecto en la forma, se declare nulo un instrumento público otorgado ante Notario, pagará éste una multa hasta de cuarenta dólares de los Estados Unidos de América en favor de la parte perjudicada, y será destituido de su empleo.”<sup>101</sup>*

---

<sup>97</sup> Ley Reformatoria a la Ley Notarial, codificación 2006-62, Registro Oficial número 406 - martes, 28 de noviembre del 2006.

<sup>98</sup> Ley Reformatoria a la Ley Notarial, codificación 2006-62, Registro Oficial número 406 - martes, 28 de noviembre del 2006.

<sup>99</sup> Ley Reformatoria a la Ley Notarial, codificación 2006-62, Registro Oficial número 406 - martes, 28 de noviembre del 2006.

<sup>100</sup> Ley Reformatoria a la Ley Notarial, codificación 2006-62, Registro Oficial número 406 - martes, 28 de noviembre del 2006.

<sup>101</sup> Código De Procedimiento Civil, Suplemento del Registro Oficial número 58, CODIFICACION 2005 – 011, Quito, 26 de abril del 2005

Aquí cabe señalar que después del proceso de dolarización al que se sometió el país en el año 2000, a través de la ley de Transformación Económica para el Ecuador<sup>102</sup>, se realizó la equiparación de precios y en sí de valores monetarios basados en un cálculo y una regla económica financiera entre los sucres y los dólares. En el caso de las leyes, toda multa de carácter pecuniario que constaba en el sistema legal ecuatoriano y su normativa, se equiparó a la nueva moneda oficial el Dólar de los Estados Unidos de Norteamérica. Por cuestión de convertibilidad y cálculo muchas de estas multas se volvieron obsoletas, representando cantidades insignificantes de dinero. Mediante reformas y nuevas tablas de cálculo se ha logrado colocar estos montos en cantidades un poco más cercanas a la realidad; más en este caso me parece, que no se han aplicado estos cambios, ya que en mi parecer cuarenta dólares no es una cantidad suficiente tomando en cuenta la falta en la que se ha incurrido y los perjuicios causados. De igual forma el hecho de la implementación de multas más elevadas dentro de mi opinión forma o crea un ambiente de temor en los infractores de toda clase, no sólo en el tema que se está tratando, sino en general, ya que siempre las situaciones que implican dinero, son sensibles, por lo que de alguna forma se convierte en un auxiliar en la lucha contra el cometimiento de infracciones y el quebrantamiento de la ley.

**En cuanto a los requisitos legales de los instrumentos privados** y basándonos en lo antes expuesto sobre los instrumentos públicos, se podría decir que los instrumentos privados deben constar por escrito, ya que por regla general todo acto o contrato podrá ser otorgado y contraído a través de instrumentos privados, a menos que la ley señale específicamente que deba hacerse por instrumento público.

---

<sup>102</sup> Así el “**Art. 12 de la Ley para la Transformación Económica del Ecuador**, establece que en todas las normas vigentes en las que se haga mención valores en moneda nacional deberá entenderse que los montos correspondientes pueden ser cuantificados o pagados en su equivalente en dólares de los Estados Unidos de América a una relación fija e inalterable de veinte y cinco mil sucres por cada dólar.”<sup>102</sup>Ley Para La Transformación Económica Del Ecuador, Ley No. 4. Registro Oficial Suplemento 34 de 13 de Marzo del 2000. (LEY TROLE I).

BRICEÑO señala que: *“Cuando por la ley no se designe forma para algún acto jurídico, los interesados pueden usar la que estimen conveniente”*<sup>103</sup>

Por lo general el documento privado se encuadra dentro de la clasificación de los documentos autógrafos; es decir que el instrumento represente un hecho de la persona misma que lo elabora señalándose tanto el éste como el autor del mismo. Por lo tanto, si partimos de este principio, decimos que la suscripción, (refiriéndonos a señalar el o los autores de un escrito, no hablamos de la firma, ya que como más adelante se va a desarrollar, pueden existir instrumentos privados sin firma); es un elemento esencial del documento autógrafo o un complemento necesario para que la escritura tenga función documental del hecho de su formación. Ya que un escrito anónimo, es decir no suscrito o, en todo caso, que no indique su autor, no es verdadero documento, (por lo menos en cuanto al hecho de su formación), vinculando de esta forma la declaración con la persona que lo realizó; la que podrá tener valor probatorio una vez reconocido en las formas descritas en la Ley.

En el caso de la letra de cambio, el cheque o el pagaré, que como lo disponen el Código de Comercio o la Ley de Cheques (como ya se señaló con anterioridad dentro de este estudio) deben cumplir ciertos requisitos. Este hecho no quita la calidad de privados a estos documentos; es decir su forma de otorgamiento y procedencia serán más complejos que otros, pero no por esto dejan de ser considerados como tales.

## **2) Proviene de un competente empleado.**

En lo que se refiere a los instrumentos públicos, podremos decir que el competente empleado es el funcionario público que tenga la calidad de tal. Mediante la fe pública este puede otorgar y revestir de autenticidad a los documentos que son otorgados por o ante éste. Esta facultad es concedida por el Estado en ejercicio de la potestad que este ejerce sobre sus gobernados y su administración, a través de Instituciones gubernamentales de carácter público, reconocidas por la Ley y dotadas de competencia.

---

<sup>103</sup> BRICEÑO SIERRA, Humberto. Derecho Procesal, Editorial Harla, México, segunda edición, 1995, página 137.

De esta manera se expresa el tratadista COELLO GARCÍA: *“El gobierno democrático es representativo. La soberanía que radica en la nación que no puede ejercerse en forma directa por lo que es indispensable delegarla. No es posible que todo el pueblo se reúna en gran asamblea para dictar la leyes, ni para administrar justicia. Sabemos, por otra parte, que lo que haga el delegado o representante, se ha de entender realizado por el delegante o representado. Como consecuencia de ello, cada funcionario recibe del Estado una parte limitada y concreta de la función estatal: a este le corresponde establecer irrefutablemente el hecho jurídico de un nacimiento y una defunción han ocurrido y por ello se los ha inscrito; a este otro se le ha encargado establecer que un niño ha concluido sus estudios primarios; a un tercero, que un hombre y una mujer se han unido libre y voluntariamente en matrimonio, a un cuarto, que entre dos personas se han celebrado un contrato de compraventa de inmuebles, etc. Cada una ha de obrar solamente dentro de la esfera que le corresponda, para la cual es competente empleado y no lo es en otras esferas, aunque la función que ejerza sea de la más alta jerarquía. Una escritura pública otorgada ante el Presidente de la República o el Presidente de la Asamblea o el Presidente de la Corte Nacional de Justicia, no tiene valor alguno.”*<sup>104</sup>

Debe aclararse sin embargo, que instrumento público no solamente es el otorgado ante un funcionario competente, como ocurre con los contratos que se celebran con intervención del Notario que preside el acto. También lo son los documentos otorgados por el funcionario, competente como ocurre con una sentencia, un acuerdo, una resolución, un oficio, etc.

AGUIRRE GODOY señala: *“La autenticidad del documento público deriva de tres factores esencialmente: la oficialidad de la persona que los redacta, puesto que interviene o un Notario o un funcionario público; la competencia, que consiste en que únicamente puede autorizar esta clase de documentos, aquel a quien la ley conceda esta facultad; y luego, la forma, porque se requiere que estos documentos estén extendidos con las solemnidades requeridas por la ley.”*<sup>105</sup>

En caso de los documentos privados, estos pueden provenir de cualquier particular, cualquier persona que la ley determine capaz de suscribir un acto o contrato, es decir que con conciencia y voluntad hayan suscrito este tipo de instrumentos. Así mismo el Código de Procedimiento Civil, hace un especial énfasis en que estos instrumentos también pueden ser

---

<sup>104</sup> COELLO GARCÍA Enrique, Sistema Procesal Civil, Impreso en talleres gráficos de la UTPL Loja-Ecuador, 1998, página 309.

<sup>105</sup> AGUIRRE GODOY Mario, Derecho Procesal Civil Guatemala., Editorial Universitaria, 1973, página 703.

suscritos por funcionarios públicos, en actuaciones que no sean de la índole o del campo en que desarrollan sus actividades. Como por ejemplo: un juez puede suscribir un contrato de mutuo o préstamo con un particular. En este caso los dos se encuentran al mismo nivel en lo que se refiere a derechos y obligaciones contraídas. Es así que no por el hecho que el instrumento haya sido suscrito por un juez, quiere decir que este se convierta en un instrumento público, ya que este no lo hizo en mérito del ejercicio de sus funciones de impartir justicia, o de resolver cierta situación jurídica en la que tenga competencia; sino, lo hizo en razón de una situación personal, a menos claro está que ambos realicen la legalización del contrato a través del reconocimiento de firmas en cualquiera notaría del país, por así señalar un ejemplo.

### **3) El Notario Público.**

El Notario es una figura imponente en nuestra legislación y se hace una especial referencia en nuestro Código de Procedimiento Civil sobre este. El artículo 164 del CPC nos dice que los instrumentos públicos otorgados ante Notario se llamarán escrituras públicas, las cuales deberán necesariamente constar dentro de un protocolo, el cual deberá contener el documento matriz de esta sin ninguna imperfección, y de las cuales se otorgarán cuantas copias certificadas se requieran. Cada uno de los instrumentos que se incorporen a este protocolo tendrá la calidad de públicos. Se explayará el tema de una forma más específica en el siguiente capítulo de esta investigación.

En lo que se refiere a los documentos privados nos señala que no debe existir una intervención del Notario ni de ninguna persona legalmente autorizada. Esto merece una aclaración, ya que se refiere a que cualquiera de estos no intervenga verificando la autenticidad de dicho instrumento ya sea por su calidad de emisor o verificador; sino que lo haga fuera de la actividad que le compete; es decir actuando como ser humano individual, en una situación particular.

#### 4) Firma electrónica.

Tanto el instrumento público como privado puede ser suscrito mediante una firma electrónica<sup>106</sup> Este documento tendrá un soporte digital, constituyendo un instrumento plenamente válido siempre y cuando sea permitida su suscripción a través de este medio, y se encuentre constante en las leyes ecuatorianas. Así en la **Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos** en su artículo 51 se expone lo siguiente:

*“De los Instrumentos Públicos.”- Art. 51.- Instrumentos públicos electrónicos.- Se reconoce la validez jurídica de los mensajes de datos otorgados, conferidos, autorizados o expedidos por y ante autoridad competente y firmados electrónicamente.*

*Dichos instrumentos públicos electrónicos deberán observar los requisitos, formalidades y solemnidades exigidos por la ley y demás normas aplicables.*<sup>107</sup>

Aquí se puede observar cómo nuestra legislación ha dado un paso más en el desarrollo de la tecnología, así como en la apertura a nuevas formas de comunicación, y todo lo que se refiere a temas digitales y de telecomunicaciones, tan comunes y útiles en estos días.

En la actualidad el Banco Central del Ecuador ha sido acreditado por los Miembros del Consejo Nacional de Telecomunicaciones CONATEL como la primera entidad Certificadora de Firmas Electrónicas, mediante Decreto Ejecutivo No. 1356 del 29 de septiembre del 2008. El Presidente de la República Economista Rafael Correa, aprobó las Reformas al Reglamento General a la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensaje de Datos,

---

<sup>106</sup> Se define a la Firma Electrónica como: “los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, adjuntados o lógicamente asociados al mismo, y que puedan ser utilizados para identificar al titular de la firma en relación con el mensaje de datos, e indicar que el titular de la firma aprueba y reconoce la información contenida en el mensaje de datos” Art.13, Ley de Comercio Electrónico, firmas electrónicas y mensajes de datos, Registro Oficial No. 557 - Miércoles 17 de Abril del 2002 - LEY No. 2002 – 6

<sup>107</sup> Ley de Comercio Electrónico, firmas electrónicas y mensajes de datos, Registro Oficial No. 557 - Miércoles 17 de Abril del 2002 - LEY No. 2002 – 6

documento que entró en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial 440 del 6 de Octubre del 2008.

Para concluir, es importante señalar, que a pesar de que el objeto o en si la razón de lo obligación o derecho manifestado dentro del texto de los instrumentos públicos, no compromete ni concierne a nadie más que a las partes (en caso de que existan más de una), su calidad de público y de estar reconocidos en la Ley como tal, y el de provenir de instituciones de la administración pública y competente empleado obliga a que la acción del mismo Estado en preservación y observancia de los derechos generales y colectivos se pongan en marcha, en caso de vulnerarse la ley o normativa que rija la expedición o existencia de estos.

Por lo que resulta de gran interés señalar tanto las circunstancias que deben tener lugar para que estos instrumentos tengan valor probatorio, así como los requisitos tanto para su validez como para su otorgamiento.

## CAPÍTULO IV: REQUISITOS PARA LA VALIDEZ Y EMISIÓN DE INSTRUMENTOS PÚBLICOS

A continuación se hará un análisis de los elementos por los cuales los instrumentos públicos obtienen su calidad de tal, se desarrollará cada uno de estos así como su importancia y las consecuencias en caso de incurrirse en la falta de alguno de éstos. Se hablará acerca del valor probatorio, así como de la falsedad del instrumento público y sus consecuencias tanto civiles como penales. De igual forma se analizará la figura del Notario Público, y del papel que este representa en la suscripción de instrumentos públicos específicamente de la escritura pública.

### **I.- REQUISITOS QUE DEBEN CUMPLIRSE PARA QUE UN DOCUMENTO PÚBLICO SEA ADMITIDO COMO MEDIO DE PRUEBA.**

DEVIS ECHEANDÍA, en su obra Teoría General del Proceso nos habla acerca del valor probatorio del instrumento público señalando lo siguiente: *“Se entiende por valor probatorio del documento, la fuerza o el mérito de los argumentos, o las razones de prueba que en él encuentra el juez para la formación de su convencimiento; y opera en cuanto al hecho de haberse otorgado y a la existencia de las declaraciones que en el aparezcan consignadas, lo mismo entre las partes que frente a terceros, porque el juez no puede estar convencido únicamente respecto de aquellas y no respecto de estos.”*<sup>108</sup>

El instrumento público hace fe (plena por cierto) contra los otorgantes y contra terceros, es decir contra todos, en el hecho de haber sido otorgado y su fecha.

Estos documentos, sean escrituras públicas, u otros instrumentos provenientes de funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones, gozan de un valor probatorio pleno y erga omnes, como

---

<sup>108</sup> DEVIS ECHEANDÍA, Hernando, Teoría General de la Prueba Judicial, Editorial Temis, Quinta Edición 2006 Colombia, Tomo II página 556.

consecuencia de la fe pública que el legislador le reconoce, mientras no se demuestre lo contrario o sean impugnados en forma legal. En cuanto al hecho de haber sido otorgados, a su fecha, al lugar donde se otorgaron o elaboraron, a quienes intervinieron en el acto; es decir, forma plena prueba frente a todo el mundo (mientras no se demuestre su falsedad), lo referente a dónde, cuándo, cómo, y por quienes se otorgaron. Entre las partes, su contenido hace también plena prueba en lo dispositivo y en las enunciaciones vinculadas directamente a aquello.

El artículo 166 es de importante relevancia en lo que se refiere al valor probatorio de los instrumentos públicos:

*“Art. 166.- El instrumento público hace fe, aún contra terceros, en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha; pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados.*

*En esta parte no hace fe sino contra los declarantes.*

*Las obligaciones y descargos contenidos en él hacen prueba respecto de los otorgantes y de las personas a quienes se transfieren dichas obligaciones y descargos, a título universal o singular.*

*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.”<sup>109</sup>*

GOLDSCHMIDT anota lo siguiente: *“Los documentos públicos hacen prueba, aún contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de este, y contra los contratantes y sus causahabientes, en cuanto a las declaraciones que en ellos hubiesen hecho los primeros.”<sup>110</sup>*

De una forma más didáctica podemos exponerlo de la siguiente forma:

---

<sup>109</sup> Código De Procedimiento Civil, Suplemento del Registro Oficial número 58, CODIFICACION 2005 – 011, Quito, 26 de abril del 2005.

<sup>110</sup> GOLDSCHMIDT, James, Derecho Procesal Civil, traducción de Leonardo Prieto Castro, Barcelona- España, Editorial Labor, 1936, página 270.

INSTRUMENTO	EFICACIA
1. FECHA	Plena fe para todos.
2. DISPOSITIVO	Plena fe para las partes y sucesores a título universal y singular.
3. ENUNCIATIVO EN RELACION DIRECTA CON LO DISPOSITIVO	Plena fe para las partes y sucesores a título universal y singular.
4. ENUNCIATIVO SIN RELACION DIRECTA CON LO DISPOSITIVO.	Principio de prueba por escrito para las partes, etc.
5. OTORGAMIENTO	Plena Fe para todos.

También el Código Civil se expresa sobre el tema señalando lo siguiente:

*“Art. 1723.- El instrumento público o privado hace fe entre las partes aún en lo meramente enunciativo, con tal que tenga relación directa con lo dispositivo del acto o contrato.”<sup>111</sup>*

GOZAINI apunta: *“Respecto del documento público en sí mismo existe la presunción de autenticidad, vale decir, que ha sido realmente otorgado por el funcionario público que lo suscribe”<sup>112</sup>*

Al respecto AGUIRRE GODOY señala: *“Los documentos públicos son, por una parte, su autenticidad, por el cual sus autores quedan identificados sin necesidad de comprobación alguna; y por la otra la fecha cierta, que en razón de la persona oficial que interviene en el otorgamiento del documento, no necesita ser probada (...) Los documentos públicos prueban erga omnes, el contenido de la percepción del fedatario, que aparece consignada en ellos, pero no el contenido de las declaraciones recogidas. Lo que resulta probado es el hecho de que alguien declaró determinada cosa o circunstancia, pero no la verdad de la declaración.”<sup>113</sup>*

<sup>111</sup>Código Civil, Codificación 2005-010 Suplemento del Registro Oficial número 46 del 24 de Junio del 2005.

<sup>112</sup> GOZAINI, Osvaldo Alfredo, Elementos De Derecho Procesal Civil, Editorial la Ley, España, 2003, página 469.

<sup>113</sup> Ibídem, página 705.

Con respecto a lo antes expresado BRICEÑO nos dice que se prueba el hecho: “*De que esos actos pasaron en su presencia más no de la exactitud o verdad de tales manifestaciones.*”<sup>114</sup>

El artículo 165 del CPC en su inciso segundo nos señala acerca del valor probatorio de los instrumentos públicos dentro de un juicio, exponiendo lo siguiente:

**“Art. 165. Inc. 2-** *El instrumento público agregado al juicio dentro del término de prueba, con orden judicial y notificación a la parte contraria, **constituye prueba legalmente actuada**, aunque las copias se las haya obtenido fuera del juicio.*”<sup>115</sup>

Como podemos observar aquí encontramos tres elementos muy destacados.

**El primero** de estos es el hecho de agregar este tipo de documentos en justo tiempo, es decir dentro del término legal de prueba constituido en la ley para las distintas clases de juicio. Podemos concordar este presupuesto con lo mencionado en el artículo 117 de la misma norma citada, que nos habla de la oportunidad de la prueba “*solo la prueba debidamente actuada, esto es aquella que se ha pedido, **presentado** y practicado de acuerdo con la ley, hace fe en juicio*”<sup>116</sup>.

Estos artículos corroboran el hecho que el tiempo o momento jurídico en que estos instrumentos son presentados con el propósito de negar o afirmar ciertos hechos, o dejar constancia de otros en una situación de confrontación jurídica, es de vital importancia para su eficacia probatoria. Será deber del juez valorar y apreciar según su sana crítica, en pos de resolver el asunto judicial que se encuentra conociendo.

**El segundo elemento** que se puede observar es la orden judicial, entendiéndose por ésta las providencias expedidas por los jueces en la cuales señala término de prueba para el juicio del

---

<sup>114</sup> BRICEÑO SIERRA, Humberto., Derecho Procesal, Editorial Harla, México, segunda edición, 1995, página 141.

<sup>115</sup> Código De Procedimiento Civil, Suplemento del Registro Oficial número 58, CODIFICACION 2005 – 011, Quito, 26 de abril del 2005.

<sup>116</sup> Código De Procedimiento Civil, Suplemento del Registro Oficial número 58, CODIFICACION 2005 – 011, Quito, 26 de abril del 2005.

cual se encuentre en conocimiento. Éste ordena, bajo la potestad que tiene de juzgar y de la competencia que tenga sobre la materia que es motivo del conflicto, que se ingresen estos documentos, para que constituyan prueba, siempre y cuando esto haya sido previamente solicitado por el profesional del derecho que represente a cualquiera de las partes de forma correcta mediante escrito presentado en la Secretaría del juzgado o tribunal respectivo, en el tiempo preciso, y con las solemnidades requeridas. Puede darse el caso de que ciertos instrumentos que se encuentren en otro juzgado, se requieran para un nuevo juicio en su etapa de prueba. Por lo tanto se da la posibilidad de solicitar al juez que está resolviendo la causa materia del conflicto que oficie al juez del juzgado donde se encuentran estos documentos que también deben incorporarse en este juicio. Por medio de la Secretaría se entregarán copias certificadas de los documentos que requieran, siendo legalmente válidos.

**El tercer elemento** es la notificación a las partes. Se entiende por notificación como *“la acción y efecto de hacer saber, a un litigante o parte interesada en un juicio, cualquiera sea su índole, o a sus representantes y defensores, una resolución judicial u acto del procedimiento”*;<sup>117</sup> por lo que se podría decir que es una constancia escrita, de haberse hecho saber a los litigantes una de las resoluciones del juez o cualquier otro acto del procedimiento. Por lo tanto constituirá una nulidad procesal el hecho que no se haya notificado a las partes de conformidad con la Ley de este particular.

En concordancia con los artículos 175 del Código de Procedimiento Penal y el 16 de Código Civil; tenemos:

*“Art. 175.- Las compulsas de las copias de una actuación judicial o administrativa y en general toda copia con valor de instrumento público, no harán fe si no se dan por orden judicial y con citación o notificación en persona o por una boleta a la parte contraria, o sea a aquella contra quien se quiere hacer valer la compulsas.*

*Los poderes no están sujetos a esta disposición.*

---

<sup>117</sup> OSSORIO, Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Editorial Heliasta, Primera Edición 1981 Buenos Aires – Argentina, Página 489.

*Tampoco hará fe la escritura referente sin la referida, ni la accesoria sin la principal; pero si ésta o la referida se hubiere perdido en un incendio, terremoto, robo, etc., la referente o la accesoria hará fe en los capítulos independientes de aquélla; y en los demás, sólo se considerará como un principio de prueba por escrito.”<sup>118</sup>*

**Artículo 16.-** *La forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del lugar en que hayan sido otorgados. Su autenticidad se probará según las reglas establecidas en el Código de Procedimiento Civil.*

*La forma se refiere a las solemnidades externas, y la autenticidad al hecho de haber sido realmente otorgados y autorizados por las personas y de la manera que en tales instrumentos se exprese.”<sup>119</sup>*

GUASP apunta: *“La copia es eficaz cuando la parte a quien perjudique no impugna su autenticidad.”* <sup>120</sup>

En conclusión podríamos exponer lo que señala al respecto el tratadista DEVIS ECHEANDÍA: *“La fuerza obligatoria de los documentos públicos, podemos decir que en cuanto a las declaraciones en ellas contenidas, que otorgan derechos e imponen obligaciones o enuncian hechos vinculados directamente con las disposiciones adoptadas, las escrituras tienen fuerza obligatoria únicamente entre quienes fueron partes iniciales y sus causahabientes a título universal o singular, pero no contra los terceros o demás personas; esto significa que solo a aquellos obligan esas declaraciones y, como consecuencia, se les puede exigir que las cumplan. En cambio, los otros instrumentos públicos provenientes de funcionarios públicos, en ejercicio del cargo, (las actuaciones judiciales, administrativas o de policía, las copias expedidas en debida forma, los certificados de jueces y magistrados sobre hechos que pasen ante ellos en el desempeño del cargo y de que no quede dato en el proceso o en los demás casos autorizados por la ley, y las certificaciones de actas correspondientes), hacen plena prueba, erga omnes, acerca de la verdad de su contenido mientras no se demuestre lo contrario; las copias dan fe de que su texto es idéntico al documento copiado, pero no de la veracidad de ese texto.*

*La diferencia en cuanto al valor del contenido de las dos clases de documentos públicos se justifica, porque en las escritura públicas las declaraciones contenidas en ellas, distintas de cuales son el lugar, la fecha y las personas que intervienen son formuladas por quienes concurren, ante el Notario y no por este; al paso que en los otros instrumentos públicos, emanan directamente del funcionario a quien la ley presume veraz. Para que las partes y sus causahabientes puedan negarse a cumplir lo dispuesto en una escritura pública, deben probar en contrario; en cambio, los terceros no pueden ser obligados por esas declaraciones, que no*

---

<sup>118</sup> Código De Procedimiento Civil, Suplemento del Registro Oficial número 58, CODIFICACION 2005 – 011, Quito, 26 de abril del 2005.

<sup>119</sup> Código De Procedimiento Civil, Suplemento del Registro Oficial número 58, CODIFICACION 2005 – 011, Quito, 26 de abril del 2005.

<sup>120</sup> GUASP, Jaime, Derecho Procesal Civil Tomo Primero, Instituto de Estudios Políticos, Madrid-España, 1968, página 161.

*los vinculan, aún cuando no prueben en contrario (pero tienen frente a éstos cierto valor probatorio). Para que los terceros puedan desconocer la verdad de lo declarado por el funcionario en un instrumento público o de la copia autorizado por este de cualquier documento o de una actuación judicial, administrativa o de policía, aún cuando no hayan sido partes, deben suministrar la prueba en contrario, es decir, la de su falsedad ideológica, por los medios que la ley autoriza.*<sup>121</sup>

De esta manera se pudo observar el valor probatorio de los instrumentos públicos, y sobre quienes recae. En cuanto a la eficacia de los mismos, para poder ser presentados como medios de prueba se expondrá a continuación; de igual forma se hablará del valor de las copias y compulsas de los mismos.

## **II- Eficacia del instrumento público:**

El artículo 167 del Código de Procedimiento Civil nos señala los requisitos para que tanto los documentos judiciales, sus copias y compulsas, puedan probar:

*“Art. 167.- Para que los documentos auténticos judiciales y sus copias y compulsas prueben, es necesario:*

*“1.- Que no estén diminutos.*

*2.- Que no esté alterada alguna parte esencial, de modo que arguya falsedad; y,*

*3.- Que en los autos no haya instancia ni recurso pendiente sobre el punto que con tales documentos se intente probar.”*<sup>122</sup>

El **numeral uno** se refiere a que los documentos no deben estar incompletos, es decir no puede tratarse de un resumen de este o un pequeño extracto, estos deben estar completos, contener todas las cláusulas o párrafos insertados por quienes los conformaron. Este documento debe contener de igual forma todos los habilitantes que formen parte de este instrumento y le den su validez legal.

*Jurisprudencia:*

---

<sup>121</sup>DEVIS ECHEANDÍA, Hernando, Teoría General de la Prueba Judicial, Editorial Temis, Quinta Edición 2006 Colombia, Tomo II página 259.

<sup>122</sup> Código De Procedimiento Civil, Suplemento del Registro Oficial número 58, CODIFICACION 2005 – 011, Quito, 26 de abril del 2005.

4-V-75 (GJ XII, No. 9, p. 1811)

*“SEPTIMA: El artículo 167 dispone que para que los documentos auténticos judiciales y sus copias y compulsas prueben plenamente, es necesario en primer término que no estén diminutos. Este vocablo en su acepción propia significa “defectuoso, falta de lo que sirve para su complemento o perfección” y el acta de audiencia que se analiza precisamente es eso, defectuoso, acusa la falta de firma del competente empleado, tanto más que, en su primera parte se anuncia que interviene en ella “el infrascrito Secretario que certifica.” Diminuta como está el acta no produce efecto alguno y de nada prueba.”*<sup>123</sup>

El **numeral dos** nos dice que este no debe estar alterado, en ninguna parte, sea esencial o no, ya que cualquier alteración a un instrumento público es considerado como una falsificación.

Incluso esto puede ser considerado un delito, y penado por la justicia en el ámbito penal. En la antigüedad la falta de tecnología y de medios magnéticos daban lugar a que los documentos sean generados o realizados de forma menos elaborada, es decir, vulgarmente podría decirse a mano escrita, de puño y letra de quienes los elaboraban y acordaban realizarlos. Por lo tanto, los errores eran más comunes ya que eran más susceptibles de equivocaciones estos instrumentos por su primitiva forma de ser suscritos. En la actualidad, la tecnología y los medios electrónicos y computacionales han hecho que el desarrollo de estos instrumentos sean más eficientes y con menos errores aunque no se escapan de ser más susceptibles a ser vulnerados debido al incremento de técnicas computacionales de modificación de textos, o de alteración de estos por medio de scanners, o copias xérox, y una infinidad de posibilidades a través de nuevas tecnologías.

En caso de existir un error, lo acostumbrado y aceptado legalmente, es la enmendación de estos a través de aclaraciones hechas al final del texto, en las cuales se señale que texto se está enmendando por equivocación o cual se está testando por incluirlo sin ser necesario. Para que esta corrección tenga plena validez, deberá llevar la sumilla correspondiente al final de la oración, la cual provenga de la persona que esta suscribiendo dicho escrito. Con esto se entiende que por su consentimiento se ha realizado ésta y que es de su pleno conocimiento, por lo tanto no se ha violentado el documento.

---

<sup>123</sup> Código De Procedimiento Civil, Suplemento del Registro Oficial número 58, CODIFICACION 2005 – 011, Quito, 26 de abril del 2005.

El documento no debe presentar en su parte esencial, o en sí, en cualquier parte del espacio físico (entendiéndose este por el material donde se haga constar dicha información papel, cartulina, etc.) rayado, roto, abreviado, borrado o testado, es decir de alguna forma alterado. Estos deberán, como bien el Código de Procedimiento Civil nos señala, “salvarse”, también comúnmente denominado “enmendado.” Esto procede en caso de que se cambie una palabra del texto por encontrarse incorrecta, o en su defecto el aumento de una letra, número o carácter que ha sido omitido por equivocación, deberá escribirse en la parte inferior del documento una nota que explique tal cambio, como la siguiente: LO ENMENDADO VALE “Marzo.” Por lo contrario cuando en el documento se ha eliminado una palabra, signo, o letra, ya sea por tacha, borrón o equivocación al momento de tipear, se deberá colocar la frase siguiente: LO TESTADO VALE. Toda salvedad deberá ir acompañada de una sumilla de responsabilidad la cual deberá provenir de una de las personas, que ha suscrito el documento, más en mi parecer debería contener la sumilla de todas las personas que suscriban en caso de tratarse de varios los otorgantes, ya que esto constituye una uniformidad de criterio el haber aceptado dicho cambio o alteración de su forma original de forma unánime.

A continuación el Código de Procedimiento Civil se expresa de esta forma, en su artículo 168 que se transcribe a continuación:

*“Art. 168.- No prueba en juicio el instrumento que, en su parte esencial se halla roto, raído, abreviado, con borrones o testaduras que no se hubieren salvado oportunamente.”<sup>124</sup>*

También la Ley Notarial en su artículo 37, nos expone lo antes descrito de forma más puntual:

*“Art.37.-Las palabras entrerrenglonadas se transcribirán literalmente al fin de la escritura, antes de que la firmen la partes, el Notario y los testigos; y en caso contrario, se tendrán como no puestas.”<sup>125</sup>*

---

<sup>124</sup> Código De Procedimiento Civil, Suplemento del Registro Oficial número 58, CODIFICACION 2005 – 011, Quito, 26 de abril del 2005.

En concordancia con lo antes expuesto, la Ley de Registro también hace referencia acerca de este punto, específicamente los artículos 46 y 50, nos señalan que los Registradores estarán sujetos a lo que disponga el Código de Procedimiento Civil, en lo que se refiere a; *enmendaduras, entrerrenglonados y supresión de palabras*. Aquí observamos la inclusión de otra frase que es el “entrerrenglonado.” Para entender la forma en que procede este voy a señalar un ejemplo: las Escrituras Públicas de Compraventa, por su calidad de tales, tienen que otorgarse en unidad de acto, (otorgantes y Notario en un sólo acto, como cualquier otra escritura pública, en las cuales no se podrá alterar ninguna de las cláusulas una vez suscritas esto en el mejor de los casos pero, puede ser el caso que se haya suprimido por equivocación, olvido o confusión al momento de transcribir el texto de la “minuta”, (en caso que se requiera de una o en sí cuando se redacta el texto), se haya omitido una frase importante, la cual deberá constar necesariamente en el documento para que pueda proceder a ser inscrito en el Registro de la Propiedad del cantón que corresponda al bien inmueble materia del contrato. Por lo tanto previa la solicitud de las partes interesadas, (otorgantes o en su defecto abogado patrocinador de las mismas) y con la autorización del Notario ante el cual, se suscribió dicha escritura y su sumilla de responsabilidad, se podrá insertar una línea con el texto correspondiente omitido, en el medio de dos si es que existiere espacio para realizarlo.

Como bien se expuso anteriormente, los documentos e instrumentos públicos en su mayoría se encuentran incorporados en archivos o protocolos, a cargo de ciertos funcionarios públicos. Siendo este el caso, la obtención de ejemplares con el mismo valor legal que el otorgado requiere de procedimientos especiales según el lugar donde se encuentren custodiados.

Por ejemplo, en los juicios de cualquier índole que sean de carácter legal, se requiere impetuosamente adjuntar ciertos documentos. Muchos de ellos constituirán documentos públicos o instrumentos, por haber sido emanados de la autoridad competente, como bien se explicó en el primer capítulo de este estudio no siendo fácil la obtención de estos ya sea por

---

<sup>125</sup> Ley Reformatoria a la Ley Notarial, codificación 2006-62, Registro Oficial número 406 - martes, 28 de noviembre del 2006.

no encontrarse en el poder de quienes los quieren utilizar o por requerirse más de uno de la misma especie. Surgirá la necesidad de solicitar ciertas *copias o compulsas*, para que estos puedan ser incluidos en el litigio que se esté llevando a cabo, ya sea en el término de prueba o en su inicio al momento de plantearse la demanda.

De ésta manera GUASP apunta: “*Siendo cualidad esencial del documento público no sólo la intervención en su constitución de un funcionario o persona investida de la facultad de dar fe de la verdad del otorgamiento, acto o declaración que contiene, sino también la conservación y permanencia, para una posible confrontación y extracción de copias ulteriormente, no siempre se presenta en original, sino que las más de las veces produce sus efectos en forma de copia, testimonio o certificación.*”<sup>126</sup>

En caso de tratarse de cualquier instrumento que se encuentre incorporado al protocolo de un Notario, se podrá solicitar una copia de archivo legalmente certificada por el Notario, o en su defecto en ciertos documentos en los cuales no se requiera adjuntar los originales se podrá realizar una autenticación del mismo, en el número que requiera el solicitante. En este caso, el Notario dará fe que dicho documento es fiel copia de su original, otorgándole un valor genuino.

Las copias constituyen un fiel y exacto reflejo de una cosa en su versión original. En la actualidad, los avances tecnológicos nos permiten obtener a través de las máquinas de fotocopiado, scanners, fax, y en sí cualquier reproductor de similar especie, el número de copias de los documentos que requiramos en cualquier momento, de forma más eficaz y rápida, economizándose de esta forma tiempo y dinero.

La copia es la “*reproducción fiel de un escrito.*”<sup>127</sup>

El **numeral tres** nos habla de que no debe existir recurso pendiente, en los **autos** ni instancia en el punto o hecho que se intenté probar o corroborar con tales instrumentos. No debe

---

<sup>126</sup>GUASP, Jaime, Derecho Procesal Civil Tomo Primero, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, página 157.

<sup>127</sup>OSSORIO, Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Editorial Heliasta, Primera Edición 1981 Buenos Aires – Argentina, Página 177.

encontrarse dentro de ninguna de estas situaciones, debe existir cosa juzgada, o dichos documentos no serán válidos probatoriamente.

### **III.- FALSEDAD DE LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS Y PRIVADOS:**

Es necesario señalar algunos conceptos de falsedad para poder hacer al análisis respectivo de este tema:

Según el tratadista MANUEL OSSORIO, como lo señala en su Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, la falsedad *“es la falta de verdad o autenticidad, de conformidad entre las palabras, las ideas, y las cosas. En el orden civil la falsedad de un documento anula el consentimiento e invalida el negocio a que se refería.”*<sup>128</sup>

GOZAINI por su parte apunta que: *“Es el acto tendiente a obtener la declaración de invalidez de un documento público, en razón de carecer de autenticidad. Si se trata de un documento público, la falsedad puede consistir:*

- 1. En la adulteración material resultante de no haber sido otorgado por el funcionario que aparece suscribiéndolo o de haberse suprimido, modificado o añadido alguna de sus enunciaciones.*
- 2. En la inexactitud de los hechos que el Notario hubiese anunciado como cumplidos por el mismo o que han pasado en su presencia.*

*La falsedad solo puede fundarse en su adulteración material, en razón de haberse alterado su texto por vía de supresiones, modificaciones o agregados.”*<sup>129</sup>

A continuación se clasificará la falsedad de dos formas:

- A) Falsedad ideológica, ideal o intelectual:** *“Es la inserción en un instrumento público de declaraciones deliberadamente inexactas, concernientes a un hecho que el documento deba probar, de modo que deba resultar perjuicio.”*<sup>130</sup>

---

<sup>128</sup> OSSORIO, Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Editorial Heliasta, Primera Edición 1981 Buenos Aires – Argentina, Página 310.

<sup>129</sup> GOZAINI, Osvaldo Alfredo, Elementos De Derecho Procesal Civil, Editorial la Ley, España, 2003, página 477-478.

Podemos entender en este caso que las declaraciones o afirmaciones son tergiversadas o faltadas en su verdad, de forma subjetiva se deriva de lo que los sujetos expresen o expongan en su criterio y dentro de su moral, en el documento que suscriben. También puede darse el caso de una afirmación de ciencia, o de algún tema concreto una teoría, o en si algún tema científico.

De esta manera el tratadista AGUIRRE GODOY señala que: “*La falsedad ideal o intelectual, como se dijo no se refiere al elemento corporal del documento, sino a la sinceridad de sus anunciaciones. En efecto, al Notario o funcionario público no le consta la sinceridad de las manifestaciones que ante el hacen las partes. Tampoco se sabe si lo expresado en un documento privado corresponde o no con determinada realidad. Para llevar a este convencimiento al juez será menester aportar a otros elementos de convicción que produzcan tal resultado.*”<sup>131</sup>

La falsedad intelectual, no da lugar a un proceso especial, (en contraposición con la material que sí, como se explicará más adelante), sino que puede ser demostrada por los distintos medios admisibles para destruir la fuerza probatoria del contenido de los instrumentos públicos.

**B) Falsedad material:** “*Es la inmutación de la verdad que recae materialmente sobre la escritura, y que es por ello susceptible de comprobación mediante la pericia correspondiente. Constituye un delito configurado por el hecho de hacer total o parcialmente un documento falso o en adulterar uno verdadero, de modo que pueda resultar perjuicio.*”<sup>132</sup>

CHIOVENDA señala que “*La falsedad material es aquella que forja un documento con apariencia de ser real.*”<sup>133</sup>

AGUIRRE GODOY por su parte apunta: “*La falsedad material en los documentos públicos puede referirse al documento en su totalidad, por ser completamente falso, o bien*

---

<sup>130</sup> OSSORIO, Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Editorial Heliasta, Primera Edición 1981 Buenos Aires – Argentina, Página 311.

<sup>131</sup> AGUIRRE GODOY Mario, Derecho Procesal Civil Guatemala., Editorial Universitaria, 1973, página 724.

<sup>132</sup> OSSORIO, Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Editorial Heliasta, Primera Edición 1981 Buenos Aires – Argentina, Página 311.

<sup>133</sup> CHIOVENDA Giuseppe, Instituciones de Derecho Procesal civil, traducción de Gómez Orbaneja, Madrid, editorial Revista de Derecho Privado, 1940, tomo I, página 301.

*parcialmente en caso de adulteraciones. Puede fundarse en la inexactitud de las manifestaciones del funcionario público respecto de los hechos que afirma haber cumplido o que han pasado en su presencia, como ser la fecha del acto, comparecencia y firma de las partes, pago del precio, etc. Puede también fundarse en la alteración de la matriz o de la copia por haberse suprimido, agregado, o modificado alguna cláusula de la misma..”*<sup>134</sup>

La **redargución de falsedad material** es el proceso legal para demostrar la falsedad material de un instrumento público.

En este caso podemos observar que se trata de una manipulación física del documento, adulteración o variación de su contenido ya sea eliminando ciertos preceptos ya existentes en el documento, o aumentando, ingresando otros que no estén en el escrito original. A través de la tecnología y de los nuevos avances en la ciencia este tipo de adulteraciones son más comunes. Ya que en su mayoría los documentos en la actualidad están elaborados de forma magnética por medio de computadoras y exteriorizados o impresos por máquinas impresoras, o copiadoras, por lo tanto su manipulación es mucho más fácil, e incluso peligrosa ya que no es susceptible a ser reconocida de forma espontánea, sino más bien después de una minuciosa observación.

Los casos de falsedad material son diferentes:

GOMEZ MERA nos señala que: *“Un instrumento es falso cuando contiene alguna suposición fraudulenta en perjuicio de un tercero, por una de las siguientes causas:*

- *Haberse contrahecho la escritura, es decir, modificando su texto, después de que el documento ha sido otorgado, como si en alguna parte decía mil dólares, y para perjudicar, se hizo constar falsamente diez mil dólares.*
- *Haber falsificado el nombre y la firma de alguno de los que aparece como suscriptores, del Notario o de los testigos.*
- *Haber suprimido, alterado o añadido algunas cláusulas o palabras. Esta falsedad puede cometerse con cierta falsedad cambiando una hoja completa del instrumento. Inclusive el original de las escrituras públicas ya no se escriben a mano, sino en una computadora, y en hojas sueltas que se las manda a encuadernar a fines de año. Entonces aparentemente la sustitución en este caso sería fácil.*

---

<sup>134</sup> AGUIRRE GODOY Mario, Derecho Procesal Civil Guatemala., Editorial Universitaria, 1973, página 723-724.

*La seguridad del protocolo solamente descansa en la corrección y buena fe del Notario y en el constante cuidado que tenga de sus empleados.*

- *Alterando la fecha del instrumento, alteración que puede ser coetánea o posterior al otorgamiento. La fecha es de particular importancia, porque es uno de los dos únicos hechos en que el documento publico prueba contra terceros.”<sup>135</sup>*

Este tipo de falsedad está sujeta a prejudicialidad, siempre que se encuentre en uno de los casos contemplados el Capítulo III, Título IV, Libro Segundo del Código Penal, como se explicará más adelante.

El artículo 178 del Código de Procedimiento Civil nos define al instrumento público falso:

*“Art. 178.-El que contiene alguna suposición fraudulenta en perjuicio de tercero, por haberse contrahecho la escritura o la suscripción de alguno de los que se supone que la otorgaron, o de los testigos o del Notario; por haberse suprimido, alterado o añadido, algunas cláusulas o palabras en el cuerpo del instrumento, después de otorgado; y en caso de que hubiere anticipado o postergado la fecha del otorgamiento”<sup>136</sup>*

Aquí podemos observar varios elementos, una suposición fraudulenta podría ser un dato o información no verdadera que perjudique a una persona en particular, al momento de haberse contrahecho una escritura.

Tenemos la suplantación de identidad por parte de las personas que los suscriben, es decir por medio de documentos de identificación falsos, (en este caso ya existiría otro delito), o podría suplantarse de forma física, por alguna persona o sujeto de características físicas similares al que conste en el escrito como parte suscriptora. También puede darse el caso de los testigos falsos, es decir que no cumplan con los requisitos que la ley contempla para tener la calidad de tal, o de igual forma como se dijo antes puede haber una suplantación personal, y en caso del Notario por no ser este competente en caso de que se otorgue el contrato en el tiempo en que éste tenga licencia de ausentare por ejemplo, o no esté en funciones, o por falta de jurisdicción; ya que ésta es cantonal por cada Notario; por lo tanto solo tienen ejercicio de poder dentro del cantón para el cual hayan sido nombrados.

---

<sup>135</sup> GOMEZ MERA, Roberto, La prueba documental, editorial Edino, Página 70.

<sup>136</sup> Código De Procedimiento Civil, Suplemento del Registro Oficial número 58, CODIFICACION 2005 – 011, Quito, 26 de abril del 2005.

El caso de la supresión o aumento de cláusulas, comprende una alteración del documento en su contexto y en su fondo, constituyendo un perjuicio grande, y un engaño peligroso; vulnerándose y viciándose de esta manera la voluntad de las partes integrantes que ya han acordado previamente. Por lo tanto, siempre el documento matriz será el referente en cuanto al contenido del instrumento materia de disputa, como bien lo señala el artículo, Art. 177 del Código de Procedimiento Civil ecuatoriano que se transcribe a continuación:

*“Art 177: Si hubiere alguna variación entre la copia y la escritura matriz, se estará a lo que ésta contenga.” “Igual regla se aplica a las compulsas, con relación a la copia respectiva.”<sup>137</sup>*

Las copias certificadas o testimonios de la escritura, (que se emiten una vez suscrita ésta misma y finalizado el trámite), que sean diferentes en su texto a la escritura matriz, la cual debe encontrarse incorporada al protocolo del Notario en su forma original. Todas deberán ser exactamente iguales; es decir, contener la misma información, así como todos los documentos habilitantes. Cualquier tipo de deformación del documento matriz o en su defecto de las copias certificados o también llamados testimonios, o destrucción de este, ya sea por borrones, tachones, o cortes, o falta de alguno de sus componentes, así como del libro en el que esté contenido, constituirá un acto de violación a la ley, y por lo tanto se estaría incurriendo en un delito.

En cuanto al concepto de documento matriz u original, GOZAINI nos dice: *“Original es la redacción directa del documento civil, judicial o administrativo, que se conserva en la oficina, archivo o dependencia en que se ha constituido. Con referencia especial a los documentos públicos notariales o “instrumentos” el original se llama también escritura (o acta) matriz, y es la redactada directamente por el Notario y los otorgantes, con los requisitos exigidos por las disposiciones notariales y el Código Civil, formando su conjunto en protocolo notarial (...) para los documentos notariales se usa preferentemente el concepto de copia certificada o testimonio, y para las judiciales certificaciones, providencias, o autos.”<sup>138</sup>*

---

<sup>137</sup> Código De Procedimiento Civil, Suplemento del Registro Oficial número 58, CODIFICACION 2005 – 011, Quito, 26 de abril del 2005.

<sup>138</sup> GOZAINI, Osvaldo Alfredo, Elementos De Derecho Procesal Civil, Editorial la Ley, España, 2003, página 157 y 158.

Por su parte AGUIRRE GODOY complementa este concepto apuntando lo siguiente: “*Los documentos rotos, cancelados, quemados o raspados en parte sustancial, no hacen fe. Tampoco hacen fe los documentos en la parte en que estuvieren enmendados o entrelineados, si la enmendadura o entrelineada no fuere salvada antes de la firma del autor, o del otorgante y del autorizante del documento.*”<sup>139</sup>

También puede darse el caso de la manipulación en cuanto a la fecha de otorgamiento del documento, es un elemento de vital importancia al momento de suscribir un documento público de cualquier naturaleza ya que éste, por regla general, confirma la existencia como tal del momento en que se contrajo cualquier tipo de obligación o de derecho señalando el tiempo y espacio en que los sujetos físicamente tuvieron contacto con el documento y fueron empapados de conocimiento con el texto y su contenido en general. “*Denominada también como data consistente precisamente, en la indicación del lugar y del tiempo de su formación.*”

140

Se entiende de este modo que tuvieron conciencia y voluntad al momento de realizar dicho acto, y que se encontraban presentes en el lugar de otorgamiento de éstos. Podría darse el caso en que se manipule las fechas de suscripción de ciertos documentos, para que puedan corroborar o servir de habilitante en otras situaciones jurídicas<sup>141</sup>. Es importante señalar que esto constituye un delito ya que física y corporalmente las partes no se encontraban en ese momento, es decir no existe una unidad de acto. Aquí cabe señalar que existen dos situaciones la postergación de fechas y la anticipación de fechas, entendiéndose la primera como la suscripción a futuro, y la segunda como la anticipación en un pasado, no es posible prevenir el futuro por lo tanto no se puede contraer obligaciones o pactos con fechas futuras. El acto jurídico exteriorizado a través de un documento debe darse, en fecha presente, y sus copias y compulsas podrán ser otorgadas a lo largo del tiempo cuantas veces se necesiten, pero la fecha de la emisión de éstas seguirá siendo en el presente inmediato en el que se hayan solicitado.

Otro caso en el que se puede incurrir en la falsedad de instrumento es cuando los números o cifras contenidos en un instrumento son vulnerables o susceptibles de ser manipulados.

---

<sup>139</sup> AGUIRRE GODOY Mario, Derecho Procesal Civil Guatemala., Editorial Universitaria, 1973, página 706.

<sup>140</sup> CARNELLUTTI, Francesco, La Prueba Civil, Buenos Aires-Argentina, 1955, Editorial EJE, Página 175.

<sup>141</sup> CARNELLUTTI, Francesco, La Prueba Civil, Buenos Aires-Argentina, 1955, Editorial EJE, página 176.

Respecto a esto se refiere el artículo 171 del Código de Procedimiento Civil que se transcribe a continuación:

*“Art. 171.- Es prohibido en los instrumentos el uso de cifras de caracteres desconocidos, a menos que corresponda a denominaciones técnicas, el de letras iniciales en vez de nombres o palabras, el dejar vacíos o espacios en que pueden introducirse palabras o cláusulas nuevas, y escribir en distinto papel o con diversa letra.”<sup>142</sup>*

Aquí podemos observar como el Código señala la obligación que tienen los instrumentos de que el texto del que estén comprendidos sea totalmente compuesto por letras, es decir los números o cifras incluyan en éste, deberán ser escritos en letras, ya que la manipulación de los números puede resultar fácil como por ejemplo un número 6, puede ser convertido en 8 alterando la parte superior del número pudiendo perjudicarse por así decir en un precio o en cuanto a dimensiones. En caso de discrepancia entre número y letras, se deberá necesariamente atender a lo que el texto contenga porque se podría decir que es “más difícil” manipular una palabra completa, que un número. De Igual forma nos habla de caracteres desconocidos o diminutivos, como por ejemplo, Sr., Sra., etc., estos deberán ser escritos completamente. En cuanto a términos desconocidos en otro idioma que no sea el del documento, (en nuestro caso el castellano) estos necesariamente requieren una traducción, a menos que como el mismo Código lo señala se trate de denominaciones técnicas, es decir aceptadas de forma general. Aquí también podemos hablar de ciertos términos técnicos específicamente legales que se encuentren en otro idioma, y no tiene una traducción exacta, conocidos como “*slangs*” en la actualidad son muy comunes estos términos especialmente en contratos o en general en cualquier acto o negocio jurídico que provenga del exterior. Por ejemplo: vocablos como holding o leasing.

Los espacios vacíos o muy amplios dentro del texto podrían dar lugar también a la manipulación de los mismos, introduciendo nuevas cláusulas, o palabras, deformando de esta manera el texto y su contenido literal o tergiversando la información o datos que este

---

<sup>142</sup> Código De Procedimiento Civil, Suplemento del Registro Oficial número 58, CODIFICACION 2005 – 011, Quito, 26 de abril del 2005.

contenga, cambiando de esta forma el verdadero sentido del documento. Es muy usual observar en las escrituras públicas, que el contenido de estas sigue un contexto a párrafo seguido, sin espacios ni puntos a parte, todo el texto sigue una secuencia evitando y previniendo dentro de lo posible lo que el artículo 171 del CPC (ya antes expuesto) advierte.

La Ley de Registro también hace referencia en cuanto a lo que se refiere a los números y cifras. En su artículo 40, nos dice *“las sumas se escribirán en guarismos y letras, y ningún caso se hará uso de abreviaturas”*<sup>143</sup>

De esta forma, CARNELUTTI expone que: *“el problema de la formación se reduce, pues, a estas tres preguntas: por quien fue formado, cuando fue formado, donde fue formado. Si el documento no es medio suficiente para responder alguna de ellas, significa que no suministra prueba alguna, como documento, respecto de su formación”*<sup>144</sup>

Las consecuencias de la falsedad manifiesta en un instrumento público es su invalidación por completo. Entendiéndose como “Manifiesta” *lo que se ve con claridad o que se percibe sin necesidad de razonamientos o explicaciones.* Es decir que sea una plena manifestación de falsedad al momento de observarla comprendida dentro del instrumento público. Desde mi punto de vista, es muy subjetiva esta situación, ya que sí debería existir un examen un poco más minucioso a estos documentos debido a que con los avances tecnológicos, se hace cada vez más difícil percibir manipulaciones de toda clase, especialmente en textos. Requeriría una interpretación un poco más elaborada y crítica por parte del juez que examine estos documentos en caso de un juicio, si han sido ingresadas como pruebas, y sobre todo de su sana crítica, para evaluar en sí la falsedad de los mismos.

El Art. 179 del Código de Procedimiento Civil nos dice:

*“Art. 179.- La nulidad o falsedad manifiesta de un instrumento lo invalida sin necesidad de prueba.”*<sup>145</sup>

---

<sup>143</sup>Ley de Registro, decreto 1405, DL s/n Registro Oficial número 136, 28 de febrero de 1980.

<sup>144</sup>CARNELUTTI Francesco, Instituciones del Proceso Civil, traducción de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, Editorial EJEA, tomo I, 1955 página 123.

<sup>145</sup>Código De Procedimiento Civil, Suplemento del Registro Oficial número 58, CODIFICACION 2005 – 011, Quito, 26 de abril del 2005.

Según el tratadista COELLO García: *“No hay falsedad que obre ipso-facto o ipso- jure. Necesita de declaratoria judicial por sentencia firme.”*<sup>146</sup>

Al encontrarnos con documentos en los que se puede evidenciar las características descritas, podremos entonces estar posiblemente frente a un caso de falsedad. Por lo tanto se podrá proponer la demanda respectiva, sin perjuicio de las consecuencias penales en las que puede incurrir. *“La parte que afirme que un documento público es falso, debe indicar específicamente los motivos de su afirmación, las pruebas con las que pretenda probarla (...) si no se logran probar los motivos de la impugnación, el documento público conservará su fuerza probatoria.”*<sup>147</sup>

El juez de lo civil es el encargado de conocer este tipo de demandas, procediendo en primer lugar a comparar la copia del documento con el original. En caso que el documento conste en una copia como en el caso de las escrituras públicas en las que se otorga el número de copias certificadas que se haya señalado en la escritura matriz. En mi parecer el Código cierra las posibilidades al hablarnos solo de *la copia (es decir no el original)*, cuando no necesariamente los documentos pueden consistir en copias si no en los propios originales emitidos en duplicados o triplicados, de los cuales uno de ellos pudo haber sido manipulado en su forma.

El artículo 180 del Código de Procedimiento Civil nos señala este proceso:

*“Art. 180.- Si se demandare la falsedad de un instrumento público, el juez procederá a comparar la copia con el original, y a recibir las declaraciones de los testigos instrumentales.*

*Practicadas estas diligencias y cualesquiera otras que el juez estime convenientes para el esclarecimiento de la verdad, se correrá traslado de la demanda y seguirá el juicio por la vía ordinaria....”*<sup>148</sup>

---

<sup>146</sup>COELLO GARCÍA Enrique, Sistema Procesal Civil, Impreso en talleres gráficos de la UTPL Loja-Ecuador, 1998, página 327.

<sup>147</sup> COELLO GARCÍA Enrique, Sistema Procesal Civil, Impreso en talleres gráficos de la UTPL Loja-Ecuador, 1998, página 328.

<sup>148</sup> Código De Procedimiento Civil, Suplemento del Registro Oficial número 58, CODIFICACION 2005 – 011, Quito, 26 de abril del 2005.

Si se analiza el artículo por completo nos encontramos que después de la evaluación realizada por el juez de forma ocular, es decir la *comparación* como nos dice de forma literal el texto, éste mediante su sana crítica, experiencia, aplicación de principios legales y en sí de derecho, determina si procede o no la demanda.

GOZAINI apunta: “*El juez se halla para ordenar de oficio la confrontación del documento, con su original.*”<sup>149</sup>

Cabe señalar que no son los únicos actos preparatorios que puede solicitar el juez. Bajo su propio criterio podrá solicitar cualquiera que a bien le parezca y sobre todo que se encuentren señaladas en la ley. Así el artículo 64 del Código de Procedimiento Civil nos señala los siguientes actos preparatorios:

*“Art. 64.- Todo juicio principia por demanda, pero podrán preceder a ésta los siguientes actos preparatorios:*

*1.- Confesión judicial;*

*2.- Exhibición de la cosa que haya de ser objeto de la acción;*

*3.- Exhibición y reconocimiento de documentos;*

*4.- Información sumaria o de nudo hecho, en los juicios de posesión efectiva, apertura de testamentos y en los demás expresamente determinados por ley; y,*

*5.- Inspección judicial.”*<sup>150</sup>

Una vez que el juez haya solicitado cualquiera de los ya mencionados actos preparatorios, como se expresa en la norma *correrá traslado de la demanda y se seguirá este juicio por la vía ordinaria*, por tratarse de un juicio de conocimiento. Generalmente todos los casos de falsificación material requieren del juicio previo y de la sentencia previa del Juez de lo Civil

---

<sup>149</sup> GOZAINI, Osvaldo Alfredo, Elementos De Derecho Procesal Civil, Editorial la Ley, España, 2003, página 469.

<sup>150</sup> Código De Procedimiento Civil, Suplemento del Registro Oficial número 58, CODIFICACION 2005 – 011, Quito, 26 de abril del 2005.

para que pueda iniciarse la acción penal. Así lo señala el artículo 180 del CPC, en su parte final: “*sin que se pueda iniciarlo (el juicio penal) antes de tal declaración.*”<sup>151</sup>

Este proceso que declare la falsedad del instrumento es lo que en doctrina jurídica se conoce con el nombre de prejudicialidad. La postura sustentada por GÓMEZ ORBANEJA sobre las cuestiones prejudiciales denota que lo característico de la cuestión prejudicial es que su contenido está regulado por un ordenamiento jurídico distinto del de la cuestión principal, de tal manera que, de plantearse la cuestión prejudicial aisladamente, su decisión competiría a un juez u órgano distinto. Manifiesta también que: “*no es una declaración de parte, o sin ella una determinación del juez, lo que introduce en el proceso la cuestión prejudicial, sino que ésta, surge per se en virtud de su ligazón jurídica substantiva con la decisión de fondo.*”<sup>152</sup>

En definitiva, la falsedad material del instrumento público y de las otras especies enumeradas en el artículo 339 del Código Penal, requieren una medida prejudicial previa; es decir, tener que recurrir primero a la vía civil, para que puedan proceder las acciones penales correspondientes. El juez hará llegar el expediente al fiscal respectivo para que éste avoque conocimiento de la causa y continúe por la vía penal.

COELLO GARCÍA concuerda con lo antes expuesto señalando lo siguiente: “*La infracción que esté tipificada en el Código Penal, por haberse cometido falsedad en el otorgamiento de un instrumento público, no podrá juzgarse sin que preceda, necesariamente, la acción civil.*”

153

Esta prejudicialidad civil parece muy conveniente y necesaria: evita que el juez de lo civil resuelva en su sentencia en un sentido y que el Tribunal de lo penal resuelva en la suya, otra cosa diversa o contradictoria.

---

<sup>151</sup> Código De Procedimiento Civil, Suplemento del Registro Oficial número 58, CODIFICACION 2005 – 011, Quito, 26 de abril del 2005.

<sup>152</sup> GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente, Derecho Procesal Penal, quinta edición, 1959, Madrid-España, página 400.

<sup>153</sup> COELLO GARCÍA, Enrique, Sistema Procesal Civil, Impreso en talleres gráficos de la UTPL Loja-Ecuador, 1998, página 328.

De igual forma el tratadista antes citado proyecta su opinión personal sobre el término “prejudicialidad”, que según él no debería ser empleado, alegando lo siguiente: “... desde luego el procedimiento no es prejudicial. Tanto la acción civil como la penal son judiciales. Si se quiere llamar a las cosas por su nombre debería decirse acción civil previa a la acción penal, y si ello se desea designar con una sola palabra, podría llamarse un procedimiento previo.”<sup>154</sup>

BRICEÑO SIERRA apunta: “La redargución de falsedad puede hacerse por acción civil previa a la penal... la primera tiende a destruir el acto mismo a fin de privarlo de su eficacia probatoria: mientras que en materia penal procura el castigo de sus autores...”<sup>155</sup>

De sentenciarse el juicio penal a favor del ofendido, el imputado, (aquél sobre el cual recayó la culpabilidad en el delito de falsedad de instrumento público), podrá recibir la pena de hasta doce años como nos dice el Art. 337, del Código Penal:

*“Art. 337.- Serán reprimidos con reclusión menor extraordinaria de nueve a doce años los funcionarios públicos que, en el ejercicio de sus funciones hubieren cometido una falsedad que consista:*

*En firmas falsas;*

*En alteración de actas, escrituras o firmas;*

*En suposición de personas;*

*En escrituras hechas o intercaladas en registros u otros documentos públicos, en escritos u otras actuaciones judiciales, después de su formación o clausura.”<sup>156</sup>*

El Fallo de casación número 17-II-99 (res.91-99, RO 160,31-III-99) se expresa de esta forma: “en la Cláusula Tercera, la falsedad en que se apoya la demanda es de la llamada por la doctrina falsedad subjetiva que consiste en hacer aparecer que un documento procede de una

---

<sup>154</sup> Ibídem, página 330.

<sup>155</sup> BRICEÑO SIERRA, Humberto., Derecho Procesal, Editorial Harla, México, segunda edición, 1995, página 155.

<sup>156</sup> Código Penal, Registro Oficial número 238 del 21 de Marzo de 2006.

*persona que no fue actor ni intelectual ni material. Esta clase de falsedades acarrearán responsabilidades en contra de sus coautores no solo civiles sino también penales (...)*<sup>157</sup>

Es fundamental en esta demanda citar al Notario para que pueda ejercer su derecho de defensa.

Como se podrá observar en los artículos que expongo a continuación, nuestra normativa se encuadra de una forma más específica en el tema de la falsedad en lo que respecta a la escritura pública, y en sí en la figura del Notario y su posible responsabilidad dentro de este delito.

Más no así el Código Penal que en su Título IV Capítulo III de las falsificaciones de documentos en general, se trata específicamente de todo tipo de penas referentes a cualquier falsedad propendida hacia los documentos o escritos emanados de autoridades públicas competentes en ejercicio de sus funciones, ya sean estos mismos, o cualquier particular.

Si bien es cierto, el principio fundamental del otorgamiento de una escritura pública es que se realice en unidad de acto es decir tanto los otorgantes y el Notario en el mismo espacio y tiempo. Incluso, la ley nos señala que el Notario deberá dar lectura del contenido de la escritura en voz alta y de forma clara para que todos los presentes tengan conocimiento del texto y de las cláusulas que componen el instrumento que van a suscribir. De igual forma señala ciertas formalidades adicionales cuando participan de éstas, personas en condiciones físicas diferentes, pudiendo ser en este caso ciegos, o sordomudos que se puedan dar a entender por escrito o incluso la asistencia de un intérprete. Solo de este modo podrá perfeccionarse en sí el acto, y tener plena validez.

Por lo tanto, en teoría, esta prueba sería discutible, más en tiempo real es de pleno conocimiento que no siempre este tipo de actos cumplen con este requisito que es la unidad de acto, o en sí la presencia de las personas en la Notaría. Muchas veces existen diligencias notariales en las cuales se puede solicitar la recepción de la firma de personas, por encontrarse en imposibilidad física de presentarse en las instalaciones de la notaría pública (casos

---

<sup>157</sup> Código De Procedimiento Civil, Suplemento del Registro Oficial número 58, CODIFICACION 2005 – 011, Quito, 26 de abril del 2005.

excepcionales pero que sin embargo se presentan); por lo que el acto se lo realizaría en dos partes y muy probablemente en distintos tiempos si son varios los otorgantes. Por lo tanto podría ocurrir que la fecha constante el documento como día de otorgamiento de la misma no sea el día en que todos la suscribieron, pudiendo darse el caso de que uno de ellos no se encuentre en el lugar o más específicamente en la ciudad o incluso el país del que proviene dicho instrumento en la fecha en cuestión. Aquí cabe hacer una aclaración, ya que en el caso que señalo existiría en sí una falta por parte del Notario, ya que su obligación es dar fe de la existencia y del conocimiento de las personas, como se deduce del texto de las mismas escrituras “...a quienes de conocerles doy fe...”, este en persona deberá receptor las firmas de los otorgantes y corroborar su identidad con el documento de identificación que le presenten en el caso de nacionales la cédula de ciudadanía y en los extranjeros la cédula de identidad o el pasaporte, y tan solo en situaciones muy extremas como en el caso de testamentos en el lecho de muerte o en enfermedades en etapa terminal, o por alguna imposibilidad de salud o movilidad considerable, realizar diligencias notariales de recepción de firmas, más no en personas que no se encuentre en estas condiciones o similares.

En nuestra legislación se requiere de la declaración de por lo menos cinco testigos para la verificación de la imposibilidad física de otorgamiento. El artículo 183 del Código de Procedimiento Civil contempla este hecho:

*“Art. 183.- Cuando se ocurra a la prueba testimonial para acreditar la imposibilidad física de haber estado los otorgantes, el Notario o los testigos instrumentales en el lugar donde se otorgó el instrumento, se requerirá, por lo menos, cinco testigos que declaren sobre el hecho positivo de haber estado en otro lugar, el día del otorgamiento, la persona o personas de quienes se trata.”<sup>158</sup>*

El artículo 184 del Código de Procedimiento Civil, nos dice que los dichos del Notario y de los testigos instrumentales, es decir sus declaraciones o su versión acerca de la falsedad del documento, no harán fe es decir no probarán ni influirán contra quienes hubiere presunción, de estar implicados en dicha falsedad. De igual forma el artículo 185 nos habla de que en caso de que no haya presunción es decir no haya sospechadas fundadas en contra del Notario y de

---

<sup>158</sup>Código De Procedimiento Civil, Suplemento del Registro Oficial número 58, CODIFICACION 2005 – 011, Quito, 26 de abril del 2005.

los testigos, los dichos de otros testigos no harán fe, como regla general, más nos indica que si harán fe cuando sea corroborado por cinco o más testigos, conformes entre sí, es decir que estén totalmente de acuerdo entre todos. El artículo 186 de la misma normativa nos dice que cuando todos los testigos instrumentales, (no es de menos señalar que deben ser por lo menos cinco), afirmen la falsedad del instrumento, constituirá prueba aún si estos dichos hagan contradigan al Notario; pero también nos habla de que prevalecerá la declaración del Notario si afirma o reconoce que el instrumento está falsificado, enmendado o alterado.

#### **IV.- DOCUMENTOS OTORGADOS EN PAÍS EXTRANJERO.**

Es indudable que el movimiento de personas de un país a otro, y la necesidad de otorgar documentos en un lugar para que sean ejecutados en otro, trajo consigo el problema de la validez de documentos otorgados en el extranjero. En la actualidad el crecimiento del comercio internacional y en sí de las relaciones entre individuos de distintos lugares del mundo, buscan la certeza jurídica que otorga el derecho, en la suscripción de documentos que constituyan y le doten de un marco jurídico a los derechos y obligaciones adquiridos por éstos.

Por lo tanto, la legislación ecuatoriana, en concordancia con tratados internacionales y el notariado, ha permitido que estos documentos puedan ser usados en otros países.

El procedimiento para que un documento otorgado en el extranjero tenga validez según nuestra legislación comprende el análisis, que se explicará a continuación:

Al tratar este tema lo podemos dividir en requisitos de forma y de fondo, a lo que también se le puede llamar los requisitos extrínsecos e intrínsecos, respectivamente.

**La forma.** Aquí rige la *Locus Regit Actum*, es decir, el lugar en donde se autorizó el negocio jurídico que se trata.

**El Fondo**, en el que rige la *Lex Loci Executiones*, es decir, el lugar del cumplimiento de los actos o negocios jurídicos.

Para la efectividad de este acto es absolutamente necesario que el profesional del derecho tome muy en cuenta, no solamente a la ley en donde el negocio jurídico se va a realizar, sino a la ley en donde este va a tener sus efectos.

Existen situaciones puntuales en los cuales se puede dar este caso, el primero:

- **Cuando un documento proviene del extranjero, habiendo sido autorizado por un Notario o por una autoridad extranjera, y necesite hacerse valer en Ecuador**, debe cumplir los pases legales. En este caso *“el principio generalmente admitido nos dice que los documentos otorgados en el extranjero ante funcionario extranjero, tiene igual fuerza que los otorgados en el país propio siempre que reúnan las circunstancias exigidas en aquellos y además las que requiera estos para su autenticidad.”*<sup>159</sup>

De esta manera el artículo 16 del Código Civil señala:

*“Art 16.- La forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del lugar en que hayan sido otorgados. Su autenticidad se probará según las reglas establecidas en el Código de Procedimiento Civil.*

*La forma se refiere a las solemnidades externas, y la autenticidad al hecho de haber sido realmente otorgados y autorizados por las personas y de la manera que en tales instrumentos se exprese.”*<sup>160</sup>

De esta forma el convenio de la Apostilla facilita y permite el uso y validez de dichos documentos.

#### **A) El Convenio de la Apostilla**

La necesidad de certificar la autenticidad de un documento se convierte en vital cuando un ciudadano se encuentra fuera de su país natal y precisa utilizar documentos de su país de origen. En respuesta a esta necesidad, uno de los servicios más importantes que brinda el

---

<sup>159</sup> OSSORIO, Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Editorial Heliasta, Primera Edición 1981 Buenos Aires – Argentina, Página 264.

<sup>160</sup> Código Civil, Codificación 2005-010 Suplemento del Registro Oficial número 46 del 24 de Junio del 2005.

Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración, a través de su Dirección General de Legalizaciones con sede en Quito y sus oficinas regionales en Manta, Guayaquil y Cuenca, es la legalización y apostillaje de documentos públicos.

Apostiller es un término francés significa: certificar, autenticar o completar. Tiene por objeto simplificar la legalización de documentos para verificar su autenticidad, con el fin de que tengan validez a nivel internacional, haciendo innecesaria la legalización consular o diplomática u otro tipo de certificación adicional.

El Ecuador se adhirió a la XII CONVENCION PARA SUPRIMIR LA LEGALIZACION DE LOS DOCUMENTOS PÚBLICOS EXTRANJEROS (celebrada el 5 de octubre de 1961. Entró en vigencia el 24 de enero de 1965) -Convención de La Haya sobre apostilla- <sup>161</sup>el 2 de julio del 2004 y publicó su ratificación en el Registro Oficial 410 de 31 de Agosto del 2004.

Se pueden apostillar todos los documentos públicos, emitidos en el Ecuador que vaya a surtir efecto legal en otro Estado o Gobierno, excepto los documentos ejecutados por agentes diplomáticos o consulares y los documentos administrativos relacionados directamente con una operación comercial o aduanera.

Los Países que han firmado esta convención y por lo tanto exigen la apostilla son:

Albania, Alemania, Armenia, Andorra, Antigua y Barbuda, Argentina, Australia, Austria, Azerbayán, Bahamas, Barbados, Bélgica, Belice, Bielorrusia, Bosnia – Herzegovina, Botswana, Brunei, Darussalam, Bulgaria, China, la República Popular Chipre, Colombia, Corea del Sur, Croacia, Dinamarca, Dominica, Ecuador, El Salvador, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estados Unidos de América, Estonia, Federación de Rusia, Fiji, Finlandia, Francia,

---

<sup>161</sup> La **apostilla de La Haya** (o simplemente **apostilla**, también en francés: **apostille**) es un método simplificado de legalización de documentos a efectos de verificar su autenticidad en el ámbito internacional. Físicamente consiste en una hoja que se agrega a los documentos que la autoridad competente estampa sobre una copia del documento público. Esta certificación proviene del Convenio de La Haya del 5 de octubre de 1961, también conocida como la *Convención de la Apostilla*, firmado en La Haya, Países Bajos, que suprime el requisito de legalización de los documentos públicos extranjeros. Entró en vigor el 24 de enero de 1965. La apostilla sólo tiene validez entre los países firmantes de este tratado, por lo que si el país donde se necesita utilizar el documento no pertenece a él, entonces será necesaria una legalización diplomática.

Georgia, Granada, Grecia, Honduras, Hungría, India, Irlanda, Islandia, Isla Marshall, Isla Mauricio, Israel, Italia, Japón, Kazajstán, Lesotho, Letonia, Liberia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Macedonia, Antigua República Yugoslava de Malawi, Malta, Mauricio, México, Moldova, Mónaco, Montenegro, Namibia, Niue, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Panamá, Polonia, Portugal, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Checa, República Dominicana, Rumanía, Samoa, San Cristóbal y Nieves, San Marino, San Vicente y Granadinas, Santa Lucía, Santo Tomé y Príncipe Seychelles, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Surinam, Swazilandia, Tonga, Trinidad y Tobago, Turquía, Ucrania, Venezuela.

Para el caso en que se deban remitir documentos públicos a países distintos de los Signatarios de la Convención de La Haya sobre apostilla se debe realizar el trámite de legalización de documentos en el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración y su posterior consularización en la Representación Diplomática o Consular del dicho país en el Ecuador o en un país concurrente.

Debe asistir a la Autoridad competente para certificar la autenticidad del documento y posteriormente debe acudir a la Dirección de Legalizaciones ya sea en su sede principal en Quito, o en las oficinas regionales en Manta, Guayaquil o Cuenca.

Las instituciones públicas ecuatorianas no deben ni pueden exigir legalización o apostille de un documento ecuatoriano si este va a ser utilizado en Ecuador.

A continuación señalo una lista de algunos de los documentos más requeridos y del lugar donde debe certificarse primero antes del apostillaje o legalización.

1. **“RÉCORD**  
**POLICIAL:** requiere de sello de la oficina que expide el récord sobre la foto del interesado, y la firma del Delegado del Departamento del Archivo General Pasivo.
  
2. **AUTORIZACION DE SALIDA DE MENORES DE EDAD:** requiere de firma del Delegado del Consejo Nacional de la Judicatura. (También se admiten autorizaciones notariadas, las cuales no requieren de la firma del Delegado del Consejo Nacional de la Judicatura)

3. **CERTIFICA**  
**DOS MÉDICOS:** *se requiere firma del Delegado Nacional de Salud de Ministerio de Salud Pública.*
4. **DOCUMENTOS DE ESTUDIO DE PRIMARIA Y SECUNDARIA:** *se requiere firma del jefe de Régimen Escolar y Refrendación de títulos nacionales del Ministerio de Educación*
5. **CERTIFICACIONES DE RESIDENCIA:** *se requiere firma del funcionario autorizado de la Dirección Administrativa del Ministerio de Gobierno. (También se admiten autorizaciones notariadas, las cuales no requieren de la firma del Delegado del Consejo Nacional de la Judicatura)*
6. **DOCUMENTOS EMITIDOS PARA PERSONAS CON CAPACIDADES DIFERENTES:** *se requiere firma del funcionario autorizado del Consejo Nacional de Discapacidades, CONADIS.*
7. **DOCUMENTOS EMITIDOS POR EL CONSEJO NACIONAL DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTROPICAS, CONSEP:** *se requiere firma del funcionario autorizado del CONSEP.*
8. **DOCUMENTOS EMITIDOS POR EL INSTITUTO DE PROPIEDAD INTELECTUAL, IEPI:** *se requiere firma del funcionario autorizado para legalizar documentos por IEPI.*
9. **DOCUMENTOS EMITIDOS POR EL INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL, IESS:** *se requiere firma del funcionario autorizado del IESS.*
10. **DOCUMENTOS EMITIDOS POR EL REGISTRO CIVIL (en cualquier lugar):** *se requiere firma del delegado de la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación*
11. **DOCUMENTOS EMITIDOS POR EL SERVICIO DE RENTAS INTERNAS, SRI:** *se requiere firma del funcionario autorizado para legalizar documentos por SRI.*
12. **DOCUMENTOS EMITIDOS POR LOS JUZGADOS DE PICHINCHA:** *se requiere Firma del Presidente de la Corte Superior de Justicia de Quito.*
13. **DOCUMENTOS EMITIDOS POR LOS JUZGADOS DE PROVINCIAS:** *se requiere firma del Presidente de la Corte Provincial de Justicia de la respectiva provincia.*  
*En caso de no contar con la firma de la Corte Provincial se puede acudir a Quito y solicitar en la Corte Nacional de Justicia la certificación, en la que se indique que la firma del juez provincial es auténtica. Bastará en ese caso la firma del Secretario General de la Corte Nacional de Justicia (CNJ).*

**14. DOCUMENTOS EMITIDOS POR IGLESIAS:** *se requiere firma del representante del Canciller de la Comunidad Metropolitana de Quito (Iglesia Católica) o del representante de la Comunidad Religiosa (Otras Iglesias) Firma del funcionario autorizado de la Dirección Administrativa del Ministerio de Gobierno.*

**15. DOCUMENTOS EMITIDOS POR LOS MUNICIPIOS:** *se requiere firma del funcionario autorizado para legalizar documentos por el Municipio.*

**16. DOCUMENTOS Y TITULOS DE NIVEL UNIVERSITARIO:** *se requiere firma del Director ejecutivo del CONESUP Firma del funcionario a cargo del registro de títulos del CONESUP.*

**17. OTROS CERTIFICADOS Y DOCUMENTOS PARTICULARES:** *Deben tener reconocimiento de la firma efectuada por una Notaría.*

*Los documentos expedidos en otros países no se legalizan o apostillan excepto si han sido previamente legalizados por un Cónsul Ad-honorem ecuatoriano. Tampoco se legalizan o apostillan documentos extranjeros que han sido notariados en Ecuador.”<sup>162</sup>*

- **La segunda situación jurídica que se pueda presentar, es que estos documentos provengan de país extranjero habiendo sido otorgados ante las autoridades del país donde van a surtir efectos, en este caso serían las autoridades del Ecuador, Consulados, Embajadas, etc.** (Este caso en particular es el que nos interesa dentro de este estudio).

De esta manera opina GOLDSCHIMIDT señalando que: *“La autenticidad o no falsedad de un documento público extranjero, no equiparado por virtud de convenio a los nacionales, basta su legalización por un cónsul o embajador de nuestro Estado.”<sup>163</sup>*

KISH concuerda con lo antes expuesto apuntando lo siguiente: *“Lo más fácil para determinar la autenticidad es pedir la legalización a los embajadores o cónsules de la Nación en el correspondiente país.”<sup>164</sup>*

---

<sup>162</sup>[http://www.mmrree.gov.ec/MRE/DOCUMENTOS/pol\\_internacional/migratoria%20consular/legalizaciones.htm](http://www.mmrree.gov.ec/MRE/DOCUMENTOS/pol_internacional/migratoria%20consular/legalizaciones.htm), página web visitada en abril del 2009.

<sup>163</sup> GOLDSCHIMIDT, James, Derecho Procesal Civil, traducción de Leonardo Prieto Castro, Barcelona, Editorial Labor, 1936, página 286.

Nuestra legislación regula la autenticidad de estos documentos. El artículo 190 del Código de Procedimiento Civil, explica de forma detallada el procedimiento a seguir, el cual transcribo a continuación:

*“Art. 190.- Se autentican o legalizan los instrumentos otorgados en territorio extranjero, con la certificación del agente diplomático o consular del Ecuador residente en el Estado en que se otorgó el instrumento. En el caso de legalización, la certificación del agente diplomático o consular se reducirá a informar que el Notario o empleado que autorizó el instrumento, es realmente tal Notario o empleado, y que en todos sus actos hace uso de la firma y rúbrica de que ha usado en el instrumento.*

*Si no hubiere agente diplomático ni consular del Ecuador, certificará un agente diplomático o consular de cualquiera Estado amigo<sup>165</sup>, y legalizará la certificación el Ministro de Relaciones Exteriores de aquel en que se hubiere otorgado. En tal caso, la legalización del Ministro de Relaciones Exteriores se reducirá también a informar que el agente diplomático o consular tiene realmente ese carácter, y que la firma y rúbrica de que ha usado en el instrumento son las mismas de que usa en sus comunicaciones oficiales.*

*Si en el lugar donde se otorgare el instrumento no hubiere ninguno de los funcionarios de que habla el inciso segundo, certificarán o legalizarán la primera autoridad política y una de las autoridades judiciales del territorio, expresándose esta circunstancia.*

*La autenticación o legalización de los instrumentos otorgados en país extranjero, podrá también arreglarse a las leyes o prácticas del Estado en que se hiciere. Las diligencias judiciales ejecutadas fuera de la República, en conformidad a las leyes o prácticas del país respectivo, valdrán en el Ecuador.”<sup>166</sup>*

En este artículo podemos observar cómo el legislador regula la autenticidad que puedan tener los documentos otorgados en el extranjero, señalando quienes son las autoridades competentes así como el procedimiento a seguir. En su inciso segundo se adelanta señalando y legislando situaciones que pueden tener lugar en el caso que no exista ningún consulado, o embajada del

---

<sup>164</sup> KISH W, Elementos del Derecho Procesal Civil, traducción de Leonardo Pietro Castro, segunda edición, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1940, página 230.

<sup>165</sup> Estados amigos del Ecuador como Bolivia, Venezuela, Uruguay, Irán, entre otros.

<sup>166</sup> Código De Procedimiento Civil, Suplemento del Registro Oficial número 58, CODIFICACION 2005 – 011, Quito, 26 de abril del 2005.

Ecuador en otro país, otorgándole a las entidades de otros Estados o en caso más extremo a la primera autoridad política, esta potestad.

Por lo general, en caso de la legislación ecuatoriana, estos documentos provenientes del exterior y que cumplen con las formalidades respectivas, son ingresados al protocolo de un Notario Público de cualquiera de los cantones del país bajo la figura de la protocolización. Ya que de esta forma es más práctico su manejo. Ya no existiría una sola especie de este, si no que podrían solicitarse copias del mismo a lo largo del tiempo cuantas veces se necesite, otorgándoles a estas el mismo valor legal que su original, potestad entregada al Notario, en la Ley Notarial en su capítulo III.

La Ley Notarial en su artículo diez y ocho (18) numeral dos, señala entre una de las atribuciones del Notario la protocolización de documentos.

*“Art. 18.- Son atribuciones de los Notarios, además de las constantes en otras leyes:*

*2.- Protocolizar instrumentos públicos o privados por orden judicial o a solicitud de parte interesada patrocinada por abogado, salvo prohibición legal.”* <sup>167</sup>

En concordancia con este punto, podemos señalar que en el artículo 1067 del Código Civil ecuatoriano se puede observar cómo nuestra legislación garantiza la autenticidad de testamentos otorgados en el extranjero, especialmente bajo las leyes ecuatorianas. Procedimiento que deberá cumplir con ciertos requisitos, como por ejemplo la intervención del jefe de legación o consulado que haya en el país del que procede el documento, del Ministerio de Relaciones Exteriores del Ecuador, (con el fin de otorgarle legalidad y autenticidad al documento otorgado fuera de país), del juez, y del Notario Público el cual protocolizará estos documentos revistiéndole de fe pública y otorgándole la calidad de instrumento público.

*“Art. 1067.- El testamento otorgado en la forma prescrita en el artículo precedente y que no lo haya sido ante un jefe de legación donde lo haya, llevará al pie el visto*

---

<sup>167</sup> Ley Reformatoria a la Ley Notarial, codificación 2006-62, Registro Oficial número 406 - martes, 28 de noviembre del 2006.

*bueno de este jefe, si el testamento fuere abierto; y si fuere cerrado, lo llevará sobre la cubierta. El testamento abierto será siempre rubricado por el mismo jefe, al principio y fin de cada página.*

*El jefe de legación, donde lo haya, remitirá enseguida una copia del testamento abierto, o de la cubierta del cerrado, al Ministro de Relaciones Exteriores del Ecuador. Este, a su vez, remitirá dicha copia al juez del último domicilio del difunto en el Ecuador, para que la haga incorporar en los protocolos de un Notario del mismo domicilio.*

*No conociéndose al testador ningún domicilio en el Ecuador, será remitido el testamento, por el Ministro de Relaciones Exteriores, a un juez de lo civil de Quito, para su incorporación en los protocolos de la notaría que el mismo juez designe.”<sup>168</sup>*

## **V.- EL NOTARIO PÚBLICO Y LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS:**

Empezaremos el tema con algunas definiciones del término Notario:

### **A) Notario:**

El profesor Doctor Darwin Díaz Peñaherrera señala el siguiente concepto de Notario: *“Funcionario público que autoriza con su potestad fedataria los actos y contratos que determinan las leyes”(…) es el profesional del derecho encargado de una función pública que consiste en recibir, interpretar, y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad, que conserva los originales y que expide copias que den fe de su contenido.”<sup>169</sup>*

Muchas veces se ha oído hablar de la palabra “*escribano*” y la relacionamos y lo relacionamos a la actividad notarial, pues si se trata de palabras sinónimas. *Escribanos* viene de la palabra romana y egipcia “*escriba*” quienes eran antiguamente funcionarios del rey o del faraón que transcribían, archivaban, interpretaban y daban a conocer los decretos y la leyes dictadas por el rey. En un principio los borradores o minutas las hacían en piedra caliza y el documento final era hecho ya en los conocidos *papiros*.

---

<sup>168</sup> Código Civil, Codificación 2005-010 Suplemento del Registro Oficial número 46 del 24 de Junio del 2005.

<sup>169</sup> Apuntes profesor Darwin Díaz Peñaherrera, profesor de Derecho Notarial, 5to año, Universidad Internacional Sek.

El derecho canónico habla ya de la palabra “Notario” que viene del vocablo latín “nota” que significa escritura y cuyas funciones iniciales no eran las de ser fedatario, sino la de recoger notas del rey en los papiros inicialmente y con posterioridad en el papel.

El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española nos señala el siguiente concepto de Notario:

- *Genéricamente, fedatario público.*

CABANELLAS apunta *“Etimológicamente este término proviene, como la mayoría de los jurídicos, del latín, de nota, con el significado de título, escritura o cifra; y esto porque se estilaba en lo antiguo escribir valiéndose de abreviaciones los contratos y demás actos pasados ante ellos; o bien porque los instrumentos en que intervenían los Notarios los autorizaban con su cifra, signo o sello, como en la actualidad.”*<sup>170</sup>

Con la creación de la Ley Notarial ecuatoriana se uniformiza el término Notario, ya que antes de la ley se utilizaban indistintamente los términos Notario o escribano. De hecho existen algunos países que conservan la denominación de escribanos para referirse a los Notarios públicos tal como Argentina y Uruguay.

La Ley Notarial nos define al Notario en su artículo 6:

*“Art. 6- Notarios son los funcionarios investidos de fe pública para autorizar a requerimiento de parte, los actos, contratos y documentos determinados en las leyes.”*<sup>171</sup>

---

<sup>170</sup> CABANELLAS DE TORRES Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, décimo séptima edición, Buenos Aires, Argentina, 2005 página 261.

<sup>171</sup> Ley Reformatoria a la Ley Notarial, codificación 2006-62, Registro Oficial número 406 - martes, 28 de noviembre del 2006.

Observamos en esta definición características ya estudiadas con anterioridad, por lo que no van a desarrollarse de forma amplia, tan solo se las va a nombrar, como son la de tener potestad de dar fe pública, sobre distintas situaciones jurídicas otorgadas en su presencia.

El Notario tiene sus deberes específicos como es el de proceder con absoluto apego a la verdad, sin certificar datos falsos y guardando el secreto profesional. Cuando se habla de la verdad en la profesión notarial se quiere decir que el Notario no puede mentir, que no puede autorizar la mentira presentada por el cliente, si el Notario sabe que es efectivamente una mentira, claro está. El deber moral de no mentir es parte del deber ser del Notario, (aún cuando la verdad interese más al cliente) porque de ello depende la firmeza del acto jurídico.

De los sistemas de notariado, históricamente, el Ecuador ha adoptado el notariado latino de claustro cerrado. Por este sistema, los Notarios son fe datarios públicos en un número limitado el cual se regula por parte del Estado o a través de Colegios de Notarios.

El Notario en América Latina es un profesional del derecho mas no es legislaciones como la anglosajona, en la que el Notario, puede ser cualquier persona designada por el Estado, con requisitos mínimos para ejercer su cargo, y sin necesidad de que se trate de profesionales del derecho no teniendo una mayor trascendencia como en las legislaciones latinas.

La función del Notario como profesional del derecho, tiene 3 aspectos:

- 1) **Función directiva:** El Notario aconseja, asesora, instruye como perito en el derecho y concilia y coordina voluntades.
  
- 2) **Función moldeadora:** El Notario moldea el acto jurídico, dotándolo de forma legal. Para ello, califica la naturaleza y legalidad del acto admite este a su intervención al tenerse por requerido por las partes, o bien lo rechaza, si la calificación es adversa y por fin lo redacta. Esta función de redacción la ejerce con entera libertad, sin más condición o limitación que la de no traicionar la voluntad de las partes dentro de las normas del derecho, o en sí de los documentos que se le han sido entregados como

habilitantes. Por ejemplo las minutas o peticiones firmadas por abogados, cuando se requiera de éstas.

**3) Función autenticadora:** esta es la de mayor trascendencia pública. Consiste en invertir los actos notariales de una presunción de veracidad que lo hace aptos para imponerse por sí mismos en las relaciones jurídicas, para sean impuestos por el poder coactivo del Estado.

Si el Notario no fuese además de funcionario un profesional del derecho, no habría sido exaltada la profesión al alto nivel en que ahora se encuentra.

GÓMEZ ORBANEJA Y ERCE QUEMADA señalan el siguiente concepto de Notario: *“El Notario es según la ley un profesional del derecho, investido de fe pública y autónoma, por la fe que está investido y por disciplina al Estado, lo que no significa que pertenezca a la administración de este; ni se opone a que este sujeto como custodio del protocolo, a preceptos administrativos y no le es aplicable el concepto de servicio administrativo, porque ejerce una función exclusiva, sin interdependencia burocrática.”*<sup>172</sup>

Precepto no aplicable en la actualidad en el Ecuador, mediante Registro Oficial Nro.449, de fecha, lunes 20 de Octubre del 2008, entró en vigencia la nueva Constitución del Ecuador. Entre varias de sus reformas se modifica lo referente al servicio notarial. En su artículo 199 le otorga al Notario la calidad de funcionario público, directamente dependiente del Estado y su administración, colocando en la categoría de cualquier otro funcionario de la administración,. Las tasas y pagos establecidos para la tramitación en cualquiera de las notarias del país pasará directamente a las arcas del Estado.

De esta manera la Nueva Constitución expone lo siguiente:

**“SERVICIO NOTARIAL**  
**Sección Sexta**

**Servicio Notarial**

---

<sup>172</sup> GÓMEZ ORBANEJA Y ERCE QUEMADA, Derecho Procesal, Madrid- España, 1955, Volumen 1, página 320.

**Art. 199.-** *Los servicios notariales son públicos. En cada cantón o distrito metropolitano habrá el número de notarias y Notarios que determine el Consejo de la Judicatura. Las remuneraciones de las notarias y Notarios, el régimen de personal auxiliar de estos servicios, y las tasas que deban satisfacer los usuarios, serán fijadas por el Consejo de la Judicatura. Los valores recuperados por concepto de tasas ingresarán al Presupuesto General del Estado conforme lo que determine la ley.*

**Artículo 200.-***Los Notarios son depositarios de la fe pública. El Consejo de la Judicatura nombrará a los Notarios previo concurso público de oposición y meritos, sometido a impugnación y contraloría social. Para ser Notario se requerirá tener el título de abogado expedido o convalidado por una de las universidades legalmente reconocidas en el país, y haber ejercido la profesión de abogado por un lapso no menor de tres años. Durarán en sus funciones seis años y podrán ser reelegidos por una sola vez. La Ley establecerá los estándares de rendimiento y las causales para su destitución.*

**TRANSITORIA:** *En un plazo no mayor de trescientos sesenta días a partir de la conformación del Consejo de la Judicatura, este implementará el nuevo servicio notarial, de conformidad con esta Constitución y la ley. A partir de la aprobación de la Constitución los períodos de nombramiento, encargos, interinazgo o suplencias de los Notarios se declaran concluidos. En el plazo señalado en el primer inciso, se convocará a concursos públicos de oposición y merecimientos para estas funciones de conformidad con el nuevo marco constitucional. Mientras concluyen los concursos, los Notarios permanecerán en funciones prorrogadas hasta ser legalmente sustituidos.*

**TRANSITORIA:** *Los documentos notariales pertenecientes al actual régimen notarial ingresarán al nuevo servicio notarial.*<sup>173</sup>

La diferencia radica en que los Notarios, con el texto constitucional propuesto, pasarán a ser funcionarios con remuneración fija y dependientes directos de la Función Judicial, haciendo que las utilidades producidas por la prestación de este servicio irán al Presupuesto General del Estado y a la Función Judicial. Hasta ahora, esas utilidades solo benefician al Notario. Se establece que el Sistema Notarial es público y los Notarios son depositarios de la fe pública. El Consejo Nacional de la Judicatura determinará el número de Notarios en cada cantón y distrito metropolitano. Este Consejo fijará la remuneración de los Notarios y la del personal de servicio establecerá tasas que satisfagan a los usuarios. Los valores recuperados ingresarán al Presupuesto General del Estado y la Función Judicial de conformidad con la Ley.

---

<sup>173</sup>[Http: www.asambleanacional.gov.ec/ -](http://www.asambleanacional.gov.ec/), página web visitada en abril del 2009.

De esta manera se expresan los siguientes artículos del Código Orgánico de la Función Judicial:

**“Art. 303.- TASAS POR SERVICIOS NOTARIALES.-** Es atribución del Consejo de la Judicatura establecer, modificar o suprimir mediante resolución las tasas por servicio notarial, fijar sus tarifas y regular sus cobros. Igualmente, es atribución de dicho Consejo fijar y actualizar periódicamente, mediante resolución, los mecanismos de remuneración de las notarias y Notarios, que serán pagados por los usuarios del servicio.

*La notaria o Notario que cobre valores no establecidos por el Consejo de la Judicatura, comete una falta susceptible de destitución.*

**Art. 304.- MECANISMO DE REMUNERACIÓN.-** Le corresponde exclusivamente a la notaria o Notario asumir los costos de la administración general de su despacho, su propia remuneración y el cumplimiento de las obligaciones laborales de su personal, por medio de la recaudación directa que por concepto de tasas realiza. En ningún caso el Estado deberá erogar valor alguno por estos conceptos.

*La notaria o Notario sentará razón al margen de la escritura matriz o del documento protocolizado o de la diligencia practicada, del número de la factura emitida por el acto o contrato notarial realizado.*

*El Estado recibirá, según lo determinado en el siguiente esquema, un porcentaje del ingreso bruto percibido por la notaria o Notario.*

- 1. Del ingreso bruto comprendido entre la categoría 5 y 10 de la carrera judicial, el Estado participará en el diez por ciento (10%) del excedente una vez descontado el monto equivalente a la remuneración de un funcionario judicial de la categoría 5;*
- 2. Del ingreso bruto comprendido entre la categoría 10 de la carrera judicial y el duplo de ésta, el Estado participará en el veinte por ciento (20%) del excedente una vez descontado el monto equivalente a la remuneración de un funcionario judicial de la categoría 5;*
- 3. Del ingreso bruto comprendido entre el duplo de la categoría 10 de la carrera judicial y el cuádruplo de ésta, el Estado participará en el treinta por ciento (30%) del excedente una vez descontado el monto equivalente a la remuneración de un funcionario judicial de la categoría 5; y,*
- 4. Del ingreso bruto superior al monto anterior, el Estado participará en el cincuenta y uno por ciento (51%) del excedente una vez descontado el monto equivalente a la remuneración de un funcionario judicial de la categoría 5.*

*Estos porcentajes de participación podrán ser modificados por el Consejo de la Judicatura, mediante resolución, según las necesidades del servicio.*

*Esta participación en el rendimiento no constituye un tributo; por lo tanto no constituye crédito fiscal a favor de la notaria o Notario.*

*La notaria o Notario deberá depositar este monto dentro de los diez primeros días del mes siguiente, en la cuenta única del Tesoro Nacional y presentar la respectiva liquidación al Consejo de la Judicatura. Si la notaria o Notario no realiza el depósito del porcentaje correspondiente dentro del plazo señalado, pagará los intereses legales y una multa equivalente al tres por ciento (3%) por cada mes o fracción, sin perjuicio de las responsabilidades penales o administrativas por retención de fondos públicos. El retraso reiterado será causal de destitución.*

**Art. 305.- TARIFA MÍNIMA O REDUCIDA.-** *Cuando la Constitución o la ley lo dispongan, los servicios notariales serán gratuitos o causarán tasas y mecanismos de remuneración inferiores a los establecidos.*

**Art. 306.- EXENCIÓN PARA PERSONAS ADULTAS MAYORES.-** *Las personas adultas mayores se encuentran exentas en el pago de las tasas y los mecanismos de remuneración notarial en los actos que contengan su única y exclusiva declaración de voluntad. Para el caso de contratos bilaterales los adultos mayores no pagarán estos mecanismos de remuneración notarial en el porcentaje que señala la ley, pero les está prohibido asumir el pago del porcentaje que corresponda cubrir a los demás intervinientes.*

**Art. 301.- DEBERES DE LAS NOTARIAS Y NOTARIOS.-** *El servicio notarial es permanente e ininterrumpido. Para cumplir sus funciones, cuando el caso amerite o las partes lo requieran, podrá autorizar los actos o contratos fuera de su despacho notarial.*

*También son deberes de las notarias y Notarios:*

- 1. Presentar su relación de gastos así como el presupuesto de gastos ordinarios y extraordinarios ante el Consejo de la Judicatura.*
- 2. Declarar bajo juramento los valores cobrados por los servicios prestados en forma mensual y depositar en la cuenta única del Tesoro Nacional lo que exceda del monto máximo que le sea permitido percibir por el desempeño de la función notarial que no podrá ser superior al señalado en el artículo 304. La falsedad en las declaraciones tributarias o el ocultamiento en la inscripción o registro de bienes muebles o inmuebles, será motivo de destitución, sin perjuicio de las acciones penales correspondientes.”<sup>174</sup>*

Con la nueva constitución los Notarios son nombrados por la Función Judicial, están sujetos al control disciplinario del Consejo Nacional de la Judicatura y deben cobrar un tarifario

---

<sup>174</sup> [Http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com\\_content&task=view&id=4874&Itemid=526](http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=4874&Itemid=526), página web visitada en abril del 2009.

establecido en una tabla. Hoy, la fe es pública, la designación de Notarios es pública, pero las utilidades del servicio notarial, son privadas. Ese es el cambio.

Los requisitos para ser Notario son: ser ecuatoriano, tener título de abogado expedido o convalidado por una universidad legalmente reconocida en el país y haber ejercido la profesión con probidad por un lapso no menor de tres años, la profesión de abogado. La designación del Notario se hará mediante concurso de mérito y oposición con control social. Durará en sus funciones 6 años, podrá ser reelecto por una sola vez y su labor será sometida a evaluaciones periódicas. La ley establecerá los estándares de rendimiento y las causales para su destitución.

Así se transcribe a continuación la normativa referente a este tema constante en el Código de la Función Judicial:

## ***“TÍTULO VI***

### ***ÓRGANOS AUXILIARES DE LA FUNCIÓN JUDICIAL***

#### ***CAPÍTULO I***

##### ***NOTARIAS Y NOTARIOS***

***Art. 296.- NOTARIADO.-*** El Notariado es un órgano auxiliar de la Función Judicial y el servicio notarial consiste en el desempeño de una función pública que la realizan las notarias y los Notarios, quienes son funcionarios investidos de fe pública para autorizar, a requerimiento de parte, los actos, contratos y documentos determinados en las leyes y dar fe de la existencia de los hechos que ocurran en su presencia.

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

***“Art. 38.- CONFORMACIÓN DE LA FUNCIÓN JUDICIAL.-*** Integran la Función Judicial y se denominan, en general, servidores de la Función Judicial:

*5.- Las notarias y los Notarios y los demás servidoras y servidores de la Función Judicial que prestan sus servicios en los órganos auxiliares de la Función Judicial; y,*

**Art. 298.- INGRESO AL SERVICIO NOTARIAL.-** *El ingreso al servicio notarial se realizará por medio de un concurso público de oposición y méritos, sometido a impugnación y control social, y con el procedimiento establecido en este Código, que será dirigido por la Comisión de Administración de Recursos Humanos del Consejo de la Judicatura, sin perjuicio de que la formación inicial esté a cargo de la Escuela de la Función Judicial.*

*Las disposiciones contenidas en este Código relativas a la convocatoria, calificación, selección, impugnación, formación inicial y nombramiento para el ingreso a las diferentes carreras de la Función Judicial, se aplicarán en lo que sea pertinente al ingreso al Servicio Notarial.*

*Los concursos no podrán privilegiar la experiencia frente a la preparación académica y la evaluación de desempeño.*

**Art. 299.- REQUISITOS PARA SER NOTARIA O NOTARIO.-** *Para ser notaria o Notario se requerirá:*

- 1. Ser ecuatoriana o ecuatoriano y hallarse en goce de los derechos de participación política;*
- 2. Tener título de abogada o abogado, legalmente reconocido en el país;*
- 3. Haber ejercido con probidad notoria la profesión de abogada o abogado por un lapso no menor de tres años.*

**Art. 300.- DURACIÓN EN EL CARGO.-** *Las notarias y los Notarios permanecerán en el ejercicio de sus funciones seis años, y podrán ser reelegidos por una sola vez. Quienes hubieren sido reelectos podrán, libremente, participar en los concursos que se abran respecto de otras notarías, cuando concluya su segundo período.”<sup>175</sup>*

En lo que respecto al archivo de actos y documentos notariales se señala lo siguiente:

**“Art. 307.- ARCHIVO NACIONAL NOTARIAL.-** *Créase el Archivo Nacional Notarial, dependiente del Consejo de la Judicatura, el mismo que será implementado de acuerdo a las disposiciones que dicte este órgano.*

*El Consejo de la Judicatura, a través de la Comisión de Asuntos Relativos a los Órganos Auxiliares, implementará la creación y desarrollo progresivo de un archivo electrónico de los actos y documentos que notarias y Notarios registran en los libros de protocolo.*

*Las notarias y Notarios conservarán en su poder los libros de protocolo por cinco años, cumplidos los cuales deberán remitir aquellos a la oficina provincial de archivo*

---

<sup>175</sup> [Http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com\\_content&task=view&id=4874&Itemid=526](http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=4874&Itemid=526), página web visitada en abril del 2009.

*notarial correspondiente, que funcionará en la capital de cada provincia, a cargo de los directores provinciales del Consejo de la Judicatura, a más tardar el último día hábil del mes de enero del año que corresponda.*

*En caso de fallecimiento de la notaria o Notario, este deber lo cumplirá la notaria o Notario suplente o la persona en cuyo poder se hallen los protocolos.*

*Las notarias y Notarios, dentro de los quince primeros días de finalizado cada mes remitirán a la oficina provincial del archivo notarial, copia certificada del índice de los protocolos correspondientes a dicho mes.*

*Las oficinas provinciales remitirán copia certificada de los protocolos al Archivo Nacional Notarial dentro del primer trimestre de cada año.*

*El Consejo de la Judicatura reglamentará el funcionamiento de este Archivo Nacional Notarial y de sus oficinas provinciales.*

*Sin perjuicio de lo anterior, las notarias y los Notarios tienen la obligación de llevar un archivo electrónico de todas sus actuaciones realizadas en el ejercicio de sus funciones. ”<sup>176</sup>*

Se señalan dos transitorias, la primera nos dice que en el plazo no mayor de 360 días a partir de la conformación del Consejo de la Judicatura implementará el nuevo servicio notarial. A partir de la aprobación de la Constitución los períodos de nombramiento, encargos, interinazgos o suplencias de los Notarios se declararán concluidos. La segunda transitoria señala que los documentos notariales pertenecientes al actual régimen notarial ingresarán al nuevo servicio notarial.

Es importante señalar la posición en que se encontraba el Notario Público en el Ecuador, antes de la aprobación de la Nueva Constitución, pues no era considerado un funcionario público pero si dependiente de la Función Judicial en lo que se refiere a ser controlado por el Consejo Nacional de la Judicatura, órgano que formaba parte de la Función Judicial según lo señalaba el artículo 198, de la Constitución de 1998.

El Consejo Nacional de la Judicatura si bien es cierto, no deja de ser parte de la Función Judicial, en la nueva Constitución la categoría del Notario como funcionario público y en sí la

---

<sup>176</sup> [Http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com\\_content&task=view&id=4874&Itemid=526](http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=4874&Itemid=526), página web visitada en abril del 2009.

actividad Notarial se incorpora a esta. No podemos olvidar que realmente nunca estuvo desligado de este ámbito. No se lo podría haber considerado un funcionario particular, o privado, ya que para ser Notario tenía que cumplir ciertos requisitos señalados por la Ley Notarial, y existía de por medio un concurso de oposición y merecimiento por lo tanto, como se puede observar en los preceptos constitucionales tomados literalmente de la Nueva Constitución adjuntados a este análisis con anterioridad este proceso de elección se mantiene, más se define de forma radical la calidad de funcionario público del Notario al ponerlo al mismo nivel de un juez de lo civil en lo que se refiere para efectos de privilegios y remuneraciones, por lo tanto este estaría regido bajo la normativa de la LOCSA en lo que se refiere a remuneraciones. En este caso podemos observar que existiría un beneficio colectivo compartido.

En la notarías de ciudades con mayor población o principales como los son Quito y Guayaquil, la implementación de este sistema no perjudicaría en gran escala el ingreso mensual del Notario, debido a la gran cantidad de causas y contratos, así como trámites notariales que se manejan en estas. No así en las ciudades pequeñas o con menor población en las que la tramitación de procesos notariales es limitada acá el Notario público tiene a su haber menos causas y contratos a tratar por lo tanto el aporte que este deba realizar al Estado será en menor proporción igual pero también recibirá menos, sea cual sea su situación en cuanto a la tramitación de procesos notariales.

Se debería realizar un estudio minucioso y desglose del dinero manejado por la administración en lo que se refiere a servicios notariales, para que no derive de esta un déficit sino más bien se cree un sistema respaldado, el cual garantice una seguridad jurídica en cuanto a la tramitación notarial, a la eficacia en su servicio así como no se permita la burocratización de esta, que causaría un caos jurídico en este ámbito. Lo que busca toda reforma de ley es el beneficio colectivo así como la implementación de principios jurídicos como los son la celeridad y la economía procesal, por lo tanto en teoría lo que menos se esperaría de este nuevo sistema es que la celeridad y eficiencia de la actividad notarial en la actualidad se mantenga que para mi opinión es un hecho.

Estoy de acuerdo en el establecimiento de ciertas tasas las cuales deberán como lo mencioné antes, ser analizadas en presupuestos elaborados por expertos para que no constituyan una ofrenda sino más bien constituyan un respaldo a la tramitación del proceso que se esté llevando a cabo. El hecho que estos recursos pasen a manos de entes estatales tiene sus negativas; ya que la falta de confianza de la sociedad en éstas podría crear una opinión generalizada acerca del manejo, que por antecedentes a lo largo de los gobiernos del Ecuador ha dejado un sabor a desconfianza por el despilfarro y malversación que se ha producido. Por lo tanto la seguridad que se otorgue a los ciudadanos acerca de sus recursos empleados en tramitación notarial será de exclusiva responsabilidad de la Función Judicial como ente del Estado ya que estos como los señala la Nueva Constitución no estarán más a cargo del Notario.

Por otra parte el Notario deberá crear una conciencia social de seguridad jurídica y celeridad, ninguna de las reformas debe crear un ambiente de inseguridad en cuanto al trabajo que se maneje en una notaria del país. El deber y cumplimiento de las funciones del Notario Público, no deberá tener ninguna variación, ética y moralmente el deber de un profesional del derecho como en este caso es el Notario. Debe estar siempre respaldado por la buena fe en su actuación y sobre todo su lealtad ante la justicia del país, y la seguridad jurídica que este pueda proporcionar con su servicio a la sociedad.

Dentro de los puntos positivos tenemos que con la nueva Constitución se dará oportunidad a nuevos profesionales del derecho, jóvenes capacitados y con grandes anhelos de servir a la Patria, creando un ambiente revitalizado y nuevo en las instituciones de servicio público, pues en la actualidad la gran mayoría están dirigidas por funcionarios que se han mantenido en su labor durante varias décadas, no permitiendo de esta manera una oportunidad laboral a nuevas generaciones.

Como bien se pudo observar en los temas antes estudiados, el papel del Notario en lo que se refiere a los instrumentos públicos y privados es fundamental. Nuestro Código de Procedimiento Civil nos habla específicamente de los instrumentos, señalándonos muy

puntualmente que al instrumento público se lo conoce como escritura pública, y nos habla de la figura del Notario y su protocolo. Haciendo referencia a este último, me permito señalar que es el lugar donde deberán contenerse todas las escrituras matrices y documentos públicos que sean otorgados ante este funcionario.

## **B) El Protocolo**

El Notario en el Ecuador se encuentra comprendido dentro de uno de los funcionarios competentes para la emisión así como otorgamiento de instrumentos públicos, existiendo varias potestades entregadas a éste a través de legislación ecuatoriana más específicamente en la Ley Notarial.

Los actos de jurisdicción voluntaria que gozan de autenticidad son los que, a instancias de las partes, han sido formalizados por un funcionario público competente para declarar un acto o un hecho jurídico. Entre estos documentos, las **escrituras notariales** ocupan un lugar especial, debido al monopolio de los Notarios para elevar a públicos todos los documentos y contratos a los que las partes deben o quieren otorgar la autenticidad característica de los documentos emanados de una autoridad pública.

La fe pública notarial radica en que ésta es documental y no verbal. Por esta razón las actas y escrituras públicas únicamente podrán autorizarse en el protocolo.

Para el desarrollo de este tema voy a señalar algunos conceptos del término Protocolo, específicamente dentro del tema notarial que es particular de este estudio:

- CABANELLAS apunta que Protocolo es: *“Ordenada serie de escrituras matrices u otros documentos que un Notario o escribano autoriza o custodia con ciertas formalidades.”*<sup>177</sup>

---

<sup>177</sup> CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Editorial Heliasta Buenos Aires – Argentina, Vigésimocuarta Edición 1996, Página 489.

- Por su parte OSSORIO señala que Protocolo es el: *“Libro registrado, numerado, rubricado o sellado que lleva el Notario o escribano, según le denominación oficial en cada país del fedatario extrajudicial.”*<sup>178</sup>

-También COUTURE señala que Protocolo es: *“El primer depósito, o sea, el lugar donde primeramente se consigna el acta o contrato o también el sitio donde consta lo principal de una relación de derecho.”*<sup>179</sup>

Ley Notarial Ecuatoriana señala en su artículo 22 lo siguiente referente al Protocolo:

*“Art. 22.- Los protocolos se forman anualmente con las escrituras matrices y los documentos públicos o privados que el Notario autoriza e incorpora por mandato de la ley o por orden de autoridad competente o a petición de los interesados. Los protocolos pertenecen al Estado. Los Notarios los conservarán en su poder como archiveros de los mismos y bajo su responsabilidad.”*<sup>180</sup>

Cabe colegir los elementos esenciales de estas definiciones antes mencionadas:

1º Supone una colección ordenada cronológicamente: el protocolo se ordena conforme con la fecha de autorización de cada documento, según una estricta ordenación cronológica y numerada. La apertura de cada protocolo suele coincidir con el primer día hábil de cada año natural, salvo excepción.

2º Está bajo la estricta vigilancia y custodia del Notario que lo tiene a su cargo.

3º Se constituye anualmente, sin límite de documentos ni, de tomos, cualquiera sea el número total que se autoricen durante un año, sea ínfimo, o bien voluminoso.

---

<sup>178</sup> OSSORIO, Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Editorial Heliasta, Primera Edición 1981 Buenos Aires – Argentina, Página 623.

<sup>179</sup> COUTURE, Eduardo J, Estudios de Derecho Procesal Civil, Tomo III, Ediciones Depalma, Buenos Aires-Argentina, 1976, Página 45.

<sup>180</sup> Ley Reformatoria a la Ley Notarial, codificación 2006-62, Registro Oficial número 406 - martes, 28 de noviembre del 2006.

4º Está conformado no solo por matrices originales (redactadas por Notario), sino también por matrices incorporadas (documentos agregados, planos; descripciones de viviendas; autorizaciones habilitantes, como las concedidas por el municipio, mejor conocida como la hoja de transferencia para donar, permutar o comprar, certificados de gravámenes del Registro de la Propiedad, actas de matrimonio o partidas de nacimiento, las que da el juez competente para que los tutores o padres puedan disponer de los bienes de los menores sujetos a patria potestad o tutela o de los mayores de edad, declarados judicialmente incapacitados, sujetos a tutela, entre otros; y de igual manera por documentos meramente privados).

5º Las matrices que lo conforman son de escrituras y de actas notariales.

En concordancia con lo anterior el tratadista ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, expone lo siguiente en lo que se refiere al Notario y el Protocolo a su cargo: *“He aquí la ratio misma de existencia del protocolo en la necesidad de lograr uno de los fines del documento público notarial, a saber: su perdurabilidad en el tiempo. En la mayoría de los documentos públicos protocolizables, la protocolización o incorporación del documento al protocolo notarial la hace el Notario ex officio y no ex voluntate. Es lo que se llama protocolización indirecta. El documento circula (salvo los no protocolizables) a través de su copia, expresión del principio de representación instrumental. El original o matriz es conservado por el autor del documento en el protocolo a su cargo, conjuntamente con los documentos que hubo de agregar, expresión de los requerimientos habilitantes debidamente cumplimentados para la autorización del documento público en concreto. Como expresa con razón Rojas Martínez del Mármol: “Mediante el protocolo se garantiza, de un lado, la existencia del documento en el futuro frente a las posibles desapariciones y destrucciones del mismo, sean fortuitas o maliciosas, y de otro lado, la integridad del documento (...). El protocolo conserva la existencia del documento público, evita su falsificación y de aquí deriva la especial eficacia que se le atribuye. De este modo contribuye a la seguridad del tráfico jurídico.”*<sup>181</sup>

No importa que el Notario que autorizó el instrumento público haya fallecido, se jubile, se inhabilite como Notario, ya que siempre habrá un Notario sustituto a cargo de protocolo a quien el interesado puede solicitar una copia total o parcial del instrumento, ello a pesar de los

---

<sup>181</sup>ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, María del Pilar, El ejercicio privado de la fe pública notarial, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid-España, 2003, p. 140.

años transcurridos desde la instrumentación del acto, hecho o circunstancia. Los protocolos no se destruyen. Pervive en ellos no solo su valor jurídico, sino también socio-histórico.

Así concuerda GOLDSCHIMIDT señalando lo siguiente: *“Las legislaciones particulares pueden, conferir la competencia para la legalización de firmas a otras autoridades o funcionarios distintos de los establecidos en las leyes generales.”*<sup>182</sup>

Para concluir cabe señalar que los documentos notariales son protocolares o extraprotocolares, según sus originales se extiendan en el protocolo o fuera de él. De una forma más didáctica El tratadista MANUEL DE LA PLAZA nos expone la clasificación de los documentos dentro y fuera del protocolo:<sup>183</sup>

<b>DOCUMENTOS INCORPORADOS AL PROTOCOLO CON VALOR DE INSTRUMENTO PÚBLICO</b>	
<b>ORIGINALES</b>	<b>A LOS EFECTOS EJECUTIVOS: PRIMERAS, SEGUNDAS Y POSTERIORES COPIAS AUTORIZADAS.</b>  <b>A LOS DEMAS EFECTOS: COPIAS SIMPLES</b>
<b>ACTAS</b>	<b>DE PRESENCIA</b> <b>DE REFERENCIA</b> <b>DE NOTORIEDAD</b> <b>DE PROTOCOLIZACIÓN</b> <b>DE DEPÓSITO</b>
<b>DOCUMENTOS NO INCORPORADOS AL PROTOCOLO ( SIN VALOR DE INSTRUMENTO PÚBLICO)</b>	
<b>TESTIMONIOS, LEGISLACIONES, CERTIFICACIONES DE AUTENTICIDAD DE</b>	

<sup>182</sup> GOLDSCHIMIDT, James, Derecho Procesal Civil, traducción de Leonardo Prieto Castro, Barcelona- España, Editorial Labor, 1936, página 268.

<sup>183</sup> DE LA PLAZA, Manuel, Derecho Procesal Civil Español, Madrid-España, 1978, Tomo I, Página 115.

### **1) Instrumentos Notariales dentro de protocolo.**

Los documentos protocolares consisten en escrituras públicas, actas notariales o protocolizaciones consignadas en el protocolo del Notario.

Entendiéndose comprendida dentro de la escritura pública, todo acto jurídico como compraventa de inmuebles, hipotecas, cancelaciones de hipotecas, escrituras declaratorias, ampliatorias o modificatorias de propiedad horizontal, resciliaciones, donaciones, fideicomisos por escritura pública, disolución de sociedad de gananciales de consuno de los cónyuges, declaración juramentada, extinción del patrimonio familiar, capitulaciones matrimoniales, testamentos abiertos y cerrados; en este acaso solo la carátula que recubre el testamento con las respectivas firmas de los testigos y el testador, informaciones sumarias, autorización de salidas del país, divorcios por mutuo consentimiento, emancipación voluntaria, extinción de usufructo, fe de supervivencia, constitución de compañías, cesión de participaciones, posesiones efectivas, liquidación de compañías, garantías económicas, poderes tanto generales como especiales, así como actas notariales referentes a: la apertura de sobres en concursos, actas de sorteos donde se requiera la presencia del Notario, actas de protesto de cheques o letras de cambio o pagaré, actas de requerimiento de cumplimiento de promesas de compraventa y todos los documentos que aunque no requieran de la solemnidad de escritura pública, puedan ser otorgados por este medio a través de la voluntad de las partes otorgantes.

PALLARES nos señala su definición de acta notarial desde el punto de vista mexicano apuntando lo siguiente: *“Acta notarial es el instrumento original que el Notario asienta en el protocolo para hacer constar un hecho jurídico, y tiene la firma y sello del Notario. De esta manera, la diferencia entre una escritura y un acta notarial estriba en que, en la primera, se hacen constar actos jurídicos, en tanto que en la segunda, se da constancia de hechos jurídicos en sentido estricto. Una compraventa de bienes inmuebles se hace constar en una escritura, porque es un acto jurídico, en cambio la salida del país de menores se hace constar*

*en un acta notarial porque es un hecho jurídico. Tanto la escritura como el acta se asientan en el protocolo, libro en el cual el Notario registra los actos y hechos jurídicos que da fe. El Notario extiende testimonios a las partes interesadas, los cuales son documentos firmados y sellados, por él: en ellos transcribe íntegramente las escrituras y las actas notariales.”*<sup>184</sup>

Todas las escrituras matrices de los documentos antes mencionados serán ingresadas en el protocolo del Notario, de forma ordenada y cronológicamente conforme fueron otorgadas. Así, el artículo 19 literal d) de la Ley Notarial nos señala los deberes de los Notarios, entre ellos:

*“Art. 19- Son deberes de los Notarios:*

*d) Incorporar diariamente al protocolo las escrituras públicas que autorice y los documentos que deben ser protocolizados.”*<sup>185</sup>

La protocolización de documentos públicos, o privados consiste en la incorporación al protocolo a petición de abogado o parte interesada de cualquier documento que se requiera su conservación.

De esta manera GUZMÁN SANTA CRUZ señala que: *“El instrumento protocolizado es aquel que se agrega, a petición de parte interesada, al final del registro de un Notario.”*<sup>186</sup>

Es así que al protocolizar documentos privados no le estamos otorgando con esto la calidad de públicos, ya que la protocolización en sí tan solo constituye un depósito hecho al Notario para que este custodie un documento cuando se desee evitar su extravío y dar autenticidad a la fecha del documento así como de su existencia.

---

<sup>184</sup> PALLARES Eduardo, Derecho Procesal Civil, segunda edición México, Editorial Botas, 1951, página 118.

<sup>185</sup> Ley Reformatoria a la Ley Notarial, codificación 2006-62, Registro Oficial número 406 - martes, 28 de noviembre del 2006.

<sup>186</sup> GUZMÁN SANTA CRUZ, Roberto. Repertorio de conceptos de derecho procesal civil. Santiago, Ed. Universitaria; 1984, página 286.

La última reforma a la Ley Notarial publicada en el Registro Oficial. No. 406 - del Martes, 28 de noviembre de 2006, otorgó al Notario potestades de jurisdicción voluntaria que podrían facilitar, y agilizar el despacho de causas represadas debido a la lentitud del sistema judicial.

En el artículo 18 numeral veinte nos habla de una de las nuevas potestades del Notario:

*“Nmral.20. Será facultad del Notario proceder al registro de firmas de funcionarios y representantes de personas jurídicas, siempre y cuando haya petición de parte y el Notario tenga conocimiento pleno de quien registra su firma. El documento que contenga la certificación de firma en virtud de este procedimiento de registro, gozará de autenticidad, pero no tendrá los efectos probatorios de instrumento público, para cuyo efecto se procederá de conformidad con lo previsto en el artículo 194 del Código de Procedimiento Civil”<sup>187</sup>;*

Este numeral nos habla de la facultad del Notario de registrar firmas, específicamente de funcionarios y representantes de personas jurídicas. Este registro requiere de una petición especial por aquellos que son los interesados. El artículo no nos señala de forma expresa si ésta debe ser hecha por un abogado, por lo que se entendería que solo se requiere de una petición de carácter personal hecha por el individuo interesado. Lo esencial en este artículo y que es parte de esta investigación, es que dicho documento a pesar de tener la intervención de un Notario, (el cual por su calidad ya otorgaría a este documento un valor de instrumento público), no tendrá efectos probatorios de instrumento público, es decir dentro de mi parecer no se otorga a éste registro el valor probatorio de un instrumento privado. El mismo artículo nos señala que este solo tendrá un valor probatorio dentro de la calidad de público cuando proceda una de las modalidades del artículo 194 del Código de Procedimiento Civil, el cual nos indica las formas de reconocimiento por las cuales un instrumento privado haría tanta fe como un instrumento público. En este caso, implícitamente se le está otorgando a estos una categoría de privados. Vendría a ser un caso sui generis dentro de las actividades del Notario.

---

<sup>187</sup> Ley Reformatoria a la Ley Notarial, codificación 2006-62, Registro Oficial número 406 - martes, 28 de noviembre del 2006.

Este documento no ingresará al protocolo del Notario, si no que se creará un registro de firmas que deberá ser llevado por el Notario con el mismo cuidado que se emplea para las escrituras públicas.

Es importante señalar, que así no haya llegado a formalizarse una escritura, ya sea por falta de firma de alguna de las partes o por otro motivo, el Notario no podrá borrarla ni inutilizarla, esta tendrá que ser incorporada al protocolo junto con las otras de forma cronológica según su fecha de suscripción y numerada. Así mismo deberá constar la razón que expresará el motivo de esta situación.

## **2) Instrumentos Notariales fuera de protocolo.**

Son extra-protocolares las reproducciones de documentos públicos o privados. En este caso, el Notario da fe de la exactitud del documento presentado para su autenticación constituyendo esta fiel copia de su original.

SCHÖNKE apunta: *“La legalización es la diligencia que se extiende por una autoridad pública o funcionario documentador para asegurar y dar fe que la copia es exacta del original”*. Por otra parte *“La copia legalizada es cuando sobre el documento se halla la aseveración escrita de una autoridad pública o funcionario documentador, de que se trata de una copia exacta del original.”*<sup>188</sup>

Estos documentos podrán posteriormente ser compulsados, esto quiere decir que se puede certificar una copia certificada aún sin presentar su original, otorgándole la calidad de compulsa. *“Es la copia legalizada de la copia legalizada de un documento público extendida por la autoridad o funcionario de que procede el documento y que tiene por objeto sustituir el original en el tráfico jurídico.”*<sup>189</sup>

También podemos encontrar dentro de estos los reconocimientos de firma y rúbrica, especialmente empleados en contratos privados como por ejemplo la compraventa de vehículos, así como también en traducciones de documentos de un idioma a otro como del inglés al español. Todo este tipo de documentos no es ingresado en su versión original en el

---

<sup>188</sup> SCHÖNKE, Adolfo, Derecho Procesal Civil, Barcelona, Editorial Bosch, 1950, página 221.

<sup>189</sup> SCHÖNKE, Adolfo, Derecho Procesal Civil, Barcelona, Editorial Bosch, 1950, página 221.

registro que debe llevar el Notario, si no solo en fotocopias, ya que el documento original en el cual se sienta el acta como en el caso de reconocimiento de firmas es entregado a los otorgantes para que puedan hacer uso de éste. El Notario tiene el deber de llevar un registro correspondiente de estos documentos como lo dispone la Ley Notarial en su artículo 19 literal e) que transcribo a continuación:

*“Art. 19.- Son deberes de los Notarios:*

*e) Llevar el libro de diligencias, en el cual extenderá diariamente una síntesis de las diligencias que practique y que no formen parte del protocolo.”<sup>190</sup>*

De igual forma el Notario deberá formar un índice tanto de las diligencias notariales así como de todas las escrituras que contiene el protocolo, así mismo se llevará otro de todas las actas y de todo documento que se encuentre en su custodia en razón de su potestad pública.

---

<sup>190</sup> Ley Reformatoria a la Ley Notarial, codificación 2006-62, Registro Oficial número 406 - martes, 28 de noviembre del 2006.

## **TERCERA PARTE**

# **ANÁLISIS DE LOS INSTRUMENTOS PRIVADOS Y SU VALOR PROBATORIO**

## CAPÍTULO V: INSTRUMENTO PRIVADO

La forma de expresión de los actos jurídicos puede ser verbal, o escrita, y dentro de esta última, por instrumentos públicos o privados, salvo que la Ley disponga la obligatoriedad del instrumento público.

Los instrumentos privados son elegidos por las partes para realizar sus actos jurídicos importantes, que aceptan la libertad de formas, pues la forma verbal, aún cuando pueda ser autorizada legalmente como expresión de voluntad, ofrece problemas a la hora de la prueba. El instrumento privado, se lo podría señalar como no formal, (pues las partes tienen libertad en su confección, incluso en cuanto al idioma), solo requiere la firma de ellas, a modo de consentimiento sobre el contenido del instrumento, sin requerir la intervención de ningún oficial público.

Para el entendimiento y acercamiento a un concepto en cuanto al término de Instrumento Privado, voy a señalar algunas definiciones, citadas por tratadistas entendidos en el tema. A continuación se exponen algunas de éstas:

ALBERTO G. SPOTA señala que: *“Es el escrito hecho por personas particulares sin intervención de escribano ni de otra persona legalmente autorizada, o por personas públicas en actos que no son de su oficio, para perpetuar la memoria de un hecho o hacer, alguna disposición o convenio.”*<sup>191</sup>

Para CABANELLAS el instrumento privado *“es el que no tiene carácter de público, sea o no auténtico. Puede consistir en instrumentos, cuando se trata de escritos firmados o no.”*<sup>192</sup>

---

<sup>191</sup>SPOTA Alberto G, Tratado de Derecho Civil, editorial Depalma Buenos Aires 1947, página 56.

<sup>192</sup>CABANELLAS de Torres Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, décimo séptima edición, Buenos Aires, Argentina, 2005 página 131.

Por su parte GUASP opina que: *“Los documentos privados pueden ser definidos, en efecto, como aquellos que por sus esencia pertenecen al ámbito del orden jurídico privado, los que dejan constancia de acaecimientos realizados dentro de la esfera privada y trascienden, por ello, tan solo a situaciones jurídicas de esta índole.”*<sup>193</sup>

GUZMÁN SANTA CRUZ, en su obra Repertorio de Conceptos de Derecho Procesal Civil, cita a los siguientes tratadistas y sus definiciones de Instrumento Privado:

ANABALÓN: *“Instrumento privado es todo libro, registro, papel o documento emanado de las partes o de terceras personas, por haberlo ellas confeccionado, escrito o firmado con cualquier propósito de orden jurídico o que sirva para un efecto semejante.”*<sup>194</sup>

CARAVANTES: *“Por documento privado se entiende aquel en que se consigna alguna disposición o convención por persona particulares, sin la intervención del escribano ni de otro funcionario que ejerza cargo por autoridad pública o bien con la intervención de estos últimos, pero sobre actos que no se refieren al ejercicio de sus funciones.”*<sup>195</sup>

COELLO, propone que: *“El instrumento privado es una constancia escrita hecha entre particulares, sin intervención de ningún funcionario o autoridad.”*<sup>196</sup>

Por su parte SCHÖNKE, dice que los instrumentos privados: *“Son todos los que no son públicos.”*<sup>197</sup>

El tratadista BORDA indica que: *“No todo documento escrito es instrumento privado; solo lo es aquel que tiene como finalidad hacer constar un acto jurídico”*<sup>198</sup>

DE SANTO expone lo siguiente: *“Es documento privado el que no tiene carácter de público, sea o no auténtico”*<sup>199</sup>

---

<sup>193</sup>GUASP, Jaime, Derecho Procesal Civil Tomo Primero, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, página 13.

<sup>194</sup>GUZMÁN SANTA CRUZ, Roberto. Repertorio de conceptos de derecho procesal civil. Santiago, Ed. Universitaria; 1984, página 284.

<sup>195</sup> Ibídem, página 286.

<sup>196</sup> COELLO GARCÍA Enrique, Sistema Procesal Civil, Impreso en talleres gráficos de la UTPL Loja-Ecuador, 1998, página 337.

<sup>197</sup> SCHÖNKE, Adolfo, Derecho Procesal Civil, Barcelona, Editorial Bosch1950, página 221.

<sup>198</sup> BORDA, Guillermo La Plata, Tratado de Derecho Civil, parte general, Quinta Edición 1980, Página 159.

<sup>199</sup> DE SANTO, Víctor, La prueba judicial, Editorial Universidad, Tercera Edición 2005 Buenos Aires - Argentina, Página 204.

Así GOZAINI se enfoca en cuanto a los “formalidades” por así decir, que diferencian a un instrumento privado de un público, apuntando que los instrumentos privados: *“No tienen forma alguna especial, las partes pueden redactarlas en el idioma y con las solemnidades que juzguen más convenientes, así mismo pueden ser firmados en cualquier día aunque sea feriado.”*<sup>200</sup>

Los documentos privados no están sometidos a otra solemnidad que la escritura, ni al cumplimiento de requisitos especiales. Excepcionalmente hay instrumentos privados que sí están sometidos a requisitos, como ocurre con las letras de cambio y pagarés a la orden, que si no cumplen con las exigencias establecidas por la Ley, no surtirán efectos como tales, sino como un documento común, desposeído de los efectos y privilegios de los otros.

Los sujetos que intervienen en la formación de este tipo de documentos pueden ser cualquier persona natural o jurídica, que sea capaz y cumpla con los requisitos para contraer derechos y obligaciones, así como también aquellos empleados investidos de ciertas potestades, pero en actos en los cuales no estén haciendo uso o estén actuando dentro de sus funciones, si no tan sólo como particulares.

Por ejemplo puede ser el Juez Primero de lo Civil, que ha adquirido un vehículo que era propiedad de B, en este caso al momento de suscribirse el contrato de compra venta de vehículo por instrumento privado, éste a pesar de tener su calidad de tal, no da a este escrito ningún otro valor que no sea el de su voluntad de realizar dicho negocio y de aceptar las cláusulas en él contenidas.

Nuestra legislación nos señala la definición del instrumento privado en su artículo 191 del Código de Procedimiento Civil:

---

<sup>200</sup> GOZAINI, Osvaldo Alfredo, Elementos De Derecho Procesal Civil, Editorial la Ley, España, 2003, página 471.

*“Art. 191.- Instrumento privado es el escrito hecho por personas particulares, sin intervención de Notario ni de otra persona legalmente autorizada, o por personas públicas en actos que no son de su oficio.”<sup>201</sup>*

El artículo 193 nos señala la clasificación de los instrumentos privados:

*“Art. 193.- Son instrumentos privados:*

- 1.- Los vales simples y las cartas;*
- 2.- Las partidas de entrada y las de gasto diario;*
- 3.- Los libros administrativos y los de caja;*
- 4.- Las cuentas extrajudiciales;*
- 5.- Los inventarios, tasaciones, presupuestos extrajudiciales y asientos privados; y,*
- 6.- Los documentos a que se refieren los Arts. 192 y 194”*

Más el artículo 192 de la misma normativa expresa lo siguiente:

*“Art. 192.- Se pueden extender en escritura privada los actos o contratos en que no es necesaria la solemnidad del instrumento público...”<sup>202</sup>*

Con más detalle se trató la clasificación de los instrumentos privados, y se realizó un análisis comparativo con el instrumento público en el capítulo II de este estudio, temas 4.4 y 4.5 que recomiendo remitirse para complementar esta exposición.

## **I.- REQUISITOS DE CARÁCTER FORMAL DE LOS INSTRUMENTOS PRIVADOS.**

---

<sup>201</sup>Código de Procedimiento Civil, Suplemento del Registro Oficial número 58, CODIFICACION 2005 – 011, Quito, 26 de abril del 2005.

<sup>202</sup>Código de Procedimiento Civil, Suplemento del Registro Oficial número 58, CODIFICACION 2005 – 011, Quito, 26 de abril del 2005.

El instrumento privado por su naturaleza es un documento que necesita más atención debido a que existe menor normativa que regule tanto su composición como a su valor legal. De esta manera se analizarán los elementos más destacados de este tipo de instrumentos, así como los procesos a seguir que determinarán su validez como medios de prueba.

### **A) La fecha del documento privado.**

El diccionario de la Real Academia Española nos señala las siguientes definiciones de fecha:

**“Fecha:**

*(Del lat. facta).*

1. f. data ( *// indicación del lugar y tiempo).*

2. f. data ( *// tiempo en que ocurre o*

3. f. *Cada uno de los días que transcurren desde uno determinado*

2. m. *Nota que se pone generalmente en las minutas de documentos oficiales o al pie de los acuerdos, como testimonio de que han sido cumplimentados.*<sup>203</sup>

Se entiende por fecha la que debe constar en un escrito, es decir la indicación del año, mes y del día, aunque a veces, puede este ser sustituido por la mención de una festividad o conmemoración que sea reconocida sin vacilación alguna.

Es decir si la fecha en la cual el instrumento privado se extiende surge de las estipulaciones que el propio instrumento contiene, no es necesaria que sea consignada de manera expresa o formal. De esta forma en los documentos privados, entre las partes que los suscriben y sus causahabientes, continuadores de su personalidad jurídica, la fecha es cierta, a menos de demostrarse, por algún interesado y perjudicado a la vez, su falsedad.

COELLO GARCÍA en su obra “Sistema Procesal Civil”, opina respecto a la fecha de los documentos privados señalando lo siguiente: *“Tampoco dice nada el Código de Procedimiento Civil respecto a la fecha del instrumento privado. El Código Civil, en su artículo 1720, en cambio nos da la regla lógica y adecuada respecto a la fecha del*

---

<sup>203</sup> <http://www.rae.es/rae.html>, página web visitada en abril del 2009.

*instrumento privado cuando dice que esa fecha, respecto a terceros, no se cuenta sino desde el fallecimiento de alguno de los que lo han firmado; o desde que se incorporó a un protocolo público, porque entonces ya hay la intervención estatal para dar fe que abalice la fecha. Ninguno de los dos códigos dice algo al respecto a la fecha que ha de regir contra las partes otorgantes. Por las mismas razones expresadas anteriormente, esa fecha ha de ser la que conste del instrumento, a menos que fuere objetado o redargüido de falso.”<sup>204</sup>*

*“Artículo 1720.- La fecha de un instrumento privado no se cuenta, respecto de terceros, sino desde el fallecimiento de alguno de los que lo han firmado, o desde el día en que ha sido copiado en un registro público, o en que conste haberse presentado en juicio, o en que haya tomado razón de él o lo haya inventariado un empleado competente, con el carácter de tal.”<sup>205</sup>*

En concordancia con lo antes expuesto GUASP nos señala lo que la legislación española opina al respecto: *“Para evitar fraudes en un extremo importantísimo del documento privado, esto es, en la fecha anticipándola o retrasándola el Código Civil establece que no se cuente la fecha respecto de terceros, sino desde el día en que el documento hubiese sido incorporado o inscrito en un registro público, desde la muerte de cualquiera de los que firmaron...”<sup>206</sup>*

En mi opinión todo instrumento debe contener una fecha de emisión, por las consecuencias jurídicas que puedan generar. Por ejemplo el Código de Comercio en lo que se refiere a la Letra de Cambio<sup>207</sup> nos señala como uno de los requisitos fundamentales para su existencia la indicación de la fecha en que se ha girado. La omisión de este precepto acarrea la nulidad de la misma, tomando en cuenta que la letra de cambio es considerada un documento público con protecciones legales diferentes, de igual forma sucede con el Cheque.<sup>208</sup>

---

<sup>204</sup> COELLO GARCÍA Enrique, Sistema Procesal Civil, Impreso en talleres gráficos de la UTPL Loja-Ecuador, 1998, página 342.

<sup>205</sup> Código De Procedimiento Civil, Suplemento del Registro Oficial número 58, CODIFICACION 2005 – 011, Quito, 26 de abril del 2005.

<sup>206</sup> GUASP, Jaime, Derecho Procesal Civil, Tomo Primero, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, página 163.

<sup>207</sup> Código de Comercio (Código De Comercio, Codificación número 000, R.O. Suplemento 1202 de 20 de Agosto de 1960).

<sup>208</sup> Ley de Cheques: (Ley Reformatoria a la Ley de Cheques, Ley No. 2002 - 70, Registro Oficial número 572 del Jueves 9 de Mayo del 2002.)

*“Art. 1.- El cheque deberá contener:*

*5.-. La indicación de la fecha y del lugar de la emisión del cheque; ”*

Es así que COELLO GARCÍA apunto lo siguiente: “*La ley asigna a las letras de cambio y pagarés a la orden una presunción de autenticidad.*”<sup>209</sup>

## **B) La firma del documento privado.**

La Real Academia de La Lengua Española señala la definición del término “firma”, como transcribo a continuación:

### **“Firma.**

*(De firmar).*

- 1. f. Nombre y apellido, o título, que una persona escribe de su propia mano en un documento, para darle autenticidad o para expresar que aprueba su contenido.*
- 2. f. Conjunto de documentos que se presenta a quien corresponda para que los firme.*
- 3. f. Acto de firmarlos.”*<sup>210</sup>

Se entiende como firma “*el nombre y apellido, o título, que se pone al pie del escrito, para acreditar que procede de quien lo escribe, para autorizar lo allí manifestado u obligarse a lo declarado en el documento... la firma acredita la comparecencia de la persona y la conformidad con o hechos y declaraciones que suscribe, salvo haber sido obtenida por sorpresa, engaño o violencia. Por ello es exigida a las partes o a sus representantes en la totalidad de los negocios jurídicos escritos: contratos, testamentos, actas y demás documentos públicos o privados que deban tener alguna eficacia.*”<sup>211</sup>

BRICEÑO SIERRA señala lo siguiente respecto a la firma: “*Habitualmente la firma de una persona enuncia su nombre y apellido, pero no es de rigor porque también vale aunque lo haga de otra manera, si esa es la costumbre del firmante, pues el objeto de la firma no es otro que el de individualizar a su autor.*”<sup>212</sup>

---

<sup>209</sup> COELLO GARCÍA Enrique, Sistema Procesal Civil, Impreso en talleres gráficos de la UTPL Loja-Ecuador, 1998, página 343.

<sup>210</sup> [Http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=firma](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=firma), página web visitada en abril del 2009.

<sup>211</sup> CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Editorial Heliasta Buenos Aires – Argentina, Vigesimocuarta Edición 1996, Página 76, Tomo IV.

<sup>212</sup> BRICEÑO SIERRA, Humberto., Derecho Procesal, Editorial Harla, México, segunda edición, 1995, página 142.

Por la misma asociación del vocablo firma con el verbo suscribir, que es escribir debajo de algo<sup>213</sup>; se entiende que la firma tiene que constar posterior a lo escrito, garantía de que no se han hecho adiciones de mala fe.

Nuestra legislación hace alusión a la firma y rúbrica, señalándolos como dos elementos independientes, por lo tanto me permito realizar la siguiente diferenciación. Como bien se señaló anteriormente la firma consiste en el *“nombre y apellido que una persona pone de su propia o ajena mano, al final de un documento para darle autenticidad o para obligarse a lo que él dice.”*<sup>214</sup>

Discrepo en este sentido con el tratadista GOMEZ MERA, ya que por lo general en la actualidad con la implementación de sistemas modernos de tipado como son las computadoras por lo general los instrumentos llevan el pie de firma (es decir donde constan los nombres y apellidos completos de la o las personas que los suscribieron), de forma impresa con la misma letra utilizada para elaborar el texto. En este caso no podríamos decir que fue estampada con el puño y letra del otorgante, tampoco podríamos decir que este la escribió directamente a través del medio digital. Por ejemplo en las escrituras públicas el o los otorgante/s corroboran el hecho que tales nombres y apellidos son aquellos que le correspondan a él o ellos escritos de forma exacta a como consta en su documento de identificación. Por lo contrario, la rúbrica (es decir el rasgo o conjunto de rasgos de figura determinada) correrá por parte de este o estos, que como parte de la firma pone cada cual después de su nombre o título que se desprende del pie de firma. Aquí sí se puede apreciar como se dijo antes los rasgos característicos, individuales y personalísimos propios de una persona.

La firma no es la simple escritura que una persona haga de su nombre, consiste en el nombre o rúbrica escrita sin manera extraña y de forma particular, según el modo habitual seguido por

---

<sup>213</sup> R.A.E: Suscribir: 1. tr. Firmar al pie o al final de un escrito.

<sup>214</sup> GOMEZ MERA Roberto, La prueba documental, Editorial Edino, Página 57.

una persona en los actos sometidos al cumplimiento de esta formalidad. De este modo no existirá presión alguna al momento de suscribir cualquier documento; el cotejo de la firmas o el registro que se lleva de estas se lo hace a través de la cédula de ciudadanía en el caso de ecuatorianos y la de identidad en la de extranjeros domiciliados o en su defecto el pasaporte. Este es el único documento con el cual se comprueba los rasgos y patrones escriturales que comprenden la firma de cierta persona, los cuales no podrán variar de una forma abismal ya que son intrínsecos de la forma de escribir de una persona.

COUTURE une los dos elementos, es decir la “firma” y la “rúbrica”; definiendo la firma como: *“El trazado gráfico, sosteniendo habitualmente el nombre, apellido y rúbrica de una persona con el cual suscriben los documentos para darles auditoría y obligarse con lo que en ellos se dice.”*<sup>215</sup>

La firma en muchos casos puede constituir ilegible es decir que está compuesta por signos o rúbricas que en si no conforman una palabra completa o perceptible a través de la lectura, en este caso se las denomina ILEGIBLE para aspectos legales. Por el contrario cuando conforma una palabra completa en este caso un nombre o un apellido fácil de ser deducido con la sola lectura del mismo, nos encontramos frente al caso de una firma LEGIBLE.

Tan solo a través de la obtención de una nueva cédula podrá variar o incluso cambiarse la firma.

La firma deberá colocarse al final del documento, porque de esta forma se entiende que el o los otorgantes han manifestado su conformidad y aceptación de los contenidos en el texto del documento que antecede.

En el documento privado, el hecho de la suscripción (en el contexto de firma) no lo vincula con la legalidad o no de sus estipulaciones ni con la verdad o falsedad de los mismos; tan solo se refiere al hecho que éste o éstos son los autores de dicho escrito. Es decir si alguien declara

---

<sup>215</sup>COUTURE, Eduardo J, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Tercera Edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires-Argentina, 1976, Página 145.

ser de estado civil soltero no siendo en realidad, el hecho de suscribir el documento no hace que este contenido sea cierto o no pueda ser alegado de falso. Por lo tanto la suscripción es algo que se agrega a la declaración (al escrito de forma general) para constituir el instrumento. *“la suscripción no funciona en el acto de declarar, porque el acto es indisoluble de la persona y no hay, necesidad por lo tanto de vincularlo con un signo especial.”*<sup>216</sup>

COELLO GARCÍA expresa lo siguiente en cuanto a la firma: *“La firma empero no es necesaria absolutamente, pues pueden o no constar, o ser firmados por un extraño a la obligación; o si bien constando la firma se puede usar del derecho a pedir el reconocimiento que concede el CPC, y obtener en su caso, la consecuencia de ficta confessio en él establecida.”*<sup>217</sup>

Es importante señalar que ningún instrumento privado podrá contener la impresión de una huella digital en vez de su firma, ya sea se trate de un analfabeto, o sea que sabiendo leer y escribir se halle imposibilitado accidentalmente para firmar; o tratándose de un ciego. En todos estos casos se requeriría el reconocimiento por parte de sus autores a través de una declaración juramentada para corroborar el hecho de su real existencia.

En concordancia con lo antes expuesto AGUIRRE GODOY señala lo siguiente: *“...sobre que la firma prueba la presencia real de la parte y la presunción de su voluntad. La impresión digital probaría solamente la individualidad, pero no la voluntad y la existencia de la persona, pudiendo ésta bien encontrarse muerta.”*<sup>218</sup>

Otro caso que puede presentarse es el de la firma puesta por un ciego el cual carece de valor legal, por lo que no procedería su reconocimiento ni su comprobación pero si el firmante veía cuando firmó y luego perdió la vista, aunque el reconocimiento no es posible, se admitiría en cambio su comprobación.

En los documentos en los cuales la ley exija sean otorgados a través de instrumento público, la falta de esta podría acarrear la invalidación del mismo, o hará variar su mérito probatorio. Nuestro Código Civil en su artículo 1718 nos dice:

---

<sup>216</sup>CARNELLUTTI, Francesco, La Prueba Civil, Buenos Aires-Argentina, 1955, Página 168.

<sup>217</sup> COELLO GARCÍA Enrique, Sistema Procesal Civil, Impreso en talleres gráficos de la UTPL Loja-Ecuador, 1998, página 330.

<sup>218</sup>AGUIRRE GODOY Mario, Derecho Procesal Civil Guatemala., Editorial Universitaria, 1973, página 708.

*“Art. 1718.- La falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad y se mirarán como no ejecutados o celebrados, aún cuando en ellos se prometa reducirlos a instrumento 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.”<sup>219</sup>*

De igual forma el artículo 1724 del Código Civil nos dice:

*“Art. 1724.- Las escrituras privadas hechas por los contratantes, para alterar lo pactado en escritura pública, no surtirán efecto contra terceros.*

*Tampoco lo surtirán las contraescrituras públicas, cuando no se ha tomado razón de su contenido al margen de la escritura matriz, cuyas disposiciones se alteran en la contraescritura, y del traslado en cuya virtud ha obrado el tercero.”<sup>220</sup>*

En este caso, nuestro Código Civil hace una especial referencia al hecho de que el documento se encuentre firmado para que pueda tener calidad de instrumento privado. Más es esencial concluir diciendo que en sí los documentos privados no necesitan de firma para su validez, ya que hay muchos de estos que no tienen firmas como por ejemplo tickets de pasajes de aviones, asientos de corredores de comercio, etc., más si los instrumentos privados o escritos que vendrían a constituir contratos privados, de los cuales derivarían derechos y obligaciones, por lo general se encontrarán firmados. Esto facilitaría la eficacia probatoria, la prueba de su autoría a través del reconocimiento, procedimiento que será explicado posteriormente dentro de este estudio.

---

<sup>219</sup> Código Civil, Codificación 2005-010 Suplemento del Registro Oficial número 46 del 24 de Junio del 2005.

<sup>220</sup> Código Civil, Codificación 2005-010 Suplemento del Registro Oficial número 46 del 24 de Junio del 2005.

## **II.- REQUISITOS QUE DEBEN CUMPLIRSE PARA QUE UN DOCUMENTO PRIVADO SEA ADMITIDO COMO MEDIO DE PRUEBA.**

Los documentos privados, contrariamente con lo que sucede con los públicos, que tienen valor probatorio por sí mismos, (en los cuales no es necesario, su reconocimiento por la parte a quien se oponen), carecen de valor mientras no se pruebe su autenticidad, sea mediante reconocimiento expreso o presunto de la parte a quien perjudiquen o por la práctica de cualquier medio de prueba, sin perjuicio de que puedan valer como indicios de los cuales se introduzcan presunciones, a los que la ley les asigna eficacia.

Los documentos privados, pese a ser de un contenido intrínseco jurídicamente relevante, prueban hechos, actos, relaciones o situaciones en cuya constancia tiene interés una o varias personas.

Nuestro Código de Procedimiento Civil hace especial referencia a lo que se refiere a temas de contabilidad y libros administrativos como de comercio, ya que como bien se señaló en el artículo 194 son instrumentos privados, tanto vales, cartas como partidas de gasto diario, entrada, libros administrativos, cuentas extrajudiciales, inventarios, tasaciones, asientos privados, presupuestos extrajudiciales, etc.

Básicamente los libros de comercio son los libros que integran la contabilidad de un negocio. El Art. 39 del Código de Comercio ordena que la contabilidad de un comerciante al por mayor se lleve en no menos de cuatro libros encuadernados, forrados y foliados a saber: Diario, Mayor, de Inventarios, y de Caja. Los mismos tienen que llevarse en idioma castellano.

Respecto a lo antes expuesto BRICEÑO SIERRA señala lo siguiente: *“En el libro diario se sientan, día por día todas las operaciones que realizan los comerciantes designando el carácter y las circunstancias de cada operación y el resultado que produce a su cargo o descargo de modo que cada partida manifieste quién es el acreedor y quien es el deudor en la negociación a que se refiere. En el libro mayor se abrirán las cuentas con cada persona u objeto, para Debe y Haber, trasladándose las partidas que le correspondan con referencia al Diario, y por el mismo orden de fechas que tengan en éste. En el libro de inventarios se llevan*

*una descripción estimativa de todos los bienes del negocio, tanto muebles como inmuebles, y de todos sus créditos activos y pasivos, el empezar el giro y a fin de cada año. En el libro de caja, en cambio se asientan todas las partidas de entrada y de salida de dinero.”*<sup>221</sup>

Los libros de comercio son documentos privados, a los que se suele entregarse un valor probatorio especial, por el doble aspecto de que no hace falta que quien asienta o escribe las partidas contables las firme, ni que lo haga en ninguna parte del libro.

De esta manera BRICEÑO concuerda apuntando lo siguiente: *“Los libros de los comerciantes son instrumentos privados cuya sinceridad presume la ley, cuando son llevados de acuerdo con las formalidades que ella prescribe, lo cual obliga a quien intente desconocerla a probar la falta de eficacia legal en los asientos fraguados o dolosos.”*<sup>222</sup>

Así de igual forma AGUIRRE GODOY señala lo siguiente respecto de los libros de los comerciantes: *“Se trata de documentos privados, pero de una naturaleza muy particular, porque en términos generales producen prueba mientras no se demuestre lo contrario, debido a la buena fe con que se supone que se hacen los asientos en los libros de los comerciantes.”*<sup>223</sup>

ALSINA nos dice al respecto: *“los libros de los comerciantes son instrumentos privados cuya sinceridad presume la ley, cuando son llevados de acuerdo con las formalidades que ella prescribe, lo cual obliga a quien intente desconocerla a probar la falta de eficacia legal en los asientos fraguados o dolosos.”*<sup>224</sup>

Constituyen prueba favorable al comerciante que los lleva con formalidades legales, en procesos con otro comerciante y por asuntos o causas mercantiles.

Por su parte GUASP apunta: *“...dada la especialidad de estos documentos su fuerza probatoria debe limitarse a las relaciones entre comerciantes y a las operaciones mercantiles.”*<sup>225</sup>

---

<sup>221</sup> BRICEÑO SIERRA, Humberto., Derecho Procesal, Editorial Harla, México, segunda edición, 1995, página 156.

<sup>222</sup> BRICEÑO SIERRA, Humberto., Derecho Procesal, Editorial Harla, México, segunda edición, 1995, página 156.

<sup>223</sup> AGUIRRE GODOY Mario, Derecho Procesal Civil Guatemala., Editorial Universitaria, 1973, página 743.

<sup>224</sup> ALSINA, Hugo., Derecho Procesal Civil: Parte Procedimental , México, Editorial Jurídica Mexicana, 2001, página 389.

<sup>225</sup> GUASP, Jaime, Derecho Procesal Civil Tomo Primero, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, página 166.

Naturalmente, son también prueba contra el mismo comerciante a quien pertenecen los libros, es decir en cuanto no les sean desfavorables.

DEVIS ECHEANDIA señala: “*Son documentos forzosos, puesto que la ley impone a los comerciantes la obligación de llevarlos y sanciona su incumplimiento con multas e incluso con pérdida de ciertos beneficios de tipo impositivo.*”<sup>226</sup>

El CPC nos indica que probarán en contra de quien los lleva:

*“Art. 200.- Los libros administratorios prueban en contra del que los lleva o presenta.”*<sup>227</sup>

De igual manera el Código Civil, en su artículo 1721 y 1722 nos señala lo siguiente:

*“Art. 1721.- Los asientos, registros y papeles domésticos únicamente hacen fe contra el que los ha escrito o firmado, pero sólo en aquello que aparezca con toda claridad, y con tal que el que quiera aprovecharse de ellos no los rechace en la parte que le fuere desfavorable.*

*Art. 1722.- La nota escrita o firmada por el acreedor, a continuación, al margen o al dorso de una escritura que siempre ha estado en su poder, hace fe en todo lo favorable al deudor.*

*La hará también la nota escrita o firmada por el acreedor, a continuación, al margen o al dorso del duplicado de una escritura, encontrándose dicho duplicado en poder del deudor.*

*Pero el deudor que quisiere aprovecharse de lo que en la nota le favorezca, deberá aceptar también lo que en ella le fuere desfavorable.”*<sup>228</sup>

El artículo 51 del Código de Comercio corrobora el hecho que señaló anteriormente, es decir que los libros contables hacen fe en contra del comerciante que los lleva, y no se le admitirá prueba que tienda a destruir lo que resultare de sus asientos. En este caso podemos ver como el legislador descarga sobre esta persona la responsabilidad directa del contenido de estos libros,

---

<sup>226</sup> DEVIS ECHEANDÍA, Hernando, Teoría General de la Prueba Judicial, Editorial Temis, Quinta Edición, 2006 Colombia, Tomo II página 567.

<sup>227</sup> Código de Procedimiento Civil, Suplemento del Registro Oficial número 58, CODIFICACION 2005 – 011, Quito, 26 de abril del 2005.

<sup>228</sup>

ya que si fueron elaborados por él, tiene pleno conocimiento de lo que a ellos respecta, así mismo de las cuentas y balances realizados dentro de estos y del cuadro de estas. Cuando se incorpora este tipo de libros al proceso, deberá hacerse en su totalidad. No tendrá valor probatorio por partes, admitiendo cierta parte de su contenido y negando otro. Se presumirá mala fe cuando la parte solicitada por el juez en caso de contienda legal se niegue exhibirlo o presentarlo, así como la otra parte no podrá allanarse si no en el total del contenido del mismo, salvo que no aparezcan llevados regularmente, *“pues en esta hipótesis puede dividirse sus resultados y solo prueban en la parte desfavorable a ese comerciante. Lo último representa una ventaja de los libros bien llevados, para el mismo comerciante.”*<sup>229</sup>

**“Art. 201.- Prueban a su favor:**

*1.- Si las partidas de data se refieren a gastos que ordinariamente se hacen en la administración;*

*2.- Si se refieren a gastos extraordinarios para los cuales el administrador tiene facultad especial; y,*

*3.- Si son conformes con las reconocidas y abonadas en otros libros anteriores de la misma administración.”*<sup>230</sup>

Los libros de comercio deban llevarse de conformidad con las prescripciones legales y sin incurrir en las prohibiciones que los vuelven inválidos, como medios de prueba. A este efecto, cabe transcribir el art. 45 del Código de Comercio:

**“Art. 45.- Se prohíbe a los comerciantes:**

*1o.- Alterar en los asientos el orden y la fecha de las operaciones descritas;*

*2o.- Dejar blancos en el cuerpo de los asientos, o a continuación de ellos;*

*3o.- Poner asientos al margen y hacer interlineaciones, raspaduras o enmiendas;*

*4o.- Borrar los asientos o parte de ellos; y,*

*5o.- Arrancar hojas, alterar la encuadernación y foliatura y mutilar alguna parte de los libros.*

**Art. 46.-** *Los errores y omisiones que se cometieren al formar un asiento, se salvarán en otro distinto, en la fecha en que se notare la falta*

---

<sup>229</sup>DEVIS ECHEANDÍA, Hernando, en su obra “Teoría General de la Prueba Judicial”, citando a PLANIOL Y RIPERT, Tratado Teórico Práctico del Derecho Civil, Tomo VII, Página 1490.

<sup>230</sup>Código de Procedimiento Civil, Suplemento del Registro Oficial número 58, CODIFICACION 2005 – 011, Quito, 26 de abril del 2005.

*Art. 47.- Los libros llevados con arreglo a los artículos anteriores serán admitidos como medios de prueba en las contiendas judiciales entre comerciantes, por hechos de comercio.*

*Respecto a otra persona que no fuere comerciante, los asientos de los libros sólo harán fe contra su dueño, pero la otra parte no podrá aceptar lo favorable sin admitir también lo adverso que ellos contengan.”<sup>231</sup>*

El carácter de forzoso, sumado a las formalidades de su registro previo, con indicación del número de sus folios, y a la prohibición de hacer raspaduras, enmendaduras y de suprimir cualquier folio, justifica que lleguen a tener ese valor probatorio favorable al mismo comerciante.

De igual forma cuando están debidamente llevados sirven de principio de prueba escrita, a favor del mismo comerciante, en litigios con persona no comerciante (es decir aquella que no tiene como actividad habitual el comercio).

En lo que se refiere a instrumentos en los que consten obligaciones o liberaciones, no probarán en contra del que los tiene en su poder (es decir, en el caso que este mismo los haya suscrito), a menos que exista algún vicio implícito; es decir que éste lo obtuvo por violencia, o en una situación de engaño fraude o contra la voluntad de aquel al que le correspondía, en este caso si lo hará. También puede darse de que el acreedor no tuvo intención de condonar la deuda, sin embargo el instrumento privado donde consta esta se encuentra en manos del deudor. Acá también procede este precepto, debiéndose probar de antemano la situación que dio lugar a este acontecimiento.

*“Art. 204.- El instrumento privado de obligación o de liberación no hace fe contra el que lo ha suscrito, cuando se encuentra en su poder a no ser que se pruebe que lo obtuvo por fraude o violencia, o sin que el acreedor hubiese tenido intención de remitir la deuda.”<sup>232</sup>*

---

<sup>231</sup> Código de Comercio, Codificación número 000, R.O. Suplemento 1202 de 20 de Agosto de 1960.

<sup>232</sup> Código de Procedimiento Civil, Suplemento del Registro Oficial número 58, CODIFICACION 2005 – 011, Quito, 26 de abril del 2005.

De igual forma probarán en contra de quien las rinde las cuentas, sin poder exigirse el saldo mientras no se haya aprobado o desechado las partidas de las cuales tuvieron su origen, es decir el medio por el cual se contrajo la obligación en un principio.

Al respecto el CPC nos dice:

*“Art. 202.- Las cuentas prueban contra quien las rinde pero no podrá exigirse el saldo mientras no se hayan aprobado o desechado las partidas de data.”<sup>233</sup>*

### **A) Reconocimiento de documentos privados por el Juez y el Notario:**

Existen según la doctrina varias formas de reconocer documentos privados. Entre ellos tenemos:

*“a) Reconocimiento extrajudicial: cuando tiene lugar ante un escribano (Notario) u otro funcionario no judicial con similares atribuciones.*

*b) Reconocimiento espontáneo: cuando no está precedido de una citación judicial para que se declare si es o no auténtico.*

*c) Reconocimiento provocado: cuando es el resultado de una citación.*

*d) Reconocimiento expreso: cuando quien concurre espontáneamente o es citado a tales fines declara que es suya la firma del documento que fue puesta por su causante, o por otra persona a nombre y por ruego suyo o de su causante.*

*e) Reconocimiento implícito: cuando por no cumplir la carga procesal de atender la situación para la diligencia de reconocimiento o para absolver posiciones sin una causa que justifique su incomparecencia, por negarse a prestar el juramento que la ley exige para el acto, a contestar categóricamente la pregunta acerca de la autenticidad del documento, el juez ante quien se solicitó la diligencia en el concurso de un proceso o como medida previa, dispone que se tenga como reconocido.”<sup>234</sup>*

No hay razón jurídica alguna para que el Estado garantice que una escritura que se dice hecha privadamente entre las partes, haya de tenerse como efectivamente realizada. El ejercicio de la soberanía y la función de autenticar los hechos o los actos no puede delegarse a las persona

---

<sup>233</sup> Código de Procedimiento Civil, Suplemento del Registro Oficial número 58, CODIFICACION 2005 – 011, Quito, 26 de abril del 2005.

<sup>234</sup> CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, editorial Heliasta Buenos Aires–Argentina, Vigesimocuarta Edición 1996, Tomo IV, Página 559.

particulares. Por tanto para las funciones estatales, y en especial para la Función Judicial, el instrumento privado no puede ser aceptado como real y efectivamente otorgado.

Entre las partes, en cambio el instrumento privado ha de tenerse como realmente otorgado, a menos que una de ellas impugne o redarguya de falso, pero no porque el Estado garantice de modo alguno su autenticidad o su veracidad, sino porque la buena fe, se trate o no de instrumentos, siempre se presume.

En cuanto a la autenticidad, que es indispensable para que su contenido pueda valer como prueba, consiste en la demostración de que el instrumento emana de la persona a quien se atribuye, lo que se obtiene mediante el reconocimiento de la firma por su autor o por la comprobación judicial en caso de que ella sea negada.

GOMEZ MERA apunta al respecto *“El reconocimiento puede ser judicial cuando ocurre ante el juez de la causa o ante cualquier otro, antes o en el curso del proceso.”*<sup>235</sup>

Por su parte BRICEÑO SIERRA apunta: *“El instrumento privado reconocido judicialmente por la parte a quien se opone, o declarado debidamente reconocido, tiene el mismo valor que el instrumento público entre los que han suscrito y sus sucesores (...) Por consiguiente son dos los modos de autenticar la firma de un instrumento privado: el reconocimiento y la comprobación judicial.”*<sup>236</sup>

Para que el documento privado pueda surtir efectos probatorios y haga tanta fe como un instrumento público deberán proceder, ciertas circunstancias en la cuales se procederá al reconocimiento de éste.

El reconocimiento es el acto expreso o implícito en virtud del cual el autor jurídico del documento o sus causahabientes le otorgan la autenticidad, sea espontáneamente o mediante citación judicial a solicitud de parte interesada o la que pueda derivar de esta en caso de negativa.

---

<sup>235</sup> GOMEZ MERA, Roberto, La prueba documental, Editorial Edino, Ecuador, Página 235.

<sup>236</sup> BRICEÑO SIERRA, Humberto., Derecho Procesal, Editorial Harla, México, segunda edición, 1995, página 147.

Toda persona a la que se le imputa haber firmado un instrumento privado tiene la obligación de justificar este hecho, ya sea reconociendo su firma o negándola.

De esta manera se expresa el tratadista BRICEÑO SIERRA exponiendo lo siguiente: *“Al no mediar reconocimiento voluntario, corresponde intimar a la parte para que le manifieste si es o no suya la firma que se le atribuye.”*<sup>237</sup>

El reconocimiento de firma está sometido a un régimen procesal propio específicamente señalado para ese objeto. No podrá aquel contra quien se presente el documento desconocer su firma mediante un escrito, pues si no concurre personalmente al llamado, o en caso de mandatario por éste se lo debe tener, por reconocida.

La huella digital de un analfabeto, constante en un documento puede ser reconocida por Confesión Judicial.

El tratadista Ecuatoriano GOMEZ MERA señala acerca de la declaración por parte del analfabeto, apuntando lo siguiente: *“El documento en el cual el analfabeto ha impreso su huella digital no puede ser reconocido en la forma establecida en el artículo 198,<sup>238</sup> porque sencillamente no hay firma que reconocer; pero en cambio si se puede reconocer en una Confesión Judicial ser el autor del mismo, en cuyo caso se habría dotado de autenticidad al documento así reconocido.”*<sup>239</sup>

Cuando el instrumento privado se extendió en un formulario, “su cuerpo” está constituido por el texto impreso y por los claros debidamente llenados.

El artículo 194 del CPC nos señala el procedimiento y las formas de reconocimiento que deben mediar para que el instrumento privado haga tanta fe como el público en cuanto a su valor probatorio:

*“Art. 194.- El instrumento privado en que una persona se obliga a dar, hacer o no hacer alguna cosa, o en que confiesa haberla recibido o estar satisfecha de alguna*

---

<sup>237</sup> BRICEÑO SIERRA, Humberto., Derecho Procesal, Editorial Harla, México, segunda edición, 1995, página 149.

<sup>238</sup> En la actualidad artículo 195 del Código de Procedimiento Civil.

<sup>239</sup> GOMEZ MERA, Roberto, La prueba documental, Editorial Edino, Ecuador, Página 63.

*obligación, hace tanta fe como un instrumento público en los casos siguientes, siempre que la ley no prevenga la solemnidad del instrumento público:*

*1.- Si el que lo hizo o mandó hacer lo reconoce como suyo ante cualquier juez civil, Notario público o en escritura pública.*

*2.- Si el autor del documento se niega a reconocerlo, sin embargo de orden judicial;*

*3.- Si habiendo muerto el autor, o negado ser suyo, o estando ausente de la República, dos testigos conformes y sin tacha declaran en el juicio haber visto otorgar el documento a su autor, o a otra persona por orden de éste; a no ser que el asunto sobre que verse el instrumento exija para su prueba mayor número de testigos; y,*

*4.- Si la parte contra quien se presenta el documento no lo redarguye de falso ni objeta su legitimidad, dentro de tres días contados desde que se le citó y notificó la presentación aunque no lo reconozca expresamente ni se pruebe por testigos.”<sup>240</sup>*

De igual forma el Código Civil apunta:

*“Art. 1719.- El instrumento privado, reconocido por la parte a quien se opone, o que se ha mandado tener por reconocido en los casos y con los requisitos prevenidos por ley, tiene el valor de escritura pública respecto de los que aparecen o se reputan haberlo suscrito, y de las personas a quienes se han transferido las obligaciones y derechos de éstos.”*

En concordancia con lo antes expuesto la Ley Notarial en su artículo diez y ocho numeral 9, nos señala lo siguiente:

*“Art.18.- Son atribuciones de los Notarios, además de las constantes en otras leyes.*

*9.- Practicar reconocimientos de firmas.”<sup>241</sup>*

**El primer presupuesto** nos dice que si la persona que lo hizo o mandó hacer lo reconoce como suyo, es decir que declara con conciencia y voluntad que éste fue el autor de dicho documento. En este caso el reconocimiento puede hacerse por cualquier medio ya sea judicial,

---

<sup>240</sup> Código de Procedimiento Civil, Suplemento del Registro Oficial número 58, CODIFICACION 2005 – 011, Quito, 26 de abril del 2005.

<sup>241</sup>Ley Reformatoria a la Ley Notarial, codificación 2006-62, Registro Oficial número 406 - martes, 28 de noviembre del 2006.

es decir ante un juez de lo civil, o notarial con el trámite de reconocimiento de firma y rúbrica ante el Notario, o elevando este a escritura pública a través de la presentación de una minuta firmada por un abogado.

Lo más usual en razón de economía procesal es acudir ante un Notario para realizar el reconocimiento de firma y rúbrica del documento privado, previa la elaboración de un acta y la recepción de las firmas de las partes que lo están otorgando, envistiéndole por este mecanismo de fe probatoria equivalente a la de un instrumento público.

Respecto a lo antes expuesto, a continuación señalo la opinión de algunos tratadistas sobre el tema:

BRICEÑO SIERRA apunta: *“Como los documentos privados carecen de valor probatorio por sí mismos, a la parte que lo presenta corresponde acreditar, mediante el reconocimiento o la eventual comprobación que el documento emana de la persona a quien se atribuye, el instrumento privado reconocido judicialmente o notarialmente, por la parte a quien se opone, o declarado debidamente reconocido tiene el mismo valor que el instrumento público entre los que lo han suscrito y sus sucesores.”*<sup>242</sup>

Por su parte KISCH señala: *“Los documentos privados carecen de valor probatorio por sí mismos, a la parte que lo presenta corresponde acreditar, mediante el reconocimiento o la eventual comprobación que el documento emana de la persona a quien se atribuye.”*<sup>243</sup>

El tratadista Ecuatoriano COELLO GARCÍA dice: *“El reconocimiento debe hacerse expresando que la firma y rúbrica son del que lo reconoce, sin que sea necesario que se declare ser verdadera la obligación o cierto el contenido del documento.”*<sup>244</sup>

---

<sup>242</sup> GOZAINI, Osvaldo Alfredo, Elementos De Derecho Procesal Civil, Editorial la Ley, España, 2003, página 472.

<sup>243</sup> KISH W, Elementos del Derecho Procesal Civil, traducción de Leonardo Pietro Castro, segunda edición, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1940, página 235.

<sup>244</sup> COELLO GARCÍA Enrique, Sistema Procesal Civil, Impreso en talleres gráficos de la UTPL Loja-Ecuador, 1998, página 343.

SCHÖNKE señala que: *“Los documentos privados que están firmados por sus autores y están legalizados judicial o notarialmente poseen plena fuerza probatoria formal.”*<sup>245</sup>

El tratadista MONROY se refiere acerca de la protocolización de documentos privados; señalando lo siguiente: *“no es de perder de vista que el reconocimiento del documento privado para que surta efectos de ejecutabilidad debe ser reconocido judicialmente o notarialmente y aunque se lo protocolizara no valdría como título ejecutivo aun cuando lo convinieren, pero para fines de establecer la fecha de otorgamiento del instrumento privado sí procederá.”*<sup>246</sup>

COUTURE concuerda con lo antes expuesto apuntando lo siguiente: *“El Instrumento protocolizado, en cambio no adquiere autenticidad por el hecho de su protocolización. Deberá ser reconocido por sus otorgantes, pues no pierde su originaria condición de instrumento privado. La protocolización sólo afecta a la fecha, pero no al otorgamiento. Las actuaciones de protocolizaciones, en cambio son auténticas, ya que ellas son autorizadas por el escribano dentro del límite de sus atribuciones y con las formas requeridas por la ley (...) El documento protocolizado no adquiere autenticidad; las actuaciones de la protocolización son auténticas”*<sup>247</sup>, es decir que hecho de protocolizar un documento privado no le otorga el carácter de instrumento público.

Para finalizar lo referente al primer presupuesto, dentro de mi opinión estimo que el otorgante que reconozca como suya la firma y la rúbrica (que ha sido recurrido judicialmente), tiene pleno derecho a aclarar cuanto desee, es decir a exponer sus opiniones o justificaciones en sí, cualquier aclaración o agregado que quiera que se haga constar. El juez está obligado a ordenar que esas expresiones del otorgante se incluyan en la correspondiente acta; ya que del documento puede derivar por señalar un ejemplo la existencia de una deuda que ya fue pagada.

**El segundo presupuesto** nos indica que puede darse el caso que el autor del documento se niegue a reconocerlo, por lo tanto presume mala fe de su parte el no querer colaborar en este requerimiento judicial, produciendo efectos jurídicos importantes como es el reconocimiento tácito del mismo.

---

<sup>245</sup> SCHÖNKE, Adolfo, Derecho Procesal Civil, Barcelona-España, Editorial Bosch, 1950, página 222.

<sup>246</sup> MONROY, Marco Gerardo, Derecho Procesal Civil, Tercera Edición, Medellín-Colombia, 1992, Página 50.

<sup>247</sup> COUTURE, Eduardo J, Estudios de Derecho Procesal Civil, Tomo III, Ediciones Depalma, Buenos Aires-Argentina, 1976, Página 103.

Al respecto GUASP apunta: *“El documento privado reconocido tiene el mismo valor de la escritura pública entre quienes lo hubiesen suscrito y sus causahabientes. Pero la falta de reconocimiento no significa la inutilidad del documento, ya que puede advenirse por otros medios”*<sup>248</sup>

Por su parte el tratadista ecuatoriano COELLO GARCÍA opina: *“El instrumento privado ha de gozar de la misma fe que el instrumento público, si el autor se niega a reconocerlo, sin embargo de orden judicial.”*<sup>249</sup>

BRICEÑO SIERRA señala: *“...si éste no compareciese o si habiendo comparecido se negase a contestar categóricamente si la firma es o no suya, esta se tendrá por reconocida.”*<sup>250</sup>

De este supuesto se deriva que los documentos sean dados por reconocidos, que son aquellos que se entiende afirmados tácitamente; debido a la negativa de prestar su reconocimiento a pesar de haber sido solicitados por la vía judicial.

El tratadista Gómez Mera, nos habla de este tipo de reconocimiento señalándolo como reconocimiento ficto. Así el artículo 196 del Código de Procedimiento Civil nos dice:

*“Art. 196.- Para los efectos del número 2 del Art. 194 pedido el reconocimiento, el juez hará comparecer, por medio de los agentes de justicia, al que deba realizarlo; y si, compareciendo éste, se negare a expresar si reconoce o no el documento, o eludiere esta expresión con palabras ambiguas o de cualquier otro modo, el juez declarará reconocido el documento; sin perjuicio de que, a petición de parte, se exija aquella expresión por los medios establecidos en el Art. 132.*

*El documento así reconocido constituirá título ejecutivo.”*<sup>251</sup>

Es justo y equitativo que así sea, siempre que se proceda en la forma prevenida en el artículo 196 del CPC, y no de otro modo; es decir, que es indispensable que el presunto otorgante

---

<sup>248</sup> GUASP, Jaime, Derecho Procesal Civil Tomo Primero, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, página 163.

<sup>249</sup> COELLO GARCÍA Enrique, Sistema Procesal Civil, Impreso en talleres gráficos de la UTPL Loja-Ecuador, 1998, página 345.

<sup>250</sup> BRICEÑO SIERRA, Humberto., Derecho Procesal, Editorial Harla, México, segunda edición, 1995, página 149.

<sup>251</sup> Código de Procedimiento Civil, Suplemento del Registro Oficial número 58, CODIFICACION 2005 – 011, Quito, 26 de abril del 2005.

comparezca ante el juez, voluntariamente o a la fuerza y en presencia del juez se allane a decir si la firma le pertenece o no le pertenece o a eludir la respuesta.

Es importante señalar que la comparecencia obligada de las personas en muchos casos recae en un abuso de fuerza y presión, especialmente hablando de nuestra sociedad por lo que son muy comunes los casos de corrupción que se presentan, por lo que debería tomarse más en cuenta este tipo de procedimientos, para evitar el cometimiento de ilícitos.

**El tercer presupuesto** nos habla de los testigos que pueden corroborar y afirmar que vieron u observaron o en el mejor de los casos se encontraron presentes en lugar donde el autor del instrumento lo otorgó o suscribió, es decir presenciaron este hecho y conocieron a esta persona. No está de menos mencionar que los testigos deberán cumplir con todos los requisitos de probidad exigidos por la ley.

De esta manera BRICEÑO SIERRA nos dice: “... *la intervención de los testigos debe recaer sobre el hecho de la firma, es decir que el testigo tiene que manifestar que la firma fue puesta en su presencia, explicando las circunstancias que rodearon el acto...*” <sup>252</sup>

Según el código, si ha muerto el autor del documento, o negado ser suyo, o está ausente de la República, es suficiente que dos testigos conformes y sin tacha declaren en el juicio haber visto otorgar el documento a su autor u otra persona por orden de éste, casos en los cuales y en mérito de esas declaraciones, el instrumento privado adquiere la misma fe probatoria que el instrumento público. Se discrepa en este sentido ya que no es admisible que si ha muerto el autor la fe pública se haga derivar de las declaraciones de dos testigos, porque según el artículo 197, el reconocimiento puede hacerse con los herederos del otorgante, quienes sucederán al de cujus en sus obligaciones transmisibles. No puede aceptarse que una de las partes aproveche indebidamente un viaje al exterior de la otra parte para que se otorgue fe pública a un instrumento privado con solo dos declaraciones testimoniales, ni puede admitirse que si el otorgante dijo expresamente que la firma del documento no le pertenecía, se trate de

---

<sup>252</sup> BRICEÑO SIERRA, Humberto., Derecho Procesal, Editorial Harla, México, segunda edición, 1995, página 150.

contradecirle con declaraciones de dos testigos, como hay medios técnicos más confiables, como la comparación de la firma que fue negada (a través del proceso del cotejo como ya se lo va a señalar más adelante), con otras que el supuesto otorgante haya estampado en instrumentos públicos. La declaración de testigos se puede conseguir con asombrosa facilidad, pagándoles sumas irrisorias por su falsa declaración. La seguridad jurídica se siente gravemente lesionada con esa clase de procedimientos.

Voy a señalar algunos de los razonamientos que la doctrina realiza sobre el **cotejo** y lo que nuestra legislación designa al respecto:

BRICEÑO SIERRA señala: *“La palabra cotejo consiste en demostrar la autenticidad de una firma mediante su comparación con otra reconocida como auténtica. La ley parte del supuesto de que cada persona firma de una manera particular y que ella permite individualizar a su autor. En efecto la ciencia ha demostrado que ciertos rasgos de la letra son constantes, rasgos que la caligrafía, que es la rama que se ocupa de esta materia, llama típicos o básicos, porque aún intencionalmente no es posible eliminarlos.”*<sup>253</sup>

Por su parte GOZAINI opina que: *“El cotejo que es la comparación que se efectúa por peritos, de la letra o firma de un documento cuya autenticidad se niega, con la de otros documentos indubitados, a fin de determinar si pertenecen a una misma persona.”*<sup>254</sup>

El tratadista GOLDSCHIMIDT, apunta: *“...es una prueba caligráfica para cuando se impugne la autenticidad de un documento privado... resulta indispensable disponer de un cuerpo de escritura indubitado, que sirva de base a la comparación que los peritos revisores efectúen.”*<sup>255</sup>

BRICEÑO SIERRA no dice que: *“El cotejo se practicará comparando las letras de la firma del documento cuya autenticidad se requiere comprobar, con las de otro documento que las partes consideran indubitado” (...)* *“La comprobación puede hacerse por todos los medios de*

---

<sup>253</sup> BRICEÑO SIERRA, Humberto., Derecho Procesal, Editorial Harla, México, segunda edición, 1995, página 150.

<sup>254</sup> GOZAINI, Osvaldo Alfredo, Elementos De Derecho Procesal Civil, Editorial la Ley, España, 2003, página 474.

<sup>255</sup> GOLDSCHIMIDT, James, Derecho Procesal Civil, traducción de Leonardo Prieto Castro, Barcelona, Editorial Labor, 1936, página 271.

*prueba admitidos... si el que aparece firmando negare su firma, o los sucesores de él declarasen que no la conocen, se ordenará el cotejo o comparación de letras”*<sup>256</sup>

También KISH señala opina al respecto: *“Cotejo de letras, se verifica este facilitando al tribunal un documento reputado como indubitado (o sea procedente del supuesto autor del dudoso), para que investigue si los rastros de la letra son los mismos en ambos...”*<sup>257</sup>

GUASP apunta: *“El cotejo o confrontación de letras es oportuno siempre que se niegue o se ponga en duda por la parte a quien perjudique la autenticidad del documento privado.”*<sup>258</sup>

GOZAINI nos señala el caso del reconocimiento hecho por los sucesores del supuesto suscriptor del documento: *“...los sucesores del supuesto firmante del documento pueden limitarse a manifestar, que ignoran si la firma es o no del causante... por lo tanto en el supuesto que manifestaran ignorancia sobre el punto, debe recurrirse al procedimiento de comprobación...”*<sup>259</sup>

Al respecto OVALLE FAVELLA nos dice: *“Es de notar que esta prueba pericial caligráfica se considera siempre muy falible, prueba que siendo pericial, es al mismo tiempo de inspección personal del juez, ya que su criterio adquiere en el supuesto, gran importancia no solo conforme al principio general de libertad de apreciación de la prueba pericial, sino por la exigencia legal de que el juez haga por sí mismo el cotejo una vez que lo hayan practicado los peritos.”*<sup>260</sup>

Nuestro Código de Procedimiento Civil nos dice lo siguiente acerca del cotejo:

*“Art. 205.- La comparación o cotejo de letra y forma con otros escritos que indudablemente son del mismo autor, no prueba la falsedad o la legalidad de un*

---

<sup>256</sup> BRICEÑO SIERRA, Humberto., Derecho Procesal, Editorial Harla, México, segunda edición, 1995, página 151.

<sup>257</sup> KISH W, Elementos del Derecho Procesal Civil, traducción de Leonardo Pietro Castro, segunda edición, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1940, página 237.

<sup>258</sup> GUASP, Jaime, Derecho Procesal Civil Tomo Primero, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, página 164.

<sup>259</sup> GOZAINI, Osvaldo Alfredo, Elementos De Derecho Procesal Civil, Editorial la Ley, España, 2003, página 473.

<sup>260</sup> OVALLE FAVELLA, José, derecho Procesal Civil, México, 1980, Página 78.

*documento; pero valdrá para establecer presunciones o principio de prueba por escrito.”*<sup>261</sup>

Lamentablemente para el Código de Procedimiento Civil, el criterio razonado de un perito técnico, de un grafólogo, de un profesional reparado en este oficio tiene un valor asombrosamente menor que la declaración de dos testigos, acaso de dos jureros de oficio, otorgándole al cotejo de letra solo la categoría de presunciones o principios de prueba escrita pero no un medio idóneo de reconocimiento. Si mediante el empleo de los mecanismos o medios que la ley pone a disposición de las partes, no llega a darse al instrumento privado suficiente fe, a juicio del juez o del tribunal correspondiente, carecerá de todo valor y podrá cometerse una gran injusticia al privar a un particular de lo que le pertenezca, o al contrario evitar que se cometa un ilícito.

De esta forma, el artículo 206 del Código de Procedimiento Civil concuerda con lo antes expuesto y nos dice lo siguiente:

*“Art. 206.- el juez hará por sí mismo la comparación, después de oír a los peritos revisores, a cuyo dictamen no tendrá deber de sujetarse.”*<sup>262</sup>

Es menester señalar que este cotejo de letras no prueba la falsedad o legalidad del documento, pero sí podrá ser un antecedente para presunciones o principios de prueba escrita.

El último presupuesto nos dice que si la parte a la cual se le notifica guarda silencio, es decir no objeta de ninguna forma ni la existencia o forma del documento ni mucho menos su autoría, procederá un reconocimiento tácito, pues este es uno de los casos en que el silencio se interpreta como una manifestación de voluntad, por existir una obligación legal de explicarse.

*“En este caso se aplica el aforismo de quien calla otorga.”*<sup>263</sup>

---

<sup>261</sup> Código de Procedimiento Civil, Suplemento del Registro Oficial número 58, CODIFICACION 2005 – 011, Quito, 26 de abril del 2005.

<sup>262</sup> Código de Procedimiento Civil, Suplemento del Registro Oficial número 58, CODIFICACION 2005 – 011, Quito, 26 de abril del 2005.

<sup>263</sup> GOMEZ MERA, Roberto, La prueba documental, Editorial Edino, Ecuador, Página 110

El tratadista ecuatoriano COELLO GARCÍA señala al respecto que: “*Si no redarguye de falso ni objeta la legitimidad del instrumento, ha de suponerse que tácitamente aceptó que la firma y rúbrica le pertenecen y que es verdadero el contenido.*” <sup>264</sup>

Por su parte BRICEÑO SIERRA apunta: “*...se tendrá por reconocida si el demandado no hubiese negado expresamente la autenticidad de la firma del documento acompañado con la demanda...*” <sup>265</sup>

### **B) Reconocimiento por parte de apoderados o mandatarios especiales.**

Como bien lo señala el artículo 197 del Código de Procedimiento Civil, el reconocimiento puede ser hecho por interpuesta persona, es decir no necesariamente por el o los sujetos en cuestión. Así, en el artículo 194 numeral 3, nos indica la posibilidad de reconocimiento de un documento aún si ha muerto su autor. De esta forma podrán los herederos del causante proceder en este sentido.

De igual forma cuando el acto se ha realizado mediante apoderado, el poderdante puede limitarse a declarar que ignora si la firma es o no de aquel.

*“Art. 197.- El reconocimiento puede hacerse por los herederos del otorgante, o por apoderado con poder especial.”*<sup>266</sup>

GOMEZ MERA señala al respecto: “*Por lo general el firmante del documento es un tercero que ha actuado en calidad de mandatario de ella. Este puede ser citado al reconocimiento, pero si no se admite la autenticidad de la firma no podrías tenerse por reconocida, de modo que la citación bajo apercibimiento no sería procedente.*” <sup>267</sup>

---

<sup>264</sup> COELLO GARCÍA Enrique, Sistema Procesal Civil, Impreso en talleres gráficos de la UTPL Loja-Ecuador, 1998, página 346.

<sup>265</sup> BRICEÑO SIERRA, Humberto., Derecho Procesal, Editorial Harla, México, segunda edición, 1995, página 149.

<sup>266</sup> Código de Procedimiento Civil, Suplemento del Registro Oficial número 58, CODIFICACION 2005 – 011, Quito, 26 de abril del 2005.

<sup>267</sup> GOMEZ MERA, Roberto, La prueba documental, Editorial Edino, Ecuador, Página 119.

Por su parte AGUIRRE GODOY apunta: *“El reconocimiento de documentos privados puede hacerlo también una persona que no ha suscrito el documento; es decir por apoderado con facultad especial.”*<sup>268</sup>

BRICEÑO SIERRA opina al respecto que: *“... a la audiencia debe concurrir personalmente la persona citada para el reconocimiento; pero, si hubiere justa causa que impida su comparecencia, puede hacerlo su representante si estuviere especialmente facultado para ello.”*<sup>269</sup>

### **III.- CARTAS MISIVAS Y CONFIDENCIALES:**

Las cartas son medios de comunicación escrita, frecuentemente utilizados en el ámbito de las declaraciones jurídicas, que revisten el carácter de documentos privados y se hallan regidas sustancialmente por los principios y reglas procesales inherentes a aquellos. El destinatario de una carta puede hacerla valer, como medio de prueba, y con prescindencia de su carácter, si ella proviene de la contraparte. Distinto es el caso de las cartas dirigidas a terceros.

BRICEÑO SIERRA señala al respecto: *“Las cartas misivas dirigidas a terceros, aunque en ellas se mencione alguna obligación, no serán admitidas a su reconocimiento.”*<sup>270</sup>

Principio que se funda en la inviolabilidad de la correspondencia privada reconocida constitucionalmente en nuestro país en el artículo 66 numeral 21, el cual ha sido objeto de una extensa elaboración jurisprudencial que ha atenuado en gran medida su aparente rigidez. Se ha resuelto así, que la prohibición legal sólo alcanza a las cartas confidenciales, carácter que no depende de la circunstancia de que el remitente así la califique, sino del propio contenido de la carta.

Además se ha restringido la significación del término “terceros” contenido en la norma, considerando como tales a quienes carecen de toda vinculación con las partes o con el juicio.

---

<sup>268</sup> AGUIRRE GODOY, Mario, Derecho Procesal Civil Guatemala., Editorial Universitaria, 1973, página 714.

<sup>269</sup> BRICEÑO SIERRA, Humberto., Derecho Procesal, Editorial Harla, México, segunda edición, 1995, página 149.

<sup>270</sup> *Ibidem*, página 145.

BRICEÑO SIERRA apunta: “...cuando la ley se refiere a terceros no quiere indicar a los que no son partes en el juicio, sino a los que no tienen interés o relación alguna con él.”<sup>271</sup>

Hay que hacer otras distinciones, como cuando la carta es simplemente misiva. Hay casos, en efecto, en que la carta dirigida a un tercero constituye una orden de la que puede prevalecerse como prueba el beneficiario de la misma. En igual situación se encuentran las cartas dirigidas en interés exclusivo de los destinatarios para que ellos hagan el uso que les parezca conveniente, pues escapan al principio de la inviolabilidad de la correspondencia. Puede darse también que por ejemplo en el juicio de paternidad, proceda la agregación de las cartas enviadas por quien, se dice ser el padre, pudiéndose deducir de éstas la relación o no, por lo tanto no sería un tercero si no una de las partes demandadas.

Es un requisito para que la carta pueda hacerse valer como prueba, el de que quien la presenta la haya obtenido por medios lícitos y regulares.

Al respecto GUASP apunta: “El destinatario de una carta se convierte en propietario desde que entra en posesión de ella y puede enajenarla o destruirla...puede también esta presentarse en juicio cuando emana de su adversario, aunque no se advierta ninguna utilidad real, a menos que con ello se evidencie una intención malévola. Las cartas misivas dirigidas a terceros, aunque en ellas se mencione alguna obligación, no serán admitidas para su reconocimiento.”<sup>272</sup>

Las cartas dirigidas a terceros, (aunque en estas se nombren o incluyan obligaciones), al no ser admitidos para reconocimiento tampoco tendrán valor probatorio, como bien lo señala el artículo 199 de nuestro Código de Procedimiento Civil que se transcribe a continuación:

*“Art. 199.- Las cartas dirigidas a terceros, o por terceros, aunque en ellas se mencione alguna obligación, no serán admitidas para su reconocimiento, ni servirán de prueba.”*<sup>273</sup>

---

<sup>271</sup> BRICEÑO SIERRA, Humberto., Derecho Procesal, Editorial Harla, México, segunda edición, 1995, página 146.

<sup>272</sup> GUASP, Jaime, Derecho Procesal Civil Tomo Primero, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, página 161.

<sup>273</sup> Código de Procedimiento Civil, Suplemento del Registro Oficial número 58, CODIFICACION 2005 – 011, Quito, 26 de abril del 2005.

En lo que respecta a la carta confidencial tenemos BRICEÑO SIERRA apunta al respecto lo siguiente: *“La carta confidencial implica confiar un secreto al destinatario, quien está obligado a reservarlo; por consiguiente no pueden ser utilizadas en juicio sin la conformidad de su autor. No basta sin embargo que a una carta se le asigne el carácter de confidencial para que se la considere como tal, sino que es necesario que contenga alguna manifestación que pueda comprometer al firmante respecto de un tercero, lo cual quiere decir que la carta puede ser confidencial, aunque no se diga expresamente, si de sus términos resuelta el deseo de que se reserve su contenido.”*<sup>274</sup>

Por último me permito señalar que la carta confidencial dentro de mi opinión puede en ciertos casos constituir una prueba única o revestir una importancia extraordinaria, por lo que sería una injusticia en mi parecer, negar el derecho a su presentación. El juez debe en tales supuestos valorar el perjuicio que derivaría de la revelación de su contenido frente al perjuicio que ocasionaría su falta de presentación y decidirse por su admisión si éste fuese irreparable, pues, si bien es cierto que la inviolabilidad de la correspondencia se halla amparada por una cláusula constitucional, no se lo puede en ningún caso extender hasta la negación de la propia justicia.

#### **IV.- TRADUCCIÓN DE LOS DOCUMENTOS PRIVADOS EN IDIOMA EXTRANJERO.**

Se refiere al documento redactado en idioma extranjero que no sea el castellano, el cual no tiene ningún valor en el juicio si no se lo presenta acompañado de la traducción o interpretación respectiva del mismo. Esta traducción puede darse ya sea por orden judicial o vía notarial, para posteriormente ser introducido en algún proceso judicial, y pueda tener pleno valor probatorio.

De esta forma se expresa el tratadista JAIME GUASP, señalando que: *“El documento redactado en cualquier idioma que no sea el castellano ha de aportarse traducido”*<sup>275</sup>

---

<sup>274</sup> BRICEÑO SIERRA, Humberto., Derecho Procesal, Editorial Harla, México, segunda edición, 1995, página 145.

<sup>275</sup> GUASP, Jaime, Derecho Procesal Civil Tomo Primero, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, página 161.

El artículo 264 al 268 del Código de Procedimiento Civil ecuatoriano, determina los requisitos que deben cumplir estos documentos. Así tenemos que deben ser traducidos por un intérprete, ya sea nombrado por el juez o por el Notario en algunos casos. Se entiende por intérprete *“como la persona que se ocupa en explicar a otras, en idioma que entienden, lo dicho en la lengua que le es desconocida.”*<sup>276</sup>

El intérprete razona y explica el idioma o lengua de forma simultánea, en los actos que se realizan de forma verbal. Es de vital importancia en el momento de la ejecución de actos jurídicos, como contratos testamentos, declaraciones, realizadas en un país extranjero en un idioma que es desconocido para cualquiera de los contratantes.

También la traducción puede provenir de documentos escritos, pudiendo constituirse cualquier tipo de contratos u obligaciones en cualquier otro idioma. Se entiende incluida la interpretación de distintos signos o caracteres ajenos o distintos al originario del país donde se requiera de su validez, por ejemplo caracteres chinos o japoneses o de cualquier lugar donde no se utilice nuestro alfabeto.

Este intérprete, como la norma lo prevé, debe ser nombrado y debe aceptar su cargo, sin perjuicio que pueda excusarse por causa justa. Este de igual forma tiene que cumplir los requisitos de capacidad exigidos por la ley, ser mayor de edad, idóneo, y sobre todo dominar el idioma castellano en el caso del Ecuador, en donde éste es reconocido como idioma oficial. La Nueva Constitución reconoce al Kichwa y al Shuar como idiomas oficiales para relaciones interculturales.

Por intereses de las partes, puede solicitarse por vía judicial la traducción de un documento y luego ser protocolizado en una notaría, previa declaración de la autenticidad y legalidad del mismo por el juez respectivo.

Una vez que el juzgado correspondiente ha avocado conocimiento, se dan los siguientes pasos:

#### a. PROVIDENCIA

---

<sup>276</sup> OSSORIO, Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Editorial Heliasta, Primera Edición 1981 Buenos Aires – Argentina, Página 394.

- b. ACTA DE POSESIÓN DE PERITO (TRADUCTOR)
- c. SENTENCIA DECLARANDO LA VALIDEZ DEL DOCUMENTO Y;
- d. DILIGENCIA DE PROTOCOLIZACIÓN EN UNA NOTARÍA PARA OBTENCIÓN DE COPIAS CERTIFICADAS.

La certificación de la traducción de un documento es necesaria tanto para documentos privados, certificados, constancias, diplomas, como para documentos de empresa, actas legales, contratos, pedidos y, en general, todos los documentos que requieren una certificación oficial por parte del traductor con respecto a la correspondencia entre original y traducción.

Se puede presentar también ante el Notario un documento ya redactado con su respectiva traducción hecha por un traductor particular, quien solicitará la simple autenticación de la firma y rúbrica, es decir el reconocimiento a través de la elaboración de un acta como se redacta a continuación:

***ACTA NOTARIAL DE RECONOCIMIENTO DE FIRMAS Y RÚBRICAS”***

*En la ciudad de Quito, Distrito Metropolitano, hoy LUNES VEINTE Y DOS DE SEPTIEMBRE DEL DOS MIL OCHO, ante mí Doctor REMIGIO POVEDA VARGAS Notario Décimo Séptimo del cantón Quito, comparece la señorita MARÍA CRISTINA POVEDA BONILLA, con cédula de ciudadanía número UNO SIETE UNO CINCO SEIS UNO NUEVE CINCO GUIÓN CERO, de estado civil soltera, domiciliada en ésta ciudad de Quito; quien declara bajo juramento que la TRADUCCIÓN DEL DOCUMENTO QUE ANTECEDE DEL IDIOMA INGLÉS AL IDIOMA ESPAÑOL, DE LA COMPAÑÍA SAMBITA CIA. LTDA., es fiel reflejo de su contenido.- Al efecto juramentado que fuera en legal y debida forma por mí el señor Notario y previas las advertencias legales de la obligación de decir la verdad con claridad y exactitud: Manifiesta que es su firma y como tal la reconoce por ser la que utiliza en todos sus actos públicos y privados, firmado para constancia en unidad de acto con el suscrito Notario que da fe de lo actuado.”-*

*SRTA. MARÍA CRISTINA POVEDA BONILLA.  
C.C.*

*DR. REMIGIO POVEDA VARGAS  
NOTARIO DÉCIMO SÉPTIMO DEL CANTÓN QUITO*

Es importante mencionar que el Notario no está escribiendo actuación alguna, es decir, que lo único que le compete en este caso es realizar el reconocimiento de firma y rúbrica. No obstante, con el reconocimiento, la parte a quien perjudique no pierde el derecho de proponer sus fundamentos contra el contenido del acto. La razón de autenticación podrá estamparse en un papel que no sea de la notaría, siempre y cuando se trate del mismo en que están impresas la o las firmas o huellas a autenticar, ya que por lo general se lo suele hacer detrás de la hoja de las firmas del instrumento privado al pie de este si es posible.

Todo contrato privado puede ser traducido a través de este proceso. Por lo general se realiza una protocolización de estos instrumentos para su plena conservación.

De esta manera podemos concluir diciendo que los instrumentos privados son los documentos firmados por las partes sin intervención de oficial público alguno. Su característica finca en esta redacción del instrumento efectuado entre particulares y sin la presencia de otras personas fuera de los propios interesados. El principio rector de estos instrumentos es el de la libertad de forma, principio que encuentra aquí su máxima expresión, ya que las partes no sólo pueden elegir expresar su voluntad libremente según los determinados fines sino que una vez elegida la forma instrumental pueden redactar los instrumentos privados de la manera que consideren más conveniente a sus intereses, perfeccionando de esta manera la libertad concedida por el derecho privado, en donde como bien lo señala el adagio popular “... todo está permitido, mientras no esté prohibido.”

## CONCLUSION:

Es de gran importancia la existencia de una forma de respaldar las obligaciones contraídas tanto por cualquier poder o ente público así como por parte de los particulares, si bien es cierto la legislación ecuatoriana señala y legisla instrumentos públicos y privados reconocidos por la ley, hoy en día la creación de nuevas figuras de contratación así como los requerimientos de la sociedad han ido creciendo y han variado, la realidad económica actual ha incrementado sustancialmente el tráfico de bienes, servicios y personas entre diferentes países, lo que ha acrecentado la oponibilidad de documentos. Muchos de éstos quedan fuera de cualquier normativa, pudiendo de esta manera ser interpretados de una forma equivocada o fuera del marco legal, he ahí la importancia de determinar la plena validez de documentos tanto públicos y privados así como la correcta forma de su emisión, utilización y en general aplicación tanto en situaciones diarias, contratación o incluso procesos judiciales. Por lo que este trabajo ha dedicado su estudio a la formación y utilización de este tipo de documentos. Se ha realizado un análisis un poco más profundo y extenso de éstos debido a su escasa normativa. El Código de procedimiento civil ecuatoriano, señala de una forma básica su concepto, una clasificación muy ambigua y las situaciones que determinan su validez, pero no cubriendo del todo los posibles percances jurídicos que pueden surgir; por lo tanto este estudio permitió de alguna forma desarrollar un poco más a fondo el origen y aplicación jurídica de los instrumentos privados en contra frente con los instrumentos públicos y determinar su real y legítima aplicación, para una protección jurídica a las obligaciones y a los derechos adquiridos por los individuos.

La posibilidad de que existan instrumentos públicos *electrónicos*, es una innovación moderna en nuestra legislación, de gran importancia en cuanto al ahorro de tiempo que se podría generar. Es un avance en todo ámbito, que nuestro país haya adoptado esta modalidad

permitiendo de esta manera, colocar a la par los trámites jurídicos de cualquier índole que involucren temas de nueva tecnología, con la constante evolución del mundo y la sociedad en este plano. Cabe resaltar que no toda la documentación podrá provenir de este tipo de tecnología, ya que dentro de mi criterio muy personal existen actos y contratos jurídicos como son el contrato de compraventa y en el promesa, (especialmente en inmuebles) en los cuales, la presencia del Notario, y el hecho que este de fe pública de que tal suscripción se ha realizado en unidad de acto, comprende y conforma la verdadera esencia de esta institución, es decir de dar fe pública de lo actuado en su presencia y de lo que se ha podido percibir por él en el mismo acto. Por lo que si pienso que tan solo ciertos actos podrán generarse dentro de esta modalidad, por motivos de seguridad jurídica y en sí por el prevalecimiento de lo que en realidad significa la institución del notariado y la característica de los instrumentos públicos.

En lo que e instrumentos públicos y privados constituyen medios probatorios o indicios, según lo respecta a su admisión como medios de prueba, y eficacia, tenemos que tanto los documentos determina la ley sustantiva y adjetiva de nuestro país. Encontramos como elementos en común que los instrumentos públicos deben contar con características como: la autenticidad, por la cual los autores quedan identificados sin necesidad de comprobación alguna; la fecha cierta que resulta de las manifestaciones del Notario u otro funcionario público; el otorgamiento de instrumento público, tiene fuerza obligatoria y plena fe para todos en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados, es decir en lo dispositivo, que se contrapone a lo prescrito para los documentos privados, lo cuales carecen de valor mientras no se compruebe su autenticidad, (elemento que se señala como indispensable en los de carácter público), por lo tanto; ya sea mediante reconocimiento expreso o presunto de la parte a quien interese, se podrá otorgar a estos documentos, el valor de instrumento público.

De igual forma se puede evidenciar la figura del Notario en conexión directa con esta clase de documentos, (especialmente los instrumentos públicos), en lo que se refiere al otorgamiento de éstos, la fe de la cual están investidos, y la potestad que estos tienen para revestir de autenticidad los instrumentos otorgados ante ellos. La actual legislación ecuatoriana a

convertido al Notario en un funcionario público, se ha reformado esta institución en cuanto a los requisitos para acceder a esta dignidad y a las actividades que este desempeña, situación que dentro de la economía procesal del país repercute en cuanto a la actividad y los servicios prestados, ya que de no implementarse un sistema óptimo podría derivar en la burocratización de la actividad; causando una lentitud y una ineficacia en cuanto al servicio notarial que se prestaba hasta la actualidad. De esta forma concluyo la presente investigación, la que tiene por objeto dar a conocer al lector de una forma más profunda, los elementos necesarios y jurídicos para la plena emisión, y validez tanto de instrumentos públicos y privados dentro de la legislación ecuatoriana, la normativa correspondiente, la doctrina y jurisprudencia sobre el tema, y las distintas situaciones actuales en las que puede incurrir la emisión de éstos a debido a la implementación de nuevas tecnologías, así como el crecimiento globalizado de la contratación y el comercio mundial.

## **RECOMENDACIONES:**

1.- Reformación de Código de Procedimiento Civil ecuatoriano en cuanto a la definición de instrumento y documentos público y privado así como de la diferenciación en cuanto a los instrumentos privados en el hecho de que lleven firma o no y si éste es o no un requisito taxativo en cuanto a la formación de un instrumento privado, como bien si los señalan otras legislaciones, como necesario.

2.- Reforma al Código de Procedimiento Civil en lo que se refiere al Instrumento Privado, debido a su ambigua normativa, muy amplia, sin especificaciones definidas en cuanto a valor probatorio de estos específicamente. Se necesita profundizar de una manera detallada este capítulo del instrumento privado en el CPC, tomando en cuenta ciertos elementos de la doctrina, que son utilizados en jurisprudencia de nuestras Cortes de Justicia sobre el tema.

3.- En cuanto a lo que se refiere a instrumentos con firma electrónica que se permita y se acceda a su uso especialmente en la notarías del país, muchos de estos agilitan ciertos procesos de contratación así como de negocio, posibilitando de esta manera un ahorro de tiempo. De igual forma la Ley debería determinar qué tipo de documentos podrán llevar esta firma, es decir qué tipo de contratos podrán contar con esta modalidad especialmente en lo que se refiere a instrumentos públicos o escrituras públicas, que conlleven la venta o enajenación de inmuebles o en general que comprendan el manejo o negocio de derechos reales, debido a la amplitud hoy en día respecto al uso y aparición de esta nueva figura que si bien es cierto responde a necesidades de tipo tecnológico de una sociedad también abre brechas en cuanto a su uso y regulación.

## ANEXOS

### **RESUMEN:**

Juicio verbal sumario No. 174 - 97 que por dinero sigue Constructora GAPSA S.A. contra Ing. José Valle; La constructora GAPSA S.A. solicita recurso de casación alegando que se han dejado de valorar las dos pruebas instrumentales por ella agregadas al proceso, que consisten en: Una "planilla de cobro" y Fotocopias simples de "hojas de control diario de trabajo". Su argumento se concreta a que los documentos por él agregados, debieron ser valorados obligatoriamente por el Tribunal de instancia, pues el demandado no los redarguyó de falsos ni objetó que legitimidad en el término previsto en la ley. Más el valor que pueden tener en un proceso unas fotocopias simples adjuntadas como prueba, se deduce que no cumplen con los requisitos necesarios señalados por la Ley para el aporte de documentos fotocopiados, los cuales no se encontraban autenticados por la autoridad pertinente, además que de ningún documento puede derivar que una obligación ha sido adquirida por él, si este no lo ha firmado ni participado en su producción, las afirmaciones en él realizadas (en el documento presentado) no hacen fe en su contra. El Tribunal deduce que la falta de pronunciamiento sobre las pretensiones del actor, así como la obligación derivada de una confesión declarada ficta, proveniente del pliego de preguntas presentado por la Constructora antes mencionada, sobre la cual el demandado no se presenta a declarar, de cuyo tenor se desprende que efectivamente entre los litigantes existió un contrato de arriendo de maquinarias para la construcción, como consecuencia del cual el demandado se encuentra adeudando un saldo: de tres millones ciento cincuenta y tres mil setecientos cincuenta sucres (S/. 3'153.750). El Tribunal casa la sentencia dictada por la Quinta Sala de la Corte Superior de Guayaquil y en su lugar acepta la demanda presentada por el personero de "Constructora Gapsa S.A.", ordenando que el demandado Ing. José Valle Andrade pague inmediatamente a la actora.

**REGISTRO OFICIAL. LUNES 24 DE ABRIL DEL 2000.**

Nº. 96

Dentro del juicio verbal sumario No. 174 - 97 que por dinero sigue Constructora GAPSA S.A. contra Ing. José Valle; hay lo siguiente:

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA PRIMERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL**

Quito 25 de febrero del 2000 las; 15h20.

VISTOS: El Ing. Giuseppe Galati Petrolo, representante legal de la compañía "Constructora GANSA S.A.", interpone recurso de casación de la sentencia pronunciada por la Quinta Sala de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, dentro del juicio verbal sumario que por pago de enero sigue en contra del Ing José Luis Valle Andrade. Aceptado que fue dicho recurso eleva el proceso a la Corte Suprema de Justicia y en virtud del sorteo legal, se ha radicado la competencia en la Primera Sala de lo Civil y Mercantil, que para resolver, hace las siguientes consideraciones PRIMERO: Se ha dado cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 11 de la Ley de Casación. SEGUNDO: En la especie, el recurrente fundamento su recurso en las causales tercera y cuarta del artículo 3 de la ley de la materia, por indebida aplicación y errónea interpretación de los artículos 135, 198 numeral 4to.. del Código de Procedimiento Civil que han conducido a la falta de aplicación de las respectivas normas de derecho sustantivo en la sentencia. que hubieran permitido que la demanda sea aceptada; y por errónea interpretación del artículo 277 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto en la resolución expedida por el Tribunal ad - quem se ha resuelto algo que no es parte esencial de la litis. TERCERO: Este Tribunal de Casación tiene la obligación de analizar el recurso de casación debidamente fundamentado en relación con la sentencia impugnada y que pretende sea casada. Al hacerlo se observa: respecto del vicio acusado por el recurrente sobre la causal cuarta del artículo 3 de la ley de la materia, porque considera que se ha resuelto en la sentencia impugnada algo que no era materia de la litis, porque el Tribunal de Apelación manifestó que era obligación del accionante demostrar, en primer lugar, la existencia del contrato que dio origen a la obligación demandada, esta Sala considera que no se ha producido tal infracción,

pues al haberse demandado el pago de una obligación que tiene su origen en un contrato de arrendamiento de maquinarias, existiendo una tácita negativa a los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, en virtud de los principios que rigen la carga de la prueba, correspondía sin duda al actor justificar en primer lugar la existencia del contrato que dio origen a su derecho, pues a diferencia de lo que ocurre con los juicios de ejecución en donde se presume la existencia del derecho del actor, que est  declarado como cierto en el título ejecutivo anexo al libelo inicial en los juicios de conocimiento es obligación esencial de quien demanda el cumplimiento de un derecho, justificar el origen del que nace la obligación del demandado en el presente caso, para exigir el pago de la cantidad de dinero demandada, era esencial justificar el origen de la obligación, que en la especie corresponde al contrato de arrendamiento de maquinaria, por lo que es correcta la afirmación del Tribunal de instancia de que en primer lugar se debe examinar si se ha justificado la existencia del contrato de marcas, por lo que el cargo por esta causal carece de fundamento. CUARTO. Al fundamentar sus cargos por la causal tercera del Art. 3 de la Ley de Casación, por la indebida aplicación y errónea interpretación del Art. 198, numeral 4to., del Código Adjetivo Civil, lo cual ha conducido al rechazo de la acción, el recurrente alega que se han dejado de valorar las dos pruebas instrumentales por él agregadas al proceso, que consisten en: a) Una "planilla de cobro", constante a fojas 2 del cuaderno de primer nivel, Y b) Fotocopias simples de "hojas de control diario de trabajo" - (fojas 3 a 16 del cuaderno de primer nivel). Su argumento se concreta a que los documentos por él agregados, debieron ser valorados obligatoriamente por el Tribunal de instancia, pues el demandado no los redarguyó de falsos ni objetó que legitimidad en el término previsto en la ley. - Sobre este cargo, en lo que respecta al valor que pueden tener en un proceso unas fotocopias simples adjuntadas como prueba, se observa: a) Nuestra ley procesal consagra en forma taxativa los medios probatorios que pueden ser admitidos en un proceso, es decir, que el Juez y las partes no est n en libertad absoluta de escoger los medios que usarán para formar la convicción del Juez respecto de los hechos discutidos en el proceso, por ello, si bien el Juez tiene libertad para apreciar las pruebas rendidas, según se lo dicte su sano criterio ("sana crítica"), eso no significa que pueda aceptar cualquier medio de prueba, sino únicamente los previstos en la ley como tales. Como ya lo manifestó anteriormente esta Sala "Las normas procesales son de orden público y obligatorio

cumplimiento. La potestad de señalar los medios de prueba procesalmente admisibles o su mérito o valor, corresponde exclusivamente a la ley. Se trata de una materia jurisdiccional del Estado y de la regulación del proceso que está fuera de la libertad 'contractual...' juicio No. 199 - 97, Banco de Crédito contra Guevara, Resolución No. 723 de 17 de noviembre de 1998, publicada en el R. O. 103 de 7 de enero de 1999); b) El artículo 1742 del Código Civil y el 125 del Código de Procedimiento Civil, enumeran los medios de prueba admitidos en nuestra ley. Y refiriéndonos a las copias, el inciso final de esta última disposición legal, dice: "Se considerarán como copias las reproducciones del original, debidamente certificadas que se hicieren por cualquier sistema." Por su parte, en alusión expresa a las fotocopias (definidas por la Real Academia de la Lengua como "reproducción de imágenes directamente sobre papel"), el Art. 25 de la Ley de Modernización establece: "Fotocopias. - El Estado y las entidades del sector público que conforman la administración pública admitirán como prueba las fotocopias de documentos originales, públicos o privados, si es que se encuentran certificadas de conformidad con el numeral 5 del artículo 18 de la Ley Notarial, agregado mediante Decreto Supremo 2386, publicado en el Registro Oficial No, 564 del 12 de abril de 1978." Es decir, aún cuando existiese duda en el ánimo del juzgador de qué copias deben ser certificadas, al tratarse de fotocopias, sea de documentos públicos o privados, se debe exigir que sean certificadas para considerarlas como medio de prueba válido, las que tendrán el mismo mérito probatorio que tendría el original si hubiese sido presentado; ello no significa desconocer la utilidad y fidelidad de los avances tecnológicos en la vida moderna, sino una precaución prevista en la ley procesal para asegurar - la exactitud de las copias agregadas como prueba a los procesos, esto es, para asegurar su conformidad con el original, pues es muy fácil alterar una copia fotostática sin dejar rastro alguno; en consecuencia, las fotocopias simples pueden existir materialmente en una causa, pero procesalmente son inexistentes, c) Las fotocopias agregadas por el actor de fojas 3 a 16 del cuaderno de primer nivel, no han sido "debidamente certificadas", como lo exige la ley, por lo que no hacen fe en juicio, volviéndose en consecuencia irrelevante si fueron redargüidas o impugnadas en el término de ley. En consecuencia la Quinta Sala de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, no ha inobservado los preceptos jurídicos relativos a la valoración de la prueba al no haber dado valor a esos documentos, procesalmente inexistentes, por lo que se rechaza este cargo. QUINTO: En lo que

hace relación con la "planilla de cobro" constante a fs. 2 del primer cuaderno, que el demandado afirma no ha sido redargüida de falsa ni objetada su legitimidad, por lo que "se convirtieron Instrumentos Públicos", se hacen las siguientes consideraciones: a) Esa planilla de cobro, por S/. 3'153.750, se encuentra suscrita únicamente por el Ing. Giuseppe Galati P., Gerente de Constructora GAPSA, que justamente es quien demanda el cumplimiento de la deuda objeto de esta demanda. - b) El Art. 195 del Código de Procedimiento Civil establece que "Instrumento privado es el escrito hecho por personas particulares, sin intervención de Notario ni de otra persona legalmente autorizada, o por personas públicas en actos que no son de su oficio" -. el Art. 196 ibídem, dispone que "Se pueden extender en escritura privada los actos o contratos en que no es necesaria la solemnidad de instrumento público"; a su vez, el Art. 1746 del Código Civil ordena que "El instrumento privado, reconocido por la parte a quien se opone o que se ha mandado a tener por reconocido en los casos y con los requisitos prevenidos en la ley, tiene el valor de escritura pública RESPECTO DE LOS QUE APARECEN O SE REPUTAN HABERLO SUSCRITO, y de las personas a quienes se han transferido las obligaciones y derechos de éstos." Finalmente, el Art. 198, numeral 4o., citado como infringido por el recurrente. dice: "El instrumento privado EN QUE UNA PERSONA SE OBLIGA A DAR, HACER O NO HACER ALGUNA COSA, O EN QUE CONFIESA HABERLA RECIBIDO ESTAR SATISFECHA DE ALGUNA OBLIGACION, hace tanta fe como un instrumento público en los casos siguientes, siempre que la Ley no prevenga la solemnidad del instrumento público... 4.- Si la parte contra quien se presenta el documento no lo redarguye de falso ni objeta su legitimidad, dentro de tres días contados desde que se le citó y notificó la presentación, aunque no lo reconozca expresamente ni se pruebe por testigos'. - c) Las normas citadas, ponen de manifiesto que el recurrente ha incurrido en dos errores conceptuales al formular este cargo, así: 1) Cuando un documento no es redargüido de falso ni objetada su legitimidad dentro del término previsto en, la norma últimamente transcrita, no se convierte en Instrumento público, sino que, en ese proceso, hace tanta fe como un instrumento público, es decir, tiene el mismo valor probatorio que la ley concede a dichos instrumentos; para entender mejor el alcance de esta disposición, es necesario remitirse al Art. 170 del Código de Procedimiento Civil; que prescribe: "El instrumento público hace fe, aun contra terceros, en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha; pero no en cuanto a la verdad de

las declaraciones que en él hayan hecho los interesados. En esta parte no hace fe sino contra los declarantes. Las obligaciones y descargos contenidos en él hacen prueba respecto de los otorgantes y de las personas a quienes se transfieren - dichas obligaciones y descargos, a título universal o singular..."; y, 2) En consecuencia, cuando un documento (sea instrumento público o privado) es presentado a juicio, su contenido no hace prueba erga omnes, sino únicamente contra quienes lo otorgaron, lo elaboraron, aunque no lo hayan suscrito. Hernando Devis Echeandía, enseña: "para la existencia jurídica de los documentos e instrumentos privados no es necesaria la firma de su autor jurídico; pero esta influye en su eficacia probatoria, al facilitar la prueba de esa autoría y, en ocasiones, porque goza de una presunción legal de autenticidad. La firma es necesaria cuando la ley exige el escrito como formalidad ad substantiam actus... El documento privado puede adquirir autenticidad' sin haber sido firmado por su autor jurídico en dos casos: 1.- cuando sin haberlo manuscrito lo reconoce en confesión o se reconoce expresamente por la parte a quien se opone; 2. cuando habiendo sido manuscrito por su autor jurídico, se prueba esta circunstancia por confesión o por testigos presenciales o por dictámenes de grafólogos, sumado a indicios o testimonios o por reconocimiento expreso o implícito... el manuscrito sin firma no solamente es un documento desde el punto de vista probatorio, sino que puede llegar a tener una eficacia probatoria normal, si logra establecerse que su autor jurídico es precisamente la persona que lo escribió de su puño Y letra, para dejar constancia de que el acto jurídico documentado se realizó Y perfeccionó (es decir que no se trata de simples apuntes para una futura operación o de un proyecto). Una vez cumplidos esos dos requisitos el documento adquiere autenticidad y certeza en cuanto a la finalidad con que fue elaborado, por lo que resultaría absurdo negarle el mérito que podría corresponderle de haber llevado firma de su autor jurídico" (Teoría General de la Prueba Judicial, tomo II, 4ª, Edición, 1993. Biblioteca Jurídica, Pág. 555, 556, 581). - Pero debe recalcarse que estos documentos prueban exclusivamente contra el autor, no contra terceras personas. En la especie, la referida planilla de cobro con la que la parte actora pretende justificar el monto de la obligación, no hace prueba contra el demandado José Luis Valle Andrade, tanto porque él no la ha suscrito. Como porque no ha participado materialmente en su elaboración. Es decir, no es su autor jurídico, por lo que su contenido no puede ser usado en su contra, pues en ella no aparece que el demandado se obligue a dar, hacer o no hacer alguna cosa, o que confiese

haberla recibido o estar satisfecho de alguna obligación, sino que otra persona afirma que él debe determinada cantidad de dinero. Debe recordarse además que según el numeral tercero del Art. 164 del Código de Comercio, "Los contratos mercantiles se prueban por cualquier medio de prueba admitió por la ley civil, y, además: ... 3º. - Con facturas aceptadas o reconocidas, o que, según la ley, se tengan por reconocidas." Por tanto, no hacía falta que el demandado redarguya y objete la legitimidad, de ese instrumento, porque, al no haberlo firmado ni participado en su producción, las afirmaciones en él realizadas no hacen fe en su contra. SEXTO: El último cargo formulado por el recurrente se refiere a la violación del Art. 135 del Código de Procedimiento Civil, porque considera el Tribunal ad - quem rechaza la confesión ficta del demandado mediante asertos falsos acerca del contenido de las preguntas en ella formuladas. Expresa el recurrente: "La Sala manifiesta que: <La confesión ficta del demandado al tenor del interrogatorio de fojas 36 no puede ser considerada como prueba justificativa de la existencia del, Contrato de Arrendamiento que se alega en la demanda, no de los incumplimientos derivados del mismo, PUES DE SUS PREGUNTAS ni surgen ni aparecen y peor pueden distinguirse las cosas de la esencia del contrato soporte que se reclama> ..si Uds. Observan el interrogatorio de fojas 36 del Proceso, encontrarán en la pregunta número Cinco (5) lo siguiente: Como es verdad, que Ud, Le ha arrendado equipo y/o Maquinarias, para efectuar labores o trabajos de Construcciones Civiles, a Constructora Gapsa S.A.?.; es decir que la expresión de los señores Ministros y Conjuer de la Quinta Sala es totalmente errada a la verdad de los hechos, con lo que se valora equivocadamente una prueba...," - Con relación a este cargo se observa: a) Respecto de la correcta valoración de la prueba la sana critica. esta Sala ha sustentado insistentes criterios como en el juicio ordinario No. 170 - 97, Ordóñez contra Granja, Resolución No. 83 - 99 de 11 de febrero de 1999, publicada en el R.O. No. 159 de 29 de marzo de 1999 que en su parte pertinente considera: "SEXTO - Ahora bien, cabe preguntar si el error de derecho en la valoración de la prueba se da únicamente en aquellos casos en los cuales nuestro sistema de derecho positivo establece el sistema de prueba tasada, o si también puede darse cuando rige el principio de la sana crítica. Sobre el tema, Sergi Guaso Fernández, en su obra ..' El hecho y el derecho en la casación civil" (J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1998, Pág. 330 y ss) dice: "Por definición, todo juicio ha de ser lógico. Sin embargo, si bien la lógica es esencial, no es suficiente, Con las reglas de

la sana crítica el legislador invoca a los órganos jurisdiccionales para que en la apreciación de la prueba utilicen elementos cognoscitivos más amplios que los de la simple lógica. Se ha escrito que, las reglas de la sana crítica son standars jurídicos que actúan como principios de la conducta humana a seguir, aunque no son normas jurídicas en sentido estricto, si lo son los artículos que se refieren a ella ... La sana crítica es,, básicamente, la aplicación de los principios del correcto entendimiento humano con especiales fundamentos en la lógica jurídica, en la equidad en la justicia, y en los principios científicos del Derecho. Así, aunque el legislador no impone al juez el resultado de la apreciación, si le impone el camino. el medio concreto. el método de valoración y éste no es otro que el de la razón y la lógica como elementos de todo juicio. Son, por lo tanto, criterios lógicos los que sirven al juez para emitir juicios de valor en tonto a la prueba pero, también referidos a reglas de la experiencia común o de una rama especializada del conocimiento (como pueden ser la psicología, la lógica o la física) que aplica el órgano jurisdiccional incluso sin darse cuenta Y aunque hagan referencia a una materia que él no conozca específicamente.” El autor citado añade: ”..las reglas de la sana crítica presentan dos elementos esenciales. Por una parte las reglas de la lógica formal (formando en la jurisprudencia alemana una categoría especial llamada "Denkgesetze") que no derivan de la experiencia sino que estructuran el razonamiento y, por otra, las máximas de la experiencia (psicológicas, científico - técnicas, etc.) conocidas por el órgano jurisdiccional. Respecto: a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia, éstos son estables y permanentes; en cambio, las máximas de experiencia son contingentes y variables. Por consiguiente, las reglas de la sana crítica son un instrumento que en manos del juez pueden ajustarse a las circunstancias cambiantes, locales y temporales, y a las peculiaridades del caso concreto ... En definitiva, las reglas de la sana crítica, del criterio humano o del criterio racional no son más que un instrumento de la apreciación razonado, de la libre convicción, de la convicción íntima (pese a su deformación histórica), de la persuasión racional o de la libre apreciación de la prueba, llámese como se quiera. Es decir, la libertad de apreciación de la prueba dentro de la racionalidad. De ninguna manera es una violación arbitraria o incontrolado de la prueba o ajena a la misma pues, son un instrumento racional que actúa en la reconstrucción lógica del hecho. Supone una inferencia racional, una apreciación lógica y crítica de la prueba. En caso contrario, se abandonaría la arbitrariedad del legislador para caer

en, la arbitrariedad de los órganos jurisdiccionales", - b) Igualmente, esta Sala ha sostenido en reiteradas ocasiones que la doctrina de casación civil atribuye a la soberana del Tribunal de instancia la apreciación de la fuerza probatoria de los distintos medios que no estén sujetos a tarifa legal. Esta soberanía significa que mérito valorativo que de tales medios desprenda el Tribunal de instancia o su desestimación al considerarlas insuficientes para adquirir su convicción, pertenecen al criterio soberano del juzgador de instancia y no puede ser modificado por la Corte de Casación a menos que se desconozca la evidencia manifiesta que de ellos aparezca (así por ejemplo, en la Resolución 158 de 16 de abril de 1997, juicio Benavides Ushca, R. O. 119, 30 - VII - 97). - c) Fernando de la Rúa, en su obra " Recurso de Casación en el Derecho Positivo Argentino", en criterios que esta Sala comparte, señala: " La motivación de la sentencia constituye el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho en los cuales el juez apoya su decisión y que se consignan habitualmente en, los de la sentencia... la valoración de las pruebas y la determinación de conclusiones inferidas de ellas, es potestad soberana del Tribunal de mérito. El Tribunal de Casación sólo puede controlar si esas pruebas son válidas (legitimidad), si las conclusiones obtenidas responden a las reglas del recto entendimiento humano (lógica), y si la motivación así constituida es expresa, clara, completa y emitida de acuerdo a las formas prescritas, en una palabra" si la motivación es legal. Fuera de este límite, el ejercicio de la libre convicción del juzgador está excluido del control de la casación... La motivación, para ser lógica, debe responder a las referidas leves que presiden el entendimiento humano. Deberá tener, por tanto, las siguientes características: 1) Debe ser coherente... 2) La motivación debe ser derivada es decir debe respetar el principio de la razón suficiente... Para ello la motivación debe ser concordante: a cada conclusión afirmada o negada, debe corresponder convenientemente un elemento de convicción del cual se pueda inferir aquélla. Como explica Nuñez, el elemento probatorio mencionado por el juez debe referirse a lo que se pretende probar. No existiría esa concordancia. cuando se invocara, v. gr. una partida de nacimiento para probar la existencia del matrimonio o muerte de la víctima. Para que esa concordancia pueda existir, el razonamiento o la convicción debe derivar de elementos verdaderos Y suficientes. La motivación debe ser verdadera, o auténtica no falsa. Se viola esta regla cuando se basa en elementos probatorios inexistentes o falseados en su contenido o en su significado. En una palabra, no se debe apoyar en antecedentes inexactos o

alterados, Una interpretación o utilización arbitraria de la fuente de convencimiento, conduce a la falsa motivación de la sentencia, como el caso de extraer un cargo delictuoso de una manifestación testimonial que no lo contiene... 3) Finalmente, la motivación debe ser adecuada a las normas de la psicología y la experiencia común" (Ed. Víctor de Zavalía, Buenos Aires, 1968, Págs. 149. 153, 182 184 185). - d) La confesión ficta debe ser analizado según lo dispuesto por el artículo 135 del Código Adjetivo Civil, con "libre criterio" del Juez, es decir, que este medio de prueba no está sujeto a tarifa legal; pero ello, como se ha dicho, no significa que la Ley permita la arbitrariedad del juzgador, sino que impone a éste el deber de sujetarse a las reglas de la sana crítica; es decir, a las reglas de la lógica, la sicología, la experiencia, etc., según las circunstancias de cada caso en particular. En la especie la sentencia de segundo nivel ha sido acusada de afanar hechos falsos en relación con el contenido del pliego de preguntas de la confesión ficta, por lo que es necesario comparar estas dos piezas procesales, observándose lo siguiente: el Tribunal ad - quem en su considerando tercero manifiesta 'La confesión ficta del demandado al tenor del interrogatorio de fojas 36 no puede ser considerada como prueba justificativa de la existencia del contrato de arrendamiento que se alega en la demanda, ni de los incumplimientos derivados del mismo, pites de sus preguntas ni sur - en, no aparecen Y peor pueden distinguirse las cosas de la esencia del contrato soporte de lo que se reclama.' Revisado dicho interrogatorio, se advierte que sus preguntas textuales son: "1. - ¿Si el Ing. José Luis Valle Andrade, sabe que el declarar sin decir la verdad bajo juramento, se incurre en el delito de perjurio"?; 2. - ¿Si el Ing. José Luis Valle Andrade, sabe que el delito de perjurio, es penado con la cárcel"?; 3. - ¿,Cómo es verdad que conoce al Señor Ing. Giuseppe Galati Petrolo?. 4. - Cómo es verdad, que usted a mantenido relaciones comerciales con el Ing. Giuseppe Galati Petrolo, Representante Legal de Construcciones Gapsa S.A.'? 5. - Cómo es verdad, que Usted, le ha arrendado equipo Y/ o maquinaria, para efectuar labores o trabajos de construcciones civiles, a Constructora Gapsa S.A.'?; 6. Cómo es verdad, que usted, le adeuda valores en dinero. a Constructora Gapsa S.A.'? - . 7. - Cómo es verdad, que usted le adeuda la cantidad de Tres Millones Ciento Cincuenta Y Tres Mil Setecientos Cincuenta Suces (S/. 3'153 750) por el arrendamiento de maquinaria a Constructora Gapsa S.A.'?" De los textos transcritos se concluye que efectivamente las afirmaciones del Tribunal ad - quem son por demás arbitrarias, antojadizas y apartadas de la verdad procesal, pues de dicho pliego de

preguntas, y en particular de la séptima, sí se infiere la existencia de un contrato de arriendo de maquinaria entre los litigantes, por lo que el cargo formulado por violación del Art. 135 del Código de Procedimiento Civil es fundado. SEPTIMO: Si el fallo de última instancia se halla incurso dentro de una de las causales de la Ley de Casación, el Tribunal de Casación que así lo declara momentáneamente asume el papel de Tribunal de instancia al tenor de lo que dispone el artículo 14 de la ley de la materia. El profesor español Manuel de la Plaza, en su obra "La Casación Civil", Pág. 464 señala: 'una vez dictada la sentencia que se llama de fondo, dicta la de instancia y, por un momento, se convierte en Tribunal de esa clase y señala en la expresada resolución, los efectos que la casación ha determinado en la resolución de los Tribunales a quo'; coincidente con este criterio es lo expresado por Fernando de la Rúa (El Recurso de Casación, Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1968, Pág. 250), quien dice: "Si el Tribunal estimare que la resolución impugnada ha violado o aplicado erróneamente la ley, la casará Y resolverá el caso conforme a la ley y a la doctrina cuya aplicación se declara ... se concede al Tribunal de casación la función francamente positiva de aplicar concretamente la norma debida al caso sometido a su decisión, a la manera de una tercera instancia ni jure", así como el autor colombiano Alvaro Pérez Vives, que manifiesta: "Cuando la Corte halla que es del caso invalidar el fallo recurrido, así lo declara y procede a continuación a dictar la sentencia de instancia. En tal evento, la parte resolutive estará compuesta por una decisión de casación y un fallo de instancia" (Recurso de casación, editorial Centro, Instituto Gráfico Limitado, Bogotá, 1946, Págs. 144 - 145), OCTAVO: El Ing Giuseppe Galati Petrolo, en calidad de Gerente General de "Construcciones Gapsa S.A.", manifiesta que en mayo y junio de 1993. su representada dio en arrendamiento una motoniveladora y un rodillo al Ing. José Luis Valle Andrade, cobrando las tarifas de alquiler acordadas mutuamente, que éste ha incumplido con su obligación de pagar el saldo de dicho arrendamiento. que asciende a la suma de S/. 3'153,750 sucres, por lo que le demanda el pago de dicha cantidad. más los intereses legales. costas procesales y honorarios del abogado defensor. Citado el demandado. señala domicilio judicial pero no comparece a la audiencia de conciliación y contestación a, la demanda. Este silencio ante las pretensiones del actor, de conformidad con el Art. 107 Código de Procedimiento Civil, "será apreciada por el juez como indicio en contra del demandado, y se considerará también como negativa simple de los fundamentos de la demanda, salvo

disposición en contrario. Durante el trámite del proceso, en la etapa de prueba, el accionante ha presentado los documentos mencionados en los considerandos cuarto y quinto de esta resolución, que no hacen fe por los motivos arriba expuestos; y ha solicitado la confesión judicial del demandado, para cuyo efecto el Juez a quo hizo dos señalamientos en días distintos, la segunda vez bajo prevenciones de ley, sin que el demandado haya comparecido a absolver el pliego de preguntas, ni haya justificado su desacato ante la orden del Juez en forma alguna; es más, los únicos escritos presentados por el demandado en primer nivel, son dos: aquel en que señala casillero judicial y el de apelación contra la sentencia del juez a quo. Al haber permitido que se lo declare confeso, es decir que el Juez presuma como afirmativas las respuestas a todas las preguntas formuladas en el interrogatorio de fojas 36. y no haber solicitado prueba alguna en su descargo, el demandado asumió el riesgo de que el juzgador, en uso del libre criterio que la ley le concede, admita esa confesión ficta como un elemento de convicción en cuanto a los hechos en ella inquiridos y que tienen relación con los que son materia de la controversia. Sobre este tema, Hernando Devis Echandía manifiesta: "la citación para absolver posiciones o interrogatorio Y reconocer o rechazar documentos, impone una carga procesal y no una obligación o deber de comparecer, a menos que por ley deba conducirse al citado por la fuerza para que de todas maneras se surta la diligencia, o se le conforme con multas, arresto u otra sanción. Como lo no ocurre en los procesos civiles y laborales, es indudable que se trata de una simple carga de comparecer, que el citado puede abstenerse de satisfacer, sometiéndose a las consecuencias de la declaración de confeso, que no constituye una sanción, sino un efecto desfavorable... la citación impone la carga procesal de comparecer o permanecer en la casa u oficina (según como haya sido la orden judicial), para la práctica de la diligencia, en el día y hora señalados. El incumplimiento de esa carga trae la consecuencia de que se presumen ciertos los hechos preguntados y admisibles. Los hechos favorecidos por la presunción de ser ciertos, pueden desvirtuarse mediante libre prueba en contrario, sin necesidad de argüir y demostrar error ni elemento subjetivo de ninguna clase. No se trata de revocar o retractar la confesión, sino de probar en contrario de una presunción judicial La carga de la prueba queda, por tanto, sobre el citado, ya que debe desvirtuar la presunción de ser ciertos esos hechos" (Teoría General de la Prueba Judicial, Tomo I. 4ª, Edición, 1993, Biblioteca Jurídica Dike, Págs. 750 - 751). Igualmente, esta Sala ha señalado,

en la Resolución 490 de 23 de septiembre de 1999, pronunciada dentro del juicio No. 120 - 99 (Larrea vs. De la Calle), Publicada en el R.O. 333 de 7 de diciembre de 1999: "el artículo 135 del Código de Procedimiento Civil concede de manera expresa a los jueces y tribunales de instancia la potestad de valorar o apreciar la confesión ficta con libre criterio, es decir, sin tasación legal alguna. Esto no quiere decir, por cierto, que se ha de tener a la confesión ficta en todos los casos sitio solo en aquellos en que se hace la declaración o reconocimiento tácito de hechos contra el mismo confesante ficto, o que la ley no exija para el caso otro medio de prueba como la instrumental o la inspección judicial." Por lo expuesto, atentas las circunstancias del proceso, esto es: a) Que el demandado, habiendo comparecido a juicio ha omitido hacer pronunciamiento alguno sobre las afirmaciones y pretensiones del actor; b) Que como consecuencia de este silencio, la litis se trabó con la negativa simple de los fundamentos de la demanda, tocando por tanto la carga de la prueba al actor, lo que no significa que el demandado esté exento de acatar las órdenes del Juez, por lo que al no haber acudido a ninguno de los llamados a rendir confesión judicial, ni siquiera cuando se lo hizo bajo prevenciones de ley, y no haber justificado su desacato de ninguna forma, ha actuado con reticencia y contumacia; c) Que además de la presunción de negativa de los fundamentos de la demanda, la falta de pronunciamiento sobre las pretensiones del actor, Implica un indicio en contra del demandado, al tenor del Art. 107 Código de Procedimiento Civil arriba transcrito, lo cual, sumado a su desacato injustificado y al hecho de que durante todo el curso del proceso, el demandado no ha actuado prueba alguna, ni ha presentado alegatos, ni ha objetado la prueba de la contraparte, ni ha hecho en fin, en ninguna etapa procesal, ningún pronunciamiento sobre aquello que es materia del litigio; hace concluir que dicho demandado ha actuado con mala fe en el proceso, d) Que, como ya se dijo, al haber permitido que se lo declare confeso, es decir, que el Juez presuma como afirmativas las respuestas a todas las preguntas formuladas en el interrogatorio de fojas 36, y no haber solicitado prueba alguna en su descargo, el demandado asumió el riesgo de que el juzgador, en uso del libre criterio que la ley le concede, admita esa confesión ficta como un elemento de convicción en su contra en cuanto a los hechos en ella inquiridos y que tienen relación con los que son materia de la controversia, como efectivamente lo acepta este Tribunal, atentas las circunstancias de la causa y la inactividad procesal del demandado; e) Que con la confesión ficta del Ing. José

Valle Andrade, el actor ha justificado los fundamentos de su demanda, pues el demandado aceptó tácitamente el contenido de las preguntas 3, 4, 5, 6 y 7, (transcritas en el considerando sexto de esta sentencia, literal d), de cuyo tenor se desprende que efectivamente entre los litigantes existió un contrato de arriendo de maquinarias para la construcción, como consecuencia del cual éste se encuentra adeudando un saldo: de tres millones ciento cincuenta y tres mil setecientos cincuenta sucres (S/. 3'153.750). - Por las consideraciones expuestas, esta Sala, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, casa la sentencia dictada por la Quinta Sala de la Corte Superior de Guayaquil y en su lugar acepta la demanda presentada por el personero de "Constructora Gapsa S.A.", ordenando que el demandado Ing. José Valle Andrade pague inmediatamente a la actora, la cantidad de tres millones ciento cincuenta y tres mil setecientos cincuenta sucres, con intereses legales a partir de la citación con la demanda, de conformidad con lo que dispone el numeral primero del Art. 1602 del Código Civil. Con costas. Se regulan los honorarios del abogado defensor de la parte actora en trescientos mil sucres. Notifíquese.

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

RAZON: Esta copia es igual a su original. Quito. 25 de febrero del 2000

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

## SENTENCIA No. 139-2003

### INSTRUMENTO PRIVADO, INSTRUMENTO PÚBLICO SEGUNDO: ...

Respecto del Art. 198 dice: **“El instrumento privado en que una persona se obliga a dar, hacer, o no hacer alguna cosa, o en que confiesa haberla recibido o estar satisfecha de una obligación, hace tanta fe como un instrumento público, en los casos siguientes, siempre que la ley, no prevenga la solemnidad del instrumento público.” “ 4. Si la parte contra quien se presente el documento no lo redarguye de falso ni objeta su legitimidad, dentro de tres días contados desde que se le citó y notificó la presentación, aunque no lo reconozca expresamente ni se pruebe por testigos.”** Dice el recurrente: “Una vez redargüido de falso el recibo de 4 de mayo de 1994 y al no existir reconocimiento de firma y rúbrica sobre el mismo, el recibo impugnado no constituía prueba suficiente dentro del proceso, en consecuencia ustedes, al emitir su fallo no aplicaron la disposición legal referida, por cuanto dentro del mismo lo hacen valer como prueba de pago efectuado por la comunidad religiosa.”

Al respecto, precisa dejar constancia de que el recibo de 4 de mayo de 1994 (fojas 46) fue presentado por el padre ... junto con el escrito de fojas 48, ordenado agregar a los autos mediante providencia de fojas 49 notificada el 23 de mayo de 1997 a las 17h00. La contraparte, a fojas 62, se limitó en la parte pertinente, a decir: “Que impugno la prueba presentada o que llegare a presentar la parte contraria, por ilegal, improcedente y ajena a la litis”; no cumplió con lo que contempla la norma transcrita, es decir, no lo redarguyó de falso ni objetó su legitimidad. Por otra parte, tampoco lo hizo “dentro de tres días contados desde que se le citó y notificó”, Pues se le notificó la presentación el 23 de mayo de 1997 a las 17h00 y el actor impugnó la prueba el propio 23 de mayo a las 16h00 (fojas 62), lo que quiere decir que no lo hizo dentro de tres días como ordena dicho precepto.

## **BIBLIOGRAFÍA**

1. AGUIRRE GODOY Mario, Derecho Procesal Civil Guatemala., Editorial Universitaria, 1973.
2. ALSINA, Hugo., Derecho Procesal Civil: Parte Procedimental, México, Editorial Jurídica Mexicana, 2001.
3. BARROS. E, Alfredo, Curso de Derecho Civil, Editorial Nacimiento, Santiago de Chile, 1931.
4. BORDA, Guillermo La Plata, Tratado de Derecho Civil, parte general, Quinta Edición 1980.
5. BRICEÑO, Derecho Procesal, Editorial Harla, México, segunda edición, 1995.
6. CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Editorial Heliasta Buenos Aires – Argentina, Vigésimocuarta Edición 1996.
7. CABANELLAS de Torres Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, décimo séptima edición, Buenos Aires, Argentina, 2005.
8. CARNELLUTTI, Francesco, La Prueba Civil, Página 167, Buenos Aires-Argentina, Editorial Arayú, 1955.
9. CARNELLUTTI Francesco, Instituciones del Proceso Civil, traducción de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, Editorial EJE, tomo I, 1955.
10. CARRA Y DE TERESA, Luis, Derecho Notarial y Derecho Registral, Editorial Porrúa, Decimoctava Edición 2007 México D.F. – México.
11. COELLO García Enrique, Sistema Procesal Civil, Impreso en talleres gráficos de la UTPL Loja-Ecuador, 1998.
12. COUTURE, Eduardo J, Fundamentos de Derecho Procesal Civil, Tercera Edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires-Argentina, 1976.

13. CHIOVENDA Giuseppe, Instituciones de Derecho Procesal civil, traducción de Gómez Orbaneja, Madrid, editorial Revista de Derecho Privado, tomo I, 1940. CLARO SOLAR LUIS, Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, tomo duodécimo “De las Obligaciones III, imprenta Nacimiento, Santiago de Chile 1939.
14. DE LA PLAZA, Manuel, derecho procesal Civil Español, Madrid-España, Tomo I, 1978.
15. DE SANTO, Víctor, La prueba judicial, Editorial Universidad, Tercera Edición Buenos Aires – Argentina, 2005.
16. DEVIS ECHEANDÍA, Hernando, Teoría General de la Prueba Judicial, Editorial Temis, Quinta Edición, Colombia, Tomo I y II, 2006.
17. GUASP, Jaime, Derecho Procesal Civil, Tomo Primero, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968.
18. GOLDSCHIMIDT, James, Derecho Procesal Civil, traducción de Leonardo Prieto Castro, Barcelona, Editorial Labor, 1936.
19. GÓMEZ, MERA Roberto, La prueba documental, Editorial Edino, 1997.
20. GÓMEZ ORBANEJA Y ERCE QUEMADA, Derecho Procesal, Madrid, 1955, Volumen 1.
21. GOZAINI, Osvaldo Alfredo, Elementos De Derecho Procesal Civil, Editorial la Ley, España, 2003.
22. ISAAC Lobato, Juan, “Programa Analítico de Derecho Procesal Civil Ecuatoriano”, imprenta del Colegio Técnico Don Bosco, Tomo VIII, Quito-Ecuador, 1976.
23. KISH W, Elementos del Derecho Procesal Civil, traducción de Leonardo Pietro Castro, segunda edición, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1940.
24. MONROY, Marco Gerardo, Derecho Procesal Civil, Tercera Edición, Medellín-Colombia, 1992.
25. OSSORIO, Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Editorial Heliasta, Primera Edición 1981 Buenos Aires – Argentina.
26. OVALLE FAVELLA, José, derecho Procesal Civil, México, 1980. PALLARES Eduardo, Derecho Procesal Civil, segunda edición México, Editorial Botas, 1951.

27. ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, María del Pilar, El ejercicio privado de la fe pública notarial, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid-Barcelona, 2003.
28. ROSSEEAU, Juan Jacob, El Contrato Social, Decimoprimer Edición, Página 85.
29. SCHÖNKE, Adolfo, Derecho Procesal Civil, Barcelona, Editorial Bosch, 1950.

### **CÓDIGOS Y LEYES:**

- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR 2008.
- CÓDIGO CIVIL
- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL.
- CÓDIGO PENAL.
- CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL.
- CÓDIGO DE COMERCIO
- LEYES: DE REGISTRO Y NOTARIAL.
- LEY DE CHEQUES
- LEY DE COMERCIO ELECTRÓNICO, FIRMAS ELECTRÓNICAS Y MENSAJES DE DATOS.
- LEY PARA LA TRANSFORMACIÓN ECONÓMICA DEL ECUADOR.
- LEY DE REGISTRO CIVIL, IDENTIFICACIÓN Y CEDULACIÓN.
- LEY DE MERCADO DE VALORES.

### **PAGINAS WEB:**

- [Http://books.google.com.ec/books](http://books.google.com.ec/books)
- [Http://www.sbif.cl/sbifweb/servlet/Glosario?indice=5.0&letra=T](http://www.sbif.cl/sbifweb/servlet/Glosario?indice=5.0&letra=T) en marzo del 2009.
- [Http://www.definicionlegal.com/definicionde/TituloEjecutivo.htm](http://www.definicionlegal.com/definicionde/TituloEjecutivo.htm)
- [Http://www.cajpe.org.pe/RIJ/bases/legisla/venezuel/ve20a.HTM](http://www.cajpe.org.pe/RIJ/bases/legisla/venezuel/ve20a.HTM)

- [Http://encolombia.com/derecho/C%C3%B3digoCivilColombiano/CodCivilColombContenido.htm](http://encolombia.com/derecho/C%C3%B3digoCivilColombiano/CodCivilColombContenido.htm)
- [Http://www.icbf.gov.co/transparencia/derechobienestar/decreto/1970/decreto\\_1250\\_1970.html](http://www.icbf.gov.co/transparencia/derechobienestar/decreto/1970/decreto_1250_1970.html)
- [Http://www.nuestroabogado.cl/codcivil.htm](http://www.nuestroabogado.cl/codcivil.htm)
- [Http://www.cejamericas.org/doc/legislacion/codigos/cl-cod-proc-civil2.pdf](http://www.cejamericas.org/doc/legislacion/codigos/cl-cod-proc-civil2.pdf)
- [Http://www.iusnews.com.ar/diazrobledo/buenafe.htm](http://www.iusnews.com.ar/diazrobledo/buenafe.htm)
- [Http://www.tuobra.unam.mx/publicadas/070624161686.html](http://www.tuobra.unam.mx/publicadas/070624161686.html)
- [Http://www.ejusticia.org/component/option,com\\_docman/task,doc\\_view/gid,110/Itemid,174/ -](http://www.ejusticia.org/component/option,com_docman/task,doc_view/gid,110/Itemid,174/)
- [Http://www.es.catholic.net/biblia/](http://www.es.catholic.net/biblia/)
- [Http://www.mmrree.gov.ec/MRE/DOCUMENTOS/pol\\_internacional/migratoria%20consular/legalizaciones.htm](http://www.mmrree.gov.ec/MRE/DOCUMENTOS/pol_internacional/migratoria%20consular/legalizaciones.htm)
- [Http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com\\_content&task=view&id=4874&Itemid=526](http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=4874&Itemid=526)
- [Http://www.asambleanacional.gov.ec/ -](http://www.asambleanacional.gov.ec/)