**CONSEJO DE LA JUDICATURA**

**ESCUELA DE FUNCIÓN JUDICIAL**

**CURSO DE FORMACIÓN INICIAL DE JUECES**

|  |  |
| --- | --- |
| **Malla:** | Formación Inicial |
| **Área:** | Derecho Civil y Procesal Civil |
| **Módulo:** | Derecho Civil |
| **Modalidad:**  | Presencial |
| **Duración:** | 18 Horas |

**SYLLABUS**

1. **OBJETIVOS:**
	1. **Objetivo general.**

Proporcionar mayores elementos jurídicos a los participantes del curso, a fin de que adquieran mejores destrezas y habilidades en base a conocimientos de principios, normas y contenidos modernos que rigen en materia civil, desarrollando sobre todo la capacidad de comprensión y análisis crítico.

* 1. **Objetivos específicos.**
1. Potenciar los conocimientos sobre el régimen conyugal, patrimonial, contractual y de obligaciones en temas que estén asociados con las funciones de notarias y notarios.
2. Reforzar en este curso de formación inicial, el conocimiento especializado que poseen los profesionales del Derecho que han participado en el concurso para notarias y notarios.
3. Analizar con mayor profundidad determinados temas e instituciones jurídicas, en base a un enfoque general del sistema constitucional actual, régimen jurídico, doctrina y la jurisprudencia.
4. **ESTRATEGIAS METODOLÓGICAS:**

La capacitación estará compuesta de una fase de exposiciones magistrales a cargo de la capacitador, para lo cual, se utilizarán medios tecnológicos, como la herramienta de Power Point (diapositivas), preguntas y respuestas relacionadas con los temas tratados, y de ser factible pequeños talleres prácticos para interactuar conocimientos y experiencias profesionales.

**DESARROLLO DE CONTENIDO**

**SUJETOS DEL DERECHO:**

 Toda relación jurídica tiene como elemento esencial al sujeto, “que es siempre el protagonista de la misma, y presenta la doble dimensión activo-pasiva de ser a un mismo tiempo titulares de derechos y deberes correlativos”.[[1]](#footnote-1)

 La importancia del estudio de los sujetos del derecho es así evidente, ya que se trata de “analizar el presupuesto del ordenamiento jurídico, el cual existe porque está destinado a disciplinar las relaciones jurídicas en que el sujeto se encuentra o puede encontrarse”.[[2]](#footnote-2) Podemos afirmar entonces que no existe un derecho sin sujeto, y que toda norma jurídica supone un sujeto de derecho. Tan cierta es esta afirmación que, al comprender a trascendencia de los sujetos del Derecho, la doctrina civil mundial en los últimos tiempos se ha preocupado por desarrollar el Derecho de las Personas, más allá del estudio del Derecho Patrimonial, del cual se ocupó exhaustivamente en épocas anteriores.

 ¿Pero que es entonces el Sujeto del Derecho?

 Durante mucho tiempo, sujeto del Derecho y persona fueron considerados sinónimos. Sin embargo en la actualidad, “existe un diferencia técnico-conceptual entre “sujeto de derecho” y “persona”. Ella permite acoger en el genérico concepto “sujeto de derecho” a cuatro categorías de sujetos. Los dos primeros son individuales: concebido y persona natural o física. Los otros son colectivos: organización de personas no inscritas y organización de personas inscritas o personas jurídicas.[[3]](#footnote-3) Los cuatro entes son titulares derechos y obligaciones o, como actualmente se refiere, son titulares de “situaciones jurídicas subjetivas”. En todas las citadas categorías se encuentra presente el ser humano, considerado en forma individual (concebido y persona natural) o de manera colectiva (persona jurídica y personas colectivas sin registro).

 El Código civil ecuatoriano solo contempla dos clases de sujetos: la persona natural ( persona individual, nacida) y la persona jurídica ( persona colectiva). Sin embargo, la Constitución la Constitución ecuatoriana prevé: ”La naturaleza será titular de todos aquellos derechos que le reconozca la Constitución” y luego dedica todo un capítulo ( Arts. 71-75) a enumerar dichos derechos. Igualmente, el Art. 20 del código de Niñez y Adolescencia vigente indica que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la vida desde la concepción, lo cual convierte en titular de derechos al concebido.

 El principal atributo de los sujetos de la relación jurídica es la capacidad.

 En forma genérica, la capacidad jurídica es “la aptitud de una persona para adquirir derechos o contraer obligaciones y poderlos ejercer por sí misma”. [[4]](#footnote-4) En esta definición están comprendidas la capacidad de goce y la de ejercicio.

 Consideramos importante antes de pasar a analizar el contenido de cada una de ellas realizar una distinción conceptual entre capacidad y personalidad pues salta a la vista la similitud entre estas dos nociones.

 Así, recordemos que la personalidad es la idoneidad genérica de ser titular de derechos y deberes. Es un concepto unitario y estático, a diferencia del concepto de capacidad que si bien es también una aptitud del sujeto, es una aptitud concretada en la posibilidad real de adquirir derechos o de contraer obligaciones y ejercerlos, siendo de este modo “fraccionable o divisible” (capacidad de goce y de ejercicio) y dinámica.[[5]](#footnote-5)

 Además, la personalidad no admite graduación, no puede existir una personalidad atenuada o limitada, lo que en cambio si puede suceder con la capacidad, por ello se ha dicho que entre personalidad y capacidad casi existe una relación de género a especie. Modernamente, cierto sector de la doctrina civil sostiene que la noción de personalidad ha devenido inútil pues su definición equivale a la capacidad de goce.

 Diferencia entre capacidad de goce y de ejercicio:

 La capacidad de goce es la aptitud de una persona para adquirir derechos o contraer obligaciones o sea, como enseña Julien Bonnecase, “es la aptitud de una persona para participar en la vida jurídica por sí misma o por medio de un representante, figurando en una situación jurídica o en una relación de derecho, para beneficiarse con las ventajas o soportar las cargas inherentes a dicha situación o relación”[[6]](#footnote-6).

 La capacidad de goce así definida puede concebirse sin la de ejercicio, pero no a la inversa: se puede poseer el goce de un derecho sin ejercerlo ( por ejemplo el concebido tiene derecho a la integridad física pero no puede ejercerlo por sí mismo) pero para ejercerlo se debe ser titular y para ello es indispensable la capacidad de goce.

* Capacidad de ejercicio: Es la aptitud de una persona para ejercer derechos o contraer obligaciones por sí mismo, sin que intervenga otro titular, sin el ministerio o autorización de otra persona. Algunos la definen como “aptitud legal de una persona para introducir por sí misma modificaciones en su patrimonio”[[7]](#footnote-7)

######  Incapacidad:

 En nuestro derecho, la regla general es la capacidad y la incapacidad es la excepción, como lo señala expresamente el Art. 1462 del Código Civil ecuatoriano. No existe incapacidad de goce, sólo de ejercicio.

 Así, la incapacidad de ejercicio puede ser general, que a la vez es absoluta o relativa, y especial.

1. **Incapacidad general.-**

* Incapacidad Absoluta: aquella que impide la ejecución de cualquier acto jurídico y en cualquier circunstancia, también llamada por algunos autores “natural”, porque obedece a razones de la naturaleza. La incapacidad absoluta produce como efectos la nulidad absoluta en los términos del Art. 1699 del Código Civil ecuatoriano.

 Son incapaces absolutos:

1. Los dementes, o sea aquellas personas con perturbaciones mentales que les impiden emitir un consentimiento válido y que han sido puestos en interdicción mediante el correspondiente proceso establecido a partir del Art. 752 hasta el artículo 770 del Código de Procedimiento Civil.

 Nuestro código en este aspecto también ha quedado rezagado a los avances de la psicología, que modernamente ha eliminado el término demencia y lo ha reemplazado con el término enfermedad mental, excluyendo también la posibilidad de que la persona pueda tener intervalos de lucidez: Una persona es o no psicótica, paranoica, depresiva, obsesiva, etc, pero en determinados momentos lo exterioriza más claramente, lo cual no significa que tenga un “intervalo de lucidez”. Además, el caso de las personas en estado de muerte cortical no está previsto dentro del término, mismo que debería sustituirse. Cabe señalar en este sentido que el Art. 126 del Código Civil que prohibía que el divorcio de la persona demente fue reformado por la Ley Orgánica de Discapacidades publicada en el Registro Oficial Suplemento No 796, de 25 de septiembre de 2012, sustituyéndose el término “demente” por el de discapacitado intelectual. Igualmente, la misma reforma se dio para el inciso final del Art. 256 del Código Civil que establece: “**Art. 256**.- A falta de madre, o si ésta hubiere fallecido, estuviere en interdicción o demente, la acción podrá intentarse, si el hijo fuere impúber, por el tutor, un curador especial o un curador ad - litem. Si fuere adulto menor de dieciocho años, la acción podrá intentarla el curador general, un curador especial o un curador ad - litem, los que procederán con asentimiento del hijo; y si éste fuere persona **con discapacidad intelectual o persona sorda**, que no pudiere darse a entender de manera verbal, por escrito o por lengua de señas, no será necesario su consentimiento” .

Esta terminología se ajusta mejor a principio de igualdad previsto en la Constitución, en el propio Código Civil ( Art. 45) y elimina la connotación discriminatoria que puede tener el término demente. Lamentablemente la reforma expresa en este sentido terminológico se dio solamente al mentado Art. 126, dejando a un lado el resto de referencias a la demencia. Tal vez podríamos entender que la disposición transitoria décimo tercera de la citada Ley Orgánica de Discapacidades ha derogado tácitamente el resto de referencias a la demencia cuando manda: “..13. Se reformará de la normativa nacional vigente aquellos términos peyorativos hacia las personas con discapacidad y se aplicarán los conceptos de la Constitución de la República.”. Sin embargo, las posteriores codificaciones del Código civil solo han recogido las derogatorias expresas.

Respecto a la actuación de los dementes, es necesario además observar que el Art. 486 del Código Civil consagra dos importantes presunciones como efectos directos de la declaratoria de interdicción por demencia: una de derecho, según la cual los actos del demente que ha sido declarado en interdicción son nulos y en ningún caso pueden validarse; y, la otra, una presunción legal según la cual los actos del demente que no ha sido declarado interdicto, son válidos mientras no se pruebe que sufría una enajenación mental durante su ejecución. Por ello, no basta recuperar la razón para que los actos del demente sean válidos sino que esta situación debe ser reconocida y declarada en providencia judicial y a partir de entonces serán válidos. Sin embargo, el Art. 530 del mismo cuerpo legal indica que la demencia del tutor o curador vicia de nulidad todos los actos que durante ella se hayan ejecutado, aunque durante su ejecución no hubieran sido declarados interdictos. El código Civil además establece, ciertas prohibiciones expresas para los dementes: prohibición de testar (Art. 1043 CC) y de ser testigos en testamentos solemnes ( Art. 1050), aunque dichas prohibiciones se infieren de la propia calidad de incapaz absoluto.

Los dementes no responden por sus actos ilícitos, pero será responsable su guardador en caso de negligencia y, por lo tanto, se le podrán reclamar los daños y perjuicios ocasionados por el delito o cuasi delito civil (Art. 2219 del código Civil)

En el ámbito penal, el Código Penal indica: “**Art. 34**.- No es responsable quien, en el momento en que se realizó la acción u omisión, estaba, por enfermedad, en tal estado mental, que se hallaba imposibilitado de entender o de querer. Si el acto ha sido cometido por un alienado mental, el juez que conozca de la causa decretará su internamiento en un hospital psiquiátrico; y no podrá ser puesto en libertad sino con audiencia del ministerio público y previo informe satisfactorio de dos médicos designados por el juez y que de preferencia serán psiquiatras, sobre el restablecimiento pleno de las facultades intelectuales del internado”. El mismo cuerpo legal establece que si la enfermedad mental disminuye a quien comete la infracción la capacidad para entender o la voluntad pero no lo imposibilita para hacerlo, es responsable pero la pena es atenuada” ( Art. 35)

2. Los impúberes : Según el Art. 21 del Código Civil, el hombre menor de catorce años y la mujer menor de doce años; Esta diferencia de edad, basada en el antiguo criterio de que la pubertad ocurre primero en la mujer y luego en el hombre, no es considerada por la moderna doctrina civilista ni de niñez y adolescencia, por lo que se puede establecer que ni en el Art. 2 ni en el Art. 3 del Código Niñez y Adolescencia se encuentra estipulado el término impúberes.

Hay que resaltar que este último cuerpo legal fue expedido como ley orgánica según su disposición transitoria Novena, que estipula: “El Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia deberá conformarse de acuerdo al presente Código y entrar en funcionamiento en el plazo máximo de noventa días contados **desde la publicación de esta Ley Orgánica** en el Registro Oficial, para lo cual los organismos competentes tomarán las medidas necesarias para su eficaz cumplimiento”, y en efecto, esta ley es indudablemente orgánica por su naturaleza jurídica y carácter de especial, ya que regula el ejercicio de derechos y deberes constitucionales y como tal, según la Constitución ( Art. 133 y 425) prevalece sobre las leyes ordinarias según el Art. 425 de la Constitución ecuatoriana, se concluye que existe una derogatoria tácita a lo establecido en el Código Civil. En virtud de lo anterior; la interdicción absoluta se da respecto de los niños, los que según el Art. 4 del Código Niñez y Adolescencia son los hombres y mujeres que no han cumplido doce años.

Los niños son, según el Art. 40 del Código Penal al igual que el Art. 66 del ya señalado Código Orgánico de Niñez y Adolescencia, absolutamente inimputables en el ámbito penal. En cuanto a su responsabilidad civil, según lo establecido en el Art. 2219 del Código Civil, los niños menores de siete años no son responsables civilmente ( al igual que los dementes) pero se puede reclamar daños y perjuicios ocasionados por sus actos ilícitos a sus guardadores en caso de negligencia; para los niños mayores de siete años igualmente, los responsables jurídicos de sus actos son sus progenitores o las personas que se encuentren a su cuidado, salvo que no hubieren podido impedir el acto, aunque los progenitores son siempre responsables serán siempre responsables de los delitos o cuasidelitos cometidos por sus hijas e hijos que no hayan cumplido la mayoría de edad, y que conocidamente provengan de la mala educación, o de los hábitos viciosos que les han dejado adquirir.( Arts. 2220 y 2221 del Código Civil)

3. La persona sorda que no puede darse a entender por ningún medio: cabe precisar que a esta persona con capacidades especiales al igual que al demente se necesita ponerle en interdicción, pero a diferencia de la situación del demente esto no significa que cuando ha ejecutado actos posteriores a la interdicción sean nulos si ya podía darse a entender por cualquier medio, es decir, para la persona sorda se establece una presunción legal después de la interdicción y esta afirmación se sustenta en que el Art. 491 del CC no se remite al Art. 486 del Código Civil. Cabe anotar que hasta antes de la vigencia de la citada Ley Orgánica de discapacidades, la incapacidad prevista en el Código Civil era para el sordomudo que no podía darse a entender por escrito, pero acertadamente, la citada ley especial reformó expresamente esta incapacidad, considerando que hay diversos medios para darse a entender, como son el lenguaje de señas,etc. La persona muda no tiene ninguna incapacidad legal.

* **Incapacidad Relativa**: Es aquella que sufren ciertas personas cuyos actos, en ciertas circunstancias y en determinados supuestos previstos por las leyes, pueden tener valor legal, por esto se dice que la ley a estas personas les concede cierto grado de capacidad. Sus efectos son la nulidad relativa en los términos del Art. 1700 del Código Civil.

Son incapaces relativos:

1.- Los menores adultos: según el Art. 21 del código Civil son la mujer mayor de doce años y menor de dieciocho años y el hombre mayor de catorce años y menor de dieciocho años. Para los “púberes o menores adultos” es posible celebrar ciertos actos jurídicos válidamente cuando están expresamente autorizados por la Ley, por ejemplo, consentir en su emancipación (Art. 309 del CC).

Sin embargo, debemos tener presente que también se aplica lo señalado en líneas anteriores sobre la derogatoria tácita por el Código de Niñez y Adolescencia para la categorización de los impúberes, por lo que actualmente debemos entender que incapaces relativos son los adolescentes: hombre y mujer menor de 18 años y mayor de 12 años. Así, en cuanto a la capacidad civil, se ha ampliado esta capacidad de conformidad con el Art. 65 del Código de Niñez y adolescencia pues, según este artículo el adolescente puede: “Art. 65.- Validez de los actos jurídicos.- La capacidad jurídica respecto a los actos celebrados por niñas, niñas y adolescentes se estará a lo previsto en el Código Civil, a excepción de los siguientes casos:

1. Los actos y contratos de los adolescentes que no han cumplido quince años, son relativamente nulos sin perjuicio de la validez que la ley confiera para la celebración de determinados actos;

2. Las personas que han cumplido quince años, además, tienen capacidad legal para celebrar contratos de trabajo según las normas del presente Código; y,

3. Para celebrar los actos y contratos que estén comprendidos en el objeto de una organización estudiantil, laboral, cultural, artística, ambiental, deportiva o vecinal, de las que sean personeros o legítimos representantes en el ejercicio de su derecho de asociación y cuya cuantía no exceda a dos mil dólares. Los adolescentes podrán ejercer directamente aquellas acciones judiciales encaminadas al ejercicio y protección de sus derechos y garantías. Los niños y niñas podrán pedir directamente auxilio para la protección de sus derechos cuando deban dirigir la acción contra su representante legal.”

 Además la Constitución del 2008 amplía también la capacidad del adolescente mayor de 16 años para intervenir activamente como ciudadano, con derecho a votar en forma facultativa. La opinión de los adolescentes (al igual que la de las niñas y niños) en los asuntos que les atañen debe ser siempre consultada según la misma Constitución ( Art. 45) y en concordancia, el Art. 60 del Código Orgánico de Niñez y Adolescencia también lo establece. Resulta interesante que para los casos de traslado del ejercicio de la tenencia de un progenitor a otro, o para la privación de la patria potestad, el criterio que emite el adolescente es obligatorio para el Juez, de conformidad con el Art. 106 del citado cuerpo legal.

 Pese a esta modificación en la capacidad, el adolescente ecuatoriano no puede todavía autorizar ningún acto relacionado con su propio cuerpo, a diferencia de lo que ha establecido la jurisprudencia extranjera con la denominada regla Gillick, según la cual un adolescente con conocimiento y voluntad suficiente puede, en los casos que así lo determine el juez especializado en la materia, consentir o negar válidamente en actos relacionados con su propio cuerpo como son cirugías, ingestión de anticonceptivos, entre otros.

 Por otra parte, el adolescente infractor no se somete a la justicia penal ordinaria sino que, para determinar su responsabilidad, debe ser juzgado por la Jueza o Juez de la Niñez y Adolescencia lo que se regula en los Artículos 305 y 306 del mismo código, y no recibe una pena sino una medida socio-educativa.

2. Disipador declarado en interdicción: disipador es aquel que malgasta, que dilapida; y para ser considerado como tal es necesario que el gasto sea habitual, desproporcionado ( todo su patrimonio) y además sin justa causa (Art. 466 CC).

Para que sea considerado incapaz relativo, el disipador debe ser declarado interdicto y su interdicción tiene iguales efectos que la de la persona sorda.

3. Otras personas declaradas en interdicción de administrar sus bienes: Además del disipador, los ebrios consuetudinarios, toxicómanos, insolventes y quebrados se hallan en interdicción de administrar sus bienes y, en armonía con lo dispuesto en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, son incapaces relativos. Sin embargo, sobre el insolvente (persona natural cuyos pasivos han superado sus activos y no ha podido satisfacer sus deudas) y el quebrado (persona jurídica cuyos pasivos han superado sus activos y no ha podido satisfacer sus deudas), es preciso observar que pese a la disposición legal, por la naturaleza misma de la prohibición, se trata más bien de una incapacidad particular, pues conforme al Art. 523 del Código de Procedimiento Civil, la interdicción se refiere sólo a los bienes que existen al momento del concurso de acreedores y, en cuanto a los bienes que el insolvente adquiera en lo posterior, el 50% para a la masa del concurso y el otro 50% será administrado por el propio fallido.

 Conviene precisar acerca de la interdicción del ebrio consuetudinario, que la habitualidad en la ebriedad o embriaguez, debe medirse respecto a las costumbres de cada país: se debe probar que el alcoholismo esta causando daño, detrimento al patrimonio de la persona y que le impide razonar sobre sus actos. Igual regla deberá aplicarse para el toxicómano, es decir, aquel que consume estupefacientes y sustancias sicotrópicas.

4. Las personas jurídicas.-

Nuestro Código Civil al definir a las personas colectivas sigue la teoría de la ficción y establece que la persona colectiva “no existe en la realidad, sino que se trata de una creación jurídica ideada por el legislador para satisfacer las necesidades de los seres humanos en el mundo de los negocios”[[8]](#footnote-8). Von Savigny la extrajo de los glosadores y Don Andrés Bello acogió esta teoría en la definición del Código Chileno que posteriormente copia el legislador ecuatoriano, por lo que el actual Art. 564 establece: **“Se llama persona jurídica una persona ficticia**, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente.

Las personas jurídicas son de dos especies: corporaciones, y fundaciones de beneficencia pública.

Hay personas jurídicas que participan de uno y otro carácter” **(las negrillas son nuestras).**

La persona jurídica es un incapaz relativo y como tal, los actos celebrados sin la actuación de su representante legal se encuentran viciados de nulidad relativa.

1. **Incapacidad Especial:** También llamada incapacidad particular o inhabilidad. Se refiere únicamente a ciertos actos jurídicos y, a diferencia de la incapacidad general, afecta a un sujeto capaz y se establece en beneficio de los terceros y no del propio incapaz. Existen múltiples ejemplos de este tipo de incapacidad no sólo en el Código Civil sino también en otras Leyes como la Constitución, el Código del Trabajo, etc. Así, podemos citar entre otros: la prohibición de que el extranjero trabaje en relación de dependencia sin previamente haber obtenido permiso expreso del Director Nacional de Trabajo y Recursos Humanos( Art. 560 del Código del Trabajo); la prohibición para ser Ministros de Estado a los parientes hasta el segundo grado de afinidad y cuarto grado de consanguinidad del Presidente o del Vicepresidente de la República ( Art. 152 numeral uno de la Constitución).

 En cuanto a sus efectos, dependen de la formulación o redacción de la norma que establece la incapacidad: así, si la norma jurídica es prohibitiva, se produce la nulidad absoluta como por ejemplo en el caso de la prohibición a los cónyuges de no celebrar contratos entre sí salvo el mandato y las capitulaciones matrimoniales( Art. 218 del Código Civil); en cambio, si la norma jurídica es imperativa negativa, el efecto será la nulidad relativa, como por ejemplo el caso del Art. 2048 del Código Civil: “Art. 2048.- No podrá el mandatario, por sí ni por interpuesta persona, comprar las cosas que el mandante le ha ordenado vender, ni vender de lo suyo al mandante lo que éste le ha ordenado comprar; si no fuere con aprobación expresa del mandante”.

REPRESENTACION DE LOS INCAPACES

Los incapaces para poder actuar en el mundo jurídico, deben hacerlo por interpuesta persona, es decir, mediante representante. En el caso de las personas individuales o naturales, los representantes de los menores de edad (niños y adolescentes) son los progenitores en ejercicio de la patria potestad. A falta de progenitores, y también para el caso de los demás incapaces, esta representación es confiada a los guardadores. Las guardas se clasifican en tutelas (menores de edad) o curatelas (demás interdictos).

Tanto las tutelas como las curatelas pueden ser testamentarias (señaladas en testamento), legítimas (conferidas por ley) o dativas (conferidas por la Jueza o Juez). Cabe indicar que en nuestra legislación, las guardas solo pueden ser ejercidas por personas naturales, a diferencia de otras legislaciones en que las personas jurídicas sin ánimo de lucro pueden ejercer este encargo siempre y cuando tengan en sus estatutos este objeto.[[9]](#footnote-9)

1. Tutelas. El cargo de tutor puede ser ejercido en general por todas las personas capaces, salvo aquellas que expresamente prohíbe la ley, y es obligatorio, salvo para aquellas personas a quienes permite excusarse el Código Civil (Art. 533 del código Civil ).

Así, están prohibidos de ejercer el cargo de tutor, pese a ser legalmente capaces, las siguientes personas: el padrastro ( se entiende también que la madrastra) por su entenado/a; los acreedores o deudores del pupilo, salvo que hayan sido nombrados por testamento y el testador, con conocimiento de dicha deuda, los haya nombrado, y el que disputa el estado civil al pupilo. Tampoco pueden ejercer la tutela los miembros de la Policía ni de las Fuerzas Armadas en servicio activo, inclusive los comisarios, médicos, cirujanos y demás personas adictas a los cuerpos de línea o a las naves del Estado; ni las personas que tienen que ejercer por largo tiempo, o por tiempo indefinido, un cargo o comisión pública, fuera del territorio ecuatoriano. Por otra parte, quien haya ejercido la tutela o curatela del pupilo por más de diez años puede excusarse de seguirla ejerciendo salvo que se trate de sus ascendientes.

 El cargo de tutor es recompensado con la décima parte de los frutos de los bienes pupilares que administre, pero si el pupilo carece de bienes, debe ejercerlo en forma gratuita. En general empleará en la administración de estos bienes, el cuidado de un buen padre de familia.

 El Juez podrá establecer, en la resolución por la que se constituya la tutela, o en otra posterior, las medidas de vigilancia y control que estime oportunas, en beneficio del tutelado. Asimismo podrá, en cualquier momento, exigir del tutor que informe sobre la situación del pupilo y del estado de la administración. Después del discernimiento, que es el decreto por el cual se nombra tutor a una persona, el Juez exigirá que se forme un inventario solemne de los bienes de pupilo. Todo tutor está obligado a rendir fianza que asegure el cumplimiento de sus obligaciones y será el Juez que efectúe el discernimiento quien determinará la modalidad y cuantía de la misma. Solo están exceptuados de rendir fianza las personas expresamente exoneradas por el Art. 400 del Código Civil, es decir, en lo aplicable al tutor: Los ascendientes y, cuando el pupilo tuviere pocos bienes, el tutor que sea una persona de conocida probidad y de suficientes facultades para responder de ellos.

 La tutela se ejercerá bajo la vigilancia del Ministerio Público, que actuará de oficio o a instancia de cualquier interesado, en especial del pupilo. En cualquier momento podrá exigir del tutor que le informe sobre la situación del pupilo y del estado de la administración de la tutela. El “menor adulto” ( es decir el adolescente) puede insinuar a quien quiere que sea su tutor al Juez y éste tiene la obligación de aceptarlo si es persona idónea (Art. 459 CC)

Sin perjuicio de lo anotado, se exige además la autorización judicial expresa para las siguientes actuaciones del tutor:

* Para contraer matrimonio con el pupilo (Art. 90 del Código Civil), sin que previamente la cuenta de la administración haya sido aprobada por el juez, con audiencia del ministerio público. Igual inhabilidad se extiende a los descendientes del tutor para el matrimonio con el pupilo o pupila. El matrimonio celebrado en contravención a esta disposición sujetará al tutor o curador que lo haya contraído o permitido, a la pérdida de toda remuneración que por su cargo le corresponda, sin perjuicio de las otras penas que las leyes le impongan.
* Para enajenar o gravar bienes inmuebles, objetos preciosos y valores mobiliarios de los pupilos, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. En estos casos la autorización judicial solo puede darse por causa justa o de utilidad manifiesta, como por ejemplo cuando el precio obtenido por los bienes sirven para cubrir una deuda impagable de otra manera o cuando hay peligro de ruina en un bien inmueble del pupilo.
* Para repudiar la herencia del pupilo, aceptarla sin beneficio de inventario ( en estos casos el juez deberá motivar en justa causa su autorización).
* Para proceder a la partición de la herencia (1343 CC) o división de los bienes que el pupilo posee pro indiviso.
* Para arrendar predios rústicos por tiempo superior a ocho años y predios urbanos por más de cinco años. De cualquier manera el tutor NO PODRA JAMAS arrendar el mismo estos bienes
* Para ejecutar cualquier acto o contrato en que directa o indirectamente tengan interés el tutor, o su cónyuge, o cualquiera de sus ascendientes o descendientes, o sus padres o hijos, o sus hermanos, o sus consanguíneos o afines hasta el cuarto grado inclusive, o alguno de sus socios de comercio, o le autorizarán los otros tutores o curadores si los hubiera (Art. 437 del Código Civil).
* Para reembolsarse los gastos que haya realizado en beneficio del pupilo con los intereses corrientes de ley, pero en caso de que existan, le autorizarán los otros tutores o curadores si los hubiera.
* Si el pupilo fuere deudor del tutor de alguna especie, raíz o mueble, a título de legado, fideicomiso, o cualquier otro, será preciso que la posesión de ella se dé al tutor o curador por los otros tutores o curadores generales, o por el juez, en su falta.

Antes de autorizar o aprobar cualquiera de estos actos, el Juez oirá al tutelado, de conformidad con lo prescrito en el Art. 45 de la Constitución y Art. 60 del código de Niñez y Adolescencia que consagra el derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser escuchados en todos los asuntos que les atañen, y recabará los informes que le sean solicitados o estime pertinentes.

En cuanto a las obligaciones del tutor en relación al tutelado, debe velar por su integridad física y sus bienes, por lo tanto son las siguientes:

* Procurarle alimentos.
* Educar al pupilo y procurarle una formación integral, proveyendo de los bienes del pupilo para su educación y cuidado.
* Informar al Juez periódicamente sobre la situación de su pupilo.

Las circunstancias por las que la tutela queda sin efecto y se extingue son las siguientes:

* Cuando el pupilo de edad cumple los dieciocho años, a menos que con anterioridad hubiera sido judicialmente declarado en interdicción por alguna incapacidad diferente a la originada en la minoría legal de edad.
* Por la adopción del tutelado en los términos del Art. 160 del Código de Niñez y Adolescencia, es decir…” una vez que haya cesado legalmente de su cargo y se hayan aprobado judicialmente las cuentas de su administración”
* Por fallecimiento del tutelado
* Por remoción judicial del cargo del tutor decretada por alguna de las causas previstas en el Art. 558 CC
* Cuando habiéndose originado por privación o suspensión de la patria potestad, el o la titular de ésta la recupere.
* Al dictarse la resolución judicial en virtud de la cual se sustituye la tutela por la curatela.

El tutor al cesar en sus funciones deberá rendir la cuenta general justificada de su administración ante la Jueza o Juez que lo nombró.

2. Curatela. La diferencia entre las tutelas y curatelas tiene mas bien un origen histórico, en el Derecho Romano, cuando la tutela apuntaba a la defensa de la persona del incapaz, en cambio que la curatela se orientaba mas bien a los bienes. Hoy en día casi existe un consenso doctrinario en que la distinción debería suprimirse.[[10]](#footnote-10) A diferencia de las tutelas, las curatelas pueden darse solo a favor del patrimonio como son las de la herencia yacente, de los bienes del ausente o de los derechos patrimoniales del nasciturus) sin que impliquen la obligación de velar por la persona y admiten división ( interinas, para el pleito, generales). Para todo lo demás, las curatelas siguen en general las mismas reglas que hemos enunciado para las tutelas ( en especial en lo referente a las obligaciones, excusas, inhabilidades y prohibiciones), y en lo que se refiere a las curatelas de los incapaces, se establecen solo algunas normas específicas para determinadas incapacidades, como son por ejemplo, las relativas a la curatela del disipador, en donde se observa que el disipador conservará siempre su libertad, y tendrá la facultad de manejar para sus gastos personales la libre disposición de una cantidad de dinero, proporcionada a sus facultades, y señalada por el juez. De ahí que sólo en casos extremos podrá ser autorizado el curador para proveer por sí mismo a la subsistencia del disipador, procurándole los objetos necesarios, a diferencia del tutor que siempre debe proveer de lo necesario para la subsistencia del pupilo.

Igualmente, el curador del demente requiere de autorización judicial expresa para internar o aislar al incapaz.

3. Representación de la Persona Jurídica.- Al igual que los seres humanos, las personas colectivas necesitan de la capacidad jurídica como requisito “sine qua non” para poder relacionarse con otros sujetos de Derecho, en la adquisición derechos y el cumplimiento correlativo de las obligaciones. Por el solo hecho de existir tienen capacidad de goce pero, en nuestro ordenamiento jurídico, al ser declarados incapaces relativos por el Código Civil (Art. 1491) no tienen capacidad de ejercicio y por lo tanto, no pueden obrar o actuar sino mediante representante legal, ya sea judicial o extrajudicialmente (Art. 564 inciso primero CC).

 Cabe señalar que esta es la consecuencia de que nuestro sistema siga la teoría de la ficción para definir a la persona colectiva, pero de ser efectivamente así, el representante no debería pedir autorización ni rendir cuentas al representado de sus actos, como sucede con los demás incapaces relativos, lo cual en el caso de las personas jurídicas deviene en una falsedad, pues el representante en la toma de decisiones debe obrar con autorización de la persona jurídica emitida a través del correspondiente órgano, al cual además deberá rendir cuentas al finalizar su gestión.

 Por último, la doctrina sostiene que la capacidad de las personas colectivas debe relacionarse siempre con el principio de especialidad, es decir que ninguna persona jurídica puede realizar actos ajenos al objeto de su institución, entonces por ejemplo, una compañía de seguros no puede dedicarse válidamente a realizar actividades bancarias y si el representante de la persona jurídica al realizar un acto se excede de las facultades que se le confiaron mediante los estatutos dentro de los objetivos de la persona colectiva, se obliga por sí mismo. Así, este principio de especialidad se puede observar en las sociedades mercantiles que deben contener siempre en los estatutos el objeto al cual se van a dedicar y se desprende de la lectura del Art. 571 del código Civil: “Los actos del representante de la corporación, en cuanto no excedan de los límites del ministerio que se le ha confiado, son actos de la corporación. En cuanto excedan de estos límites, sólo obligan personalmente al representante”. El Art. 581 manda que se aplique lo establecido en el Art. 571 para las fundaciones. Cabe señalar que también los estatutos de las corporaciones y fundaciones deben contener en forma precisa el objeto al cual se van a dedicar, de conformidad con lo establecido en el “Reglamento para la aprobación del estatuto de las personas jurídicas de derecho privado con finalidad social” (corporaciones o fundaciones) publicado en el RO # 337 del 11 de junio de 1998, norma cuya denominación mediante el decreto ejecutivo D.E. 610 (R.O. 171, 17-IX-2007) se sustituyó por la de “Reglamento para la aprobación de estatutos, reformas y codificaciones, liquidación y disolución, y registro de socios y directivas, de las organizaciones previstas en el Código Civil y en las leyes especiales”.

Es importante indicar que el Estado Ecuatoriano, tiene personalidad jurídica propia, que es indiscutible pese a que no conste expresamente en ninguna ley aunque se desprenda en varias disposiciones de la Constitución vigente (Arts. 1,3, 4 entre otros), del Código Civil que impropiamente le denomina Nación (Art. 566 inc. 2do), de la Ley Orgánica del Ministerio Público, Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, entre otras.

Como toda persona Jurídica, el Estado necesita de un ser humano o persona física que lo represente. Este representante estatal es uno en las relaciones internacionales y otro al interior de las fronteras.

En materia internacional, el representante del Estado es el Presidente de la República y el Ministro de Relaciones Exteriores, representación que es delegable.

En el Derecho Interno, para toda clase de actos o contratos, el representante del Estado es también el Presidente de la República, representación que la ejerce mediante delegación los diferentes Ministros o Secretarios de Estado de acuerdo a la materia que se trate.

En cuanto a la representación judicial del Estado, es ejercida por el Procurador
General del Estado (Art. 237 de la Constitución), quien puede también delegarla ( Art. 2 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado). Entre sus facultades está cumplir con las diligencias o actuaciones procesales necesarias en la defensa del Estado o sus entidades, organismos o dependencias del sector público, como son presentar demandas y contestarlas, recibir citaciones y notificaciones, entre otras. Además, el Procurador General del Estado puede contratar abogados en libre ejercicio profesional que asuman la
defensa administrativa o judicial de los derechos o intereses estatales para cualquier caso puntual.

**OBJETOS DEL DERECHO**

**Derechos Reales.**

Constituye la especie principal dentro del género de los derechos patrimoniales, pues estos constituyen aquellos que crean entre la persona y la cosa una relación directa e inmediata, de modo que el sujeto puede obtener provecho del objeto, sin intervención de otra persona.

Se llama derecho real para diferencial del derecho personal que es el sujetopasivo del derecho y que da la facultad para obligar individualmente a una prestación; mientras el derecho real es aquel que da la facultad de sacar de una cosa cualquiera un beneficio mayor o menor.

Las Principales Teorías Sobre la Ubicación del Derecho de Cosas Conciben:

**La teoría clásica o dualista.-** Manifiesta que existe una sustancial diferencia entre los derechos personales y los reales cuyo principal exponente es Demolombe quien afirma que es difícil dar un concepto de derecho real sin oponerlo al derecho personal.

**La teoría monista.-** Sostiene que todos los derechos patrimoniales son personales o creditorios y que la concepción de Demolombe no puede aceptarse porque en su distinción no utiliza el mismo criterio, mientras en el derecho real tiene en cuenta el aspecto económico, en el derecho personal lo hace desde el aspecto jurídico.

**La teoría personalista u obligacionista.-** Liderada por Planiol y cumplimentada por Kant, en 1797, criticó a las dos teorías (dualista y monista) argumentando que la relación jurídica sólo se da entre personas y no entre una persona y una cosa. Savigny y Freitas, fueron los iniciadores de esta teoría pero fue Planiol quien formuló con más profundidad y claridad la crítica a la teoría dualista liderada por Demolombe.

**La tesis unitaria realista.-** Tiende a objetivar el concepto de obligación, fundiendo todos los derechos personales dentro de la categoría de los derechos reales. Fue Saleilles “quien al pretender objetivizar la obligación dando prevalencia al elemento prestación sobre el elemento personal, da pábulo a que se conciban los derechos creditorios como una relación entre patrimonios, lo que quedaría evidenciado en el proloquio según el cual "el patrimonio es la prenda común de los acreedores”[[11]](#footnote-11)

**La teoría de la institución.-** Constituye un esfuerzo de sistematización que excede el capo de los derechos reales, ubicándole en campo de la filosofía del derecho al sostener que se puede discutir su valor pero lo demás no se puede descuidar. Hauriou, uno de los más destacados defensores de esta teoría sostiene: “La institución no es presentada como una unidad sino como una gama infinita y no uniforme de fenómenos de densidad variable. Así como hay grados de desarrollo de los seres físicos, así los hay en los seres sociales. Las instituciones se escalonan como los seres vivos en biología, sobre las diversas especies de una jerarquía ascendente.”[[12]](#footnote-12)

**La tesis ecléctica.-** Pretende recoger los más importantes ingredientes de las otras teorías pero que termina reconociendo la concepción clásica, manifestando que "Hay derecho real cuando una cosa se encuentra sometida total o parcialmente, al poder de una persona, en virtud de una relación inmediata oponible a toda otra persona"

**La teoría que acepta la existencia de un sujeto pasivo.-** Concibe que existe un sujeto pasivo determinado identificándolo en los derechos que tienen por objeto una cosa ajena, con el propietario de la misma, desplazando el indeterminismo del sujeto pasivo en los derechos reales.

Domenico Barbero y Giorgianni en Italia, propugna una división tripartita. Barbero clasifica las posiciones jurídicas activas en, derechos, garantías y créditos con lo cual reagrupa los derechos subjetivos. El derecho lo considera como una posibilidad de actuar; el crédito confiere una expectativa y las garantías no son más que el reforzamiento de esa expectativa.

Giogianni clasifica en derechos de obligación, de goce y de garantía.

En la actualidad, nadie discute que el derecho real se manifiesta como un poder que se ejerce sobre la cosa y frente a las demás personas y de ello se genera la relación jurídica entre persona y cosa y las tesis anteriores, sólo han mirado el aspecto interno o el aspecto externo de los derechos reales.

Nuestra legislación que tiene sus raíces en la legislación francesa y la doctrina de Savigny, recoge la concepción de la voluntad individual que actúa el derecho objetivo; el derecho objetivo es la entidad en potencia y la voluntad le pone en movimiento, actúa sobre él.

Partiendo de esta concepción personalista, encontramos dos elementos: al sujeto activo o la persona que es la titular del derecho y al objeto que constituye la cosa.

**Naturaleza y Características.-**

* El titular de un derecho real tiene la posibilidad de dirigir la voluntad en forma positiva o negativa y su situación jurídica es siempre estática por que las cosas permanecen en el tiempo pese a la inactividad del titular, mientras en el derecho personal se agota con su ejercicio, es por tanto, dinámico.
* Como característica trascendental encontramos el principio de taxatividad, que está delimitado por la ley, tanto en sus instituciones, como en sus formas de adquisición, atribuciones, deberes y facultades de sus titulares.
* El ejercicio del derecho real se realiza frente a todos y es oponible erga omnes.
* La autonomía de la voluntad sólo tiene cabida en la medida en que la ley lo admite, siempre y cuando los principios de orden público, interés social y general no sufren detrimento.
* La eficacia de la protección de los derechos reales permite la persecución a terceros, como el derecho de hipoteca.
* La publicidad es presupuesto de la oponibilidad y esto se logra con el registro.
* El derecho real por su naturaleza goza del ius preferendi, o sea, que tiene preferencia frente a cualquier otro derecho que sobre la misma cosa se constituya con posterioridad.

**Derechos Reales de Dominio.**

El derecho real de dominio es la potestad o señorío que tiene una persona sobre una cosa corporal determinada para usar, gozar y disponer a su arbitrio, con las limitaciones de la ley, el interés general, social, ambiental y público. (Arts. 66.26 y 321 Const.) *Este derecho cuando es perfecto y completo encierra todos los otros derechos reales que son simples emanaciones de éste.[[13]](#footnote-13)*

Nuestra legislación usa como sinónimos al dominio y a la propiedad, pero esta última, tiene una aplicación más amplia porque abarca otros bienes y derechos como la propiedad intelectual, artística o industrial, mientras el dominio se contrae a la titularidad sobre un bien corporal.

“La propiedad”, como derecho subjetivo privado, cumple con la función de dar al individuo la posibilidad de procurarse los medios económicos para desplegar su *propia personalidad humana”[[14]](#footnote-14)*. Según Vittorio Scialoja, es el derecho real en virtud del cual una cosa, como pertenencia de una persona, está enteramente sujeta a su voluntad dentro de los *límites* provenientes de la ley o de la concurrencia de derechos ajenos.”[[15]](#footnote-15)

En la doctrina y en la legislación se han producido intensas discusiones sobre la terminología de las cosas, así, según el profesor Arturo Valencia Zea, “Las cosas, además de su corporeidad y de su apropiación, han de reunir el requisito de una existencia autónoma e individualizada”[[16]](#footnote-16); mientras los bienes, son o pueden ser objetos “susceptibles de procurar al hombre una utilidad exclusiva y de llegar a ser objeto de un derecho de propiedad”[[17]](#footnote-17).

Si bien todos los bienes son cosas, no todas las cosas son bienes v. gr. El aire, el sol, etc. Los bienes son valores agregados a las cosas y éstas son todo aquello que existe, independientemente de su utilidad jurídica.

Tampoco son bienes los derechos porque en éstos se incluyen ciertos atributos que no siempre prestan una utilidad o que mantienen la dependencia respecto de una persona, v. gr. La patria potestad y el honor.

La palabra bienes propiamente no se registra en los códigos civiles, más bien se refiere a cosas, como concepto opuesto de personas y para comprender las más variadas realidades imaginarias al margen de que sean susceptibles o no de apropiación.

**Modos de Adquirir.**

“Se llaman *modos de adquirir* los derechos reales, los hechos jurídicos a los que la ley atribuye el efecto de producir la adquisición de aquellos. “Consiste en los actos jurídicos o hechos jurídicos por medio de los cuales las personas pueden obtener la titularidad de los bienes”[[18]](#footnote-18)

Tales hechos pueden ser de cualquier índole: bien simples hechos naturales (como el aluvión o el cambio de cause de un río, que convierten al propietario de la finca ribereña en dueño de lo sedimentado o del cauce seco), bien actos o negocios jurídicos (como la ocupación con ánimo de adquirirla, de una cosa sin dueño, o la entrega que se nos hace por el vendedor del objeto que le compramos)[[19]](#footnote-19).

En cuanto a los modos de adquirir el dominio, estos pueden ser, originarios y derivativos “El modo de adquisición es originario cuando el derecho de propiedad surge directamente en la persona de su titular; por consiguiente, hay creación de un derecho de propiedad que no existía. Es el caso de la ocupación de la *res nullius*.

Cuando el derecho de propiedad pasa de una persona a otra, el modo de adquirir es *derivativo*; no existe entonces creación, sino transmisión de un derecho de propiedad. La sucesión, la compraventa, la donación, etcétera, son modos derivativos de adquirir.”[[20]](#footnote-20)

Estas formas derivadas de la transmisión del dominio pueden ser a su vez voluntarias del propietario o al margen de su voluntad. “La propiedad puede transmitirse *al margen de la voluntad del propietario.*

Ocurre así en el caso de sucesión ab intestato: desde el instante del fallecimiento, el heredero es de pleno derecho el propietario de los bienes de la sucesión, con exclusión de la voluntad del *de cuyus.*”[[21]](#footnote-21)

* Universales y particulares, según que la adquisición recaiga sobre todo un patrimonio o ciertas partes de él o sobre un derecho o varios singularmente considerados.
* Onerosos y gratuitos;
* Mortis causa o inter vivos.

**La Ocupación.**

“Es la toma de posesión de una cosa mueble no poseída, sin dueño, y con ánimo de hacerla nuestra.”[[22]](#footnote-22) Se aplica a las cosas que no tienen dueño.

**La Accesión.**

Es un modo de adquirir el dominio por el cual el dueño de una cosa pasa a serlo de lo que ella produce o de lo que a ella se junta. Es el hecho de pasar a ser propiedad de otro derecho por incorporación a la cosa madre o a la más importante.

**La Tradición.**

Constituye un acto jurídico real, autónomo y abstracto, mediante la cual, se realiza la entrega voluntaria de la cosa por parte del tradens o propietario que se desprende voluntariamente de una cosa que le pertenece a favor del accipiens o el que recibe. Es la entrega que se realiza con el ánimo de enajenar

Este acto por su naturaleza está desvinculado de la causa y tiene lugar en distintos momentos y a través de actos diferentes. Así el enajenante cuando entrega la cosa cumple con la obligación constituida en el título; sin embargo, cuando se celebra un contrato con el fin de transmitir un derecho real, éste viene a convertirse en la causa necesaria para que tenga eficacia traslativa de dominio.

“La doctrina está en condiciones de diferenciar entre el acto de obligación y el acto de disposición; el primero tiene como fuente el contrato o negocio causal y el segundo puede adquirir –según el derecho positivo lo establezca- el carácter abstracto cuyo efecto se traduce en la transmisión de la propiedad”.[[23]](#footnote-23)

El título, constituye el *acto causal* que es la fuente del derecho, la razón de ser del desplazamiento o emplazamiento patrimonial; el modo, o *acto de obligación* es el hecho al que la ley le atribuye el efecto de materializar en forma ostensible e indudable el desplazamiento patrimonial determinado por el título, en virtud del cual se establece la existencia del derecho; la transferencia de dominio es un *acto dispositivo* que se realiza en el contrato o acto de obligación; y, la tradición o *enajenación* constituye el acto jurídico real, abstracto, mediante el cual se publicita la transferencia del dominio y su consecuente entrega de la cosa. Estos presupuestos sustentan nuestro derecho a ser oídos en esta causa.

**Requisitos:** a) que sea hecha voluntariamente por el propietario o su representante; b) que éste tenga capacidad para enajenar y el que reciba tenga capacidad para adquirir; c) que la transmisión se haga por título suficiente para transferir el dominio; y, d) Que se observen las solemnidades previstas para cada una de las formas de tradición.

Pese a que nuestro código civil refiere a la capacidad (686), no siempre es necesaria aquella condición del *accipiens,*  puesto que la tradición no es un contrato, sino el cumplimiento de algún contrato, por lo que bien puede hacerlo un incapaz.[[24]](#footnote-24)

**Momento de la Tradición.-**  La tradición generalmente no se realiza en el mismo momento del título, pues cuando se celebra el contrato, lo único que se adquiere es el boleto para adquirir la cosa pactada con anterioridad. No se puede exigir una nueva tradición cuando ya ha mediado ésta, v. gr. Si se inscribe un contrato en el Registro de un cantón donde está ubicado el inmueble y luego dicha superficie se incorpora a otro cantón.

No es lo mismo la obligación del Art. 703 del Código Civil en la que forzosamente debe inscribirse en cada uno de los cantones donde se encuentra el inmueble.

La sola entrega simbólica no conlleva la tradición, es decir, con la sola inscripción no se producido realmente la tradición, pues a ésta debe agregarse la entrega material dejándolo la cosa a disposición del nuevo propietario.

**La Sucesión por Causa de Muerte.**

Es un derecho real derivado mediante el cual, los bienes de la persona que muere se transmiten a favor de otras personas vivas. No constituye la continuación de la personalidad del causante ni es el hecho de colocarse en el lugar de otro que concebían los romanos. El primitivo núcleo romano no conoció la propiedad privada ni el derecho hereditario y concebían que todos los miembros de una sociedad o gens se creyeran salidos del antepasado común.

**La Prescripción**.

“Es un modo de adquirir los derechos reales ajenos, o de constituir derechos reales sobre bienes ajenos, mediante la posesión de las cosas, por el tiempo y con los requisitos legales”[[25]](#footnote-25)

Para que proceda este tipo de acciones, se requiere como requisitos según jurisprudencia de triple reiteración de la Corte Suprema de Justicia:

* Que el bien objeto de la prescripción esté dentro del comercio humano o que no esté especialmente exceptuado si se trata de otra clase de derechos reales;
* Que sea alegada por el poseedor mientras se halla en el ejercicio de ésta;
* Que el tiempo de la posesión para la prescripción extraordinaria de dominio sea de quince años;
* Que no haya sufrido interrupción natural o civil; y,
* Que en tratándose de la posesión material esta no sea viciosa, esto es, violenta o clandestina (G.J. No. 2, s. XVII, p. 393).

A estos cinco requisitos que la Corte Suprema de Justicia ha determinado como presupuestos para la procedencia de acción de dominio por prescripción adquisitiva extraordinaria, se debe agregar un sexto elemento que es la singularización de la cosa previo al ejercicio de la acción, pues consideramos forzoso y obvio que quien dice estar en posesión de un predio, determine con precisión linderos, longitud, variantes y superficie, la que sólo cabe luego de una inspección judicial como acto preparatorio.

**Los Títulos.**

Título es el instrumento a través del cual se realiza la adquisición o titularidad del derecho y se materializa el modo de adquisición. Es la forma contractual o legal que genera un derecho y/o una obligación. El Dr. Juan Larrea Holguín nos ilustra:

* “En términos generales se llama título a la causa remota y modo a la causa próxima de la adquisición.
* El título da derecho a adquirir, prepara la adquisición que se consuma o ejecuta con el modo;
* El título origina un derecho subjetivo y personal, con la correlativa obligación de otro;
* Cuando la obligación se cumple mediante el modo, el titular se hace dueño, adquiere.
* El título es como la justificación profunda de la adquisición.

Quien tiene un título, un justo título, puede adquirir; tiene acceso al derecho y llegará jurídicamente a ser titular o sujeto del derecho si se emplea el modo correspondiente.

El modo, como causa próxima, actúa, da actualidad o eficacia al título.

Muchas veces el modo hace también de forma, reviste de la debida solemnidad al acto por el cual se adquiere.

En el campo de las obligaciones o derechos personales, el título basta para transferirlos, pero en el campo de los derechos reales, el título origina solamente una obligación y es el modo el que hace adquirir el derecho.”[[26]](#footnote-26)

**Títulos Constitutivos del Dominio.**

Son formas que la ley ha previsto como justo título para adquirir el dominio de una cosa corporal y estas son: La ocupación, la accesión y la prescripción (Art. 718 inc. 2 cc).

El justo título es la causa que conforme a la ley sustenta la convicción del poseedor para creerse tal y que constituye el elemento suficiente para ser reconocido como titular del derecho real.

**Títulos Traslativos de Dominio.**

Son medios o caminos que la ley ha previsto para derivativamente obtener un título nuevo que antes no lo tenía. Entre los títulos traslativos de dominio tenemos entre otros, la Venta; b), la Permuta; y, c) la donación entre vivos.

**El Registro.**

Es una institución municipal dedicada a inscribir la titularidad y anotar las situaciones jurídicas de los inmuebles y derechos reales de dominio con el objeto de servir de medio de de tradición, dar publicidad de los contratos y actos traslaticios del dominio y sus limitaciones y gravámenes y garantizar la autenticidad y seguridad de los títulos y documentos a registrarse.

Según la disposición del Art. 15 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos públicos, el objeto, en general del registro, es llevar la información de modo digitalizado, con soporte físico. En el caso del Registro de la Propiedad llevará el registro bajo el sistema de información real, personal y cronológica

**Folio Personal.-** (Art. 16 LSNRDP) Es el sistema de anotación de hechos y actos jurídicos que se lleva de acuerdo a la persona que los causa o sobre quien recae. En este sistema la o el responsable del registro procederá a registrar: nombres, apellidos y datos del titular de la información y en el caso del registro de la propiedad, la descripción del inmueble, las titularidades concatenadas de dominio o condominio, y el título causal, los gravámenes, interdicciones y sus cancelaciones, las constancias de solicitudes de certificados; y en el caso de registro mercantil y civil, el nacimiento o creación de la persona, todas las modificaciones del estado civil o societarias y su muerte o extinción.

**Folio Real.-** (Art. 17 LSNRDP) Es el sistema de anotación de actos jurídicos que se llevan de acuerdo al objeto del que trata el registro. La información consistirá en la descripción del inmueble o mueble, las titularidades concatenadas de dominio o condominio, nombres, apellidos y datos de la o el titular y el título causal, los gravámenes, interdicciones y sus cancelaciones, y las constancias de solicitudes de certificados.

**Folio Cronológico.-** (Art. 18 LSNRDP) Es el registro de los títulos, actos y documentos cuya inscripción se solicita, que se efectúa de acuerdo al orden en que esta petición ocurre. Este sistema incluye al menos un libro índice y un repertorio, en ellos se asentarán todos los datos referentes a la persona, inmueble o mueble, las titularidades concatenadas de dominio o condominio, nombres, apellidos y datos de la o el titular y el título causal, los gravámenes, interdicciones y sus cancelaciones, y las constancias de solicitudes de certificados; así como en el caso de las personas jurídicas las modificaciones y todo acto societario que se presente.

El Art. 19 de la Ley del Sistema Nacional de Registro Públicos establece que el Registro de la Propiedad, de conformidad con la Constitución de la República, será administrado conjuntamente entre las municipalidades y la Función Ejecutiva a través de la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos. Por lo tanto, el Municipio de cada cantón o Distrito Metropolitano se encargará de la estructuración administrativa del registro y su coordinación con el catastro. La Dirección Nacional dictará las normas que regularán su funcionamiento a nivel nacional.

Los Registros de la Propiedad asumirán las funciones y facultades del Registro Mercantil, en los cantones en los que estos últimos no existan y hasta tanto la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos disponga su creación y funcionamiento. Las Registradoras o Registradores de la propiedad deberán ser de nacionalidad ecuatoriana, abogadas o abogados y acreditar ejercicio profesional por un período mínimo de 3 años y los demás requisitos que la ley prevé para el ejercicio del servicio público y Ley del Registro. El concurso de méritos y oposición será organizado y ejecutado por la municipalidad respectiva con la intervención de una veeduría ciudadana. Una vez concluido el proceso, la Alcaldesa o Alcalde procederá al nombramiento del postulante que mayor puntuación hubiere obtenido, por un período fijo de 4 años, quien podrá ser reelegida o reelegido por una sola vez.

Las Registradoras o Registradores podrán ser destituidas o destituidos de sus cargos por incumplimiento de las funciones registrales debidamente comprobado, de conformidad con la presente ley, su reglamento y las demás normas que regulen el servicio público. También podrán ser destituidos en los casos en los que impidan o dificulten la conformación y funcionamiento del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, de conformidad con el reglamento de la presente ley.

De acuerdo con la Constitución del 2008, desarrollada normativamente en el Código Orgánico de Organización Territorial:

Art. 142.- Ejercicio de la competencia de registro de la propiedad.- La administración de los registros de la propiedad de cada cantón corresponde a los gobiernos autónomos descentralizados municipales.

El sistema público nacional de registro de la propiedad corresponde al gobierno central, y su administración se ejercerá de manera concurrente con los gobiernos autónomos descentralizados municipales de acuerdo con lo que disponga la ley que organice este registro. Los parámetros y tarifas de los servicios se fijarán por parte de los respectivos gobiernos municipales.

Concordancias: CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR 2008, Arts. 265

Por tanto los Registro de la Propiedad son administrados, actualmente, por los gobiernos autónomos descentralizados municipales y el registrador es un funcionario público que no tiene las características de fedatario que le confería anteriormente la ley.

I.- Regla de la especialidad. Esto significa que únicamente se inscriben los dados relacionados con inmuebles por naturaleza, es decir tierras y únicamente se inscribe la propiedad privada y los demás derechos reales inmobiliarios: usufructo, hipoteca, etc, como la situaciones jurídicas que los graven o los limiten (embargos, prohibiciones de enajenar, etc)

II.- El principio de inscripción como acto constitutivo, lo cual enseña que la transmisión de la propiedad inmueble y los demás derechos inmobiliarios únicamente se constituyen o perfeccionan por la inscripción del título o instrumento que da fe de ellos. En general aquellos derechos sólo tienen existencia registral: al margen del registro el derecho carece de una existencia completa.

El normal desarrollo del principio de la inscripción como acto constitutivo, envuelve la aplicación de estos otros cuatro principios: el de rogación, el de prioridad registral, el de legalidad del documento o título que se inscribe y el de tracto sucesivo.

1° La rogación enseña que la labor del registrador no se desarrolla de oficio, sino a petición de parte. Es necesario que alguien solicite la inscripción mediante la presentación a la oficina del registro, del respectivo título o documento.

2° La prioridad registral es la regla que ordena que el registrador debe hacer las inscripciones según el orden en que le sean solicitadas, es decir que no se pueden alterar los turnos.

3° la legalidad del documento o instrumento indica que el registrador debe examinar y calificar tanto el documento como el respectivo folio registral; y solo cuando la inscripción se ajuste a la ley, la autoriza, en caso contrario la niega. Sin el principio de legalidad o sea la función calificadora de los registradores, es imposible un sistema técnico de registro inmobiliario

4° El tracto sucesivo hace referencia al conjunto de inscripciones efectuada en el folio real. Cada inscripción debe ser derivación de la anterior, y así sucesivamente, en lo relativo a la titularidad del derecho que se transmite.

III El principio de publicidad de las inscripciones indica no sólo el hecho de que el registro debe ser público, o sea conocido por los demás, sino especialmente que cada inscripción es exacta y en ella puede confiar quien pretende adquirir la propiedad de quien aparece regularmente inscrito. En el derecho moderno registral la publicidad se desarrolla mediante la aplicación de estos dos principios: el de la legitimidad registral y el de la fe pública del registro

La legitimidad registral consiste en presumir que el derecho inscrito existe en favor de quien aparece anunciado como tal y el cancelado se encuentra extinguido.

La fe pública del registro pretende proteger a la persona que adquiere con fundamento en una inscripción, en el caso de que por error y otro motivo el derecho hubiera sido mal inscrito y no perteneciera al título registral.

**Importancia del Registro.**

La tan necesaria publicidad de los derechos reales, se logra a través de la inscripción de los mismos en Registros públicos a los que puedan tener acceso las personas interesadas en conocer su existencia y pertenencia... el registro de la propiedad tiene por objeto la inscripción o anotación de los actos o contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles.

* Diversos asientos registrales
* El asiento general o Registro de la propiedad
* Registro de gravámenes
* Registro de interdicciones
* Registro de prohibiciones de enajenar
* Repertorio (18)
* Índice general.

**Cierre Registral.-** Consiste en que inscrito o anotado un título traslativo o declarativo de dominio. No podrá inscribirse o anotarse ningún otro de igual o anterior fecha que se oponga o sea incompatible, y debe procederse conforme al artículo 12 inc. 1 de la Ley de Registro.

Las anotaciones pueden ser preventivas y estas a su vez pueden ser con eficacia temporal, de derechos en litigio, de garantía y de valor negativo como la falta de capacidad de enajenar o disponer (insolvencia);

**Asiento de Cancelación.-** Es un asiento que deja sin efecto a otro asiento y por tanto cesa los efectos a futuro. Desinscribe lo inscrito;

**El procedimiento Registral.-** Está “constituido por el conjunto de actividades que tiene lugar desde que alguien solicita la práctica de un asiento hasta que ésta se realiza o se deniega por el registrador”.[[27]](#footnote-27)

**Modificaciones formales de las fincas.-** Se produce una modificación material cuando la finca se agrupa con otra pasando ambas a formar una sola o cuando la finca se divide en varias o cuando a la finca más antigua se le agrega más terreno o se le quita parte de lo que tenía.

Estas modificaciones se llaman formales porque si bien cambian una realidad material, su anotación en el Registro sigue siendo la misma en cuanto a su esencia, como linderos, pero hay una redistribución puramente registral.

**La Propiedad Horizontal.**

“Considerada una exigencia de los tiempos modernos, paralela a la tendencia a la concentración urbana creciente, la regulación legal sobre la división de la propiedad por planos horizontales, se impone al legislador con la fuerza imperativa de la necesidad dejándole sólo opción respecto del sistema que juzgue más conveniente.

Eso no significa que se carezca de antecedentes no falta quien, hurgando en los albores de la historia, sindique como tales algunos vestigios de la época de las cavernas (...)

La propiedad horizontal es el derecho real que consiste en el dominio de una unidad de un inmueble con facultades exclusivas, pero moderadas en función del conjunto, y un condominio forzoso sobre las partes comunes como características especiales.”[[28]](#footnote-28)

“Se caracteriza porque diferentes pisos o departamentos de un edificio pertenecen a distintas personas. Mediante la propiedad horizontal se tienden a solucionar el problema de la escasez de habitaciones en las grandes ciudades, el alto precio del terreno”

En el Ecuador la propiedad horizontal está regulada en la Ley y en el Reglamento de Propiedad Horizontal.

“La característica principal de esta clase de propiedad consiste en que junto al dominio individual y por entero que cada propiedad le corresponde sobre su respectivo piso o departamento, existe una comunidad forzada de todos los copropietarios sobre alguna parte del bien total”.

Cada propietario será dueño exclusivo de su piso, departamento o local y condómino en los bienes destinados al uso común de los copropietarios del condominio inmobiliario (Art. 2 Ley de Propiedad Horizontal).

**Bienes Comunes**

Se reputan bienes comunes los necesarios para la existencia, seguridad y conservación del edificio y los que permitan a todos y cada uno de los propietarios el uso y goce del piso o departamento de su exclusivo dominio, tales como, el terreno, los cimientos, los muros exteriores y soportantes, la obra gruesa de los suelos, la techumbre, la habitación del portero y sus dependencias, las instalaciones generales de calefacción, refrigeración, energía eléctrica, alcantarillado, gas y agua potable, los vestíbulos, terrazas, puertas de entrada, escaleras, ascensores, patios, pozos y corredores de uso común. Nótese la particularidad de que en la división horizontal del dominio lo principal es el piso o departamento y lo accesorio, el terreno. Hay aquí una excepción a la regla general de que en derecho lo principal es el suelo y lo accesorio el edificio.” Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel, “Los bienes y los derechos reales”, p. 244

La ley de Propiedad Horizontal señala:

En los casos de edificaciones de más de un piso, se reputan bienes comunes y de dominio indivisible para cada uno de los propietarios del inmueble, los necesarios para la existencia, seguridad y conservación del edificio y los que permitan a todos y cada uno de los propietarios el uso y goce de su piso, departamento o local, tales como el terreno, los cimientos, estructuras, los muros y la techumbre.

También se considerarán bienes comunes y de dominio indivisible las instalaciones de servicios generales, tales como calefacción, refrigeración, energía eléctrica, alcantarillado, gas y agua potable, los vestíbulos, patios, puertas de entrada, escalera, accesorios, habitación del portero y sus dependencias, y otros establecidos por las municipalidades en sus ordenanzas, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente.

**Nota:** Artículo sustituido por Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 543 de 27 de Septiembre del 2011.

Naturaleza Jurídica

“Hay la existencia de varias propiedades exclusivas con la comunidad de algunas partes. El dominio exclusivo sobre el piso o departamento y el condominio sobre las coas comunes son inseparables. La explicación se encuentra en que la comunidad en los bienes de uso común tiene por objeto permitir al dueño del piso o departamento usar y gozar del mismo. De aquí que todo cambio o modificación jurídica que afecte a la propiedad del piso o departamento se extienda automáticamente a los bienes de uso común….” (op. cit. pp. 245)

**Indivisión forzada.-** “Estos bienes por su carácter funcional (cuál es, permitir al dueño del piso o del departamento ejercitar el derecho de dominio exclusivo sobre él), no admiten división: los bienes de uso común en ningún caso pueden dejar de ser comunes (Art. 4); mientras exista el edificio ninguno de los propietarios puede pedir la división del suelo y de los demás bienes comunes” (Art. 14)

Art. 14.- Mientras exista el edificio, ninguno de los copropietarios podrá pedir la división del suelo ni de los demás bienes comunes.

Si el edificio se destruyere en su totalidad o se deteriorare en una proporción que represente, a lo menos, las tres cuartas partes de su valor, o se ordenare su demolición de conformidad con el Art. 895 del Código Civil, cualquiera de los copropietarios podrá pedir la división de dichos bienes.

A pesar de no tener dominio exclusivo sobre los bienes comunes, el propietario ejerce un derecho especial sobre el valor de los bienes comunes, concebido en estos términos:

El derecho de cada propietario sobre el valor de los bienes comunes será proporcional al valor del piso, departamento o local de su dominio. Los derechos de cada propietario en los bienes comunes, son inseparables del dominio, uso y goce de su respectivo departamento, piso o local. En la transferencia, gravamen o embargo de un departamento, piso o local se entenderán comprendidos esos derechos y no podrán efectuarse estos mismos actos con relación a ellos, separadamente del piso, departamento o local a que acceden

**La Obligación de Contribuir a las Expensas Comunes es una Carga Real**

Carga real es el gravamen que afecta a una cosa y cuya prestación debe hacerse por el titular activo del derecho real o de la posesión que exista sobre ella. Este sujeto activo responde de la deuda en razón de la cosa no sólo desde que se hizo titular de la relación real, sino también de las vencidas anteriormente y que su antecesor, no pagó. La carga se traspasa al sucesor particular en forma automática, sin declaración por parte del sucesor particular de hacerse cargo de la deuda. Esta sigue a la cosa y grava a los adquirentes sucesivos. Pues bien, un ejemplo de carga real está constituido por la obligación por expensas comunes que tiene el propietario de un piso o departamento. De acuerdo con la ley” (p. 247)

Art. 5.- Cada propietario deberá contribuir a las expensas necesarias a la administración, conservación y reparación de los bienes comunes, así como al pago de la prima de seguro, en proporción al valor de su piso, departamento o local, sin perjuicio de las estipulaciones expresas de las partes.

El dueño o dueños del piso bajo, no siendo condóminos y los del subsuelo, cuando tampoco lo sean, quedan exceptuados de contribuir al mantenimiento y reparación de escaleras y ascensores.

Las cuotas de impuestos o tasas deberán ser cobrados a cada propietario como si se tratase de predios aislados. La ley faculta al administrador a cobrar las expensas necesarias en vía ejecutiva:

Art. 13.- La liquidación que por expensas necesarias emita el Administrador o el Presidente del condominio, una vez aprobada en asamblea general de copropietarios, tendrá el carácter de título ejecutivo; y, para que las obligaciones sean exigibles en juicio ejecutivo, deberán ser claras, determinadas, líquidas, puras y de plazo vencido. Se considerará que ha vencido el plazo cuando no se hubiere pagado dos o más expensas.

En el inmueble constituido en condominio o declarado en propiedad horizontal, que esté conformado por más de un bloque, torre o conjunto, destinado a vivienda o para comercio, para los fines de la liquidación y pago de las expensas, los bienes comunes se dividirán en bienes comunes generales y bienes comunes individuales. Para este efecto, se establecerán cuadros de alícuotas individuales por cada bloque, torre o conjunto destinado a vivienda y para aquellos cuyo fin sea el comercio, y simultáneamente se precisará la incidencia porcentual que cada bloque, torre o conjunto tiene sobre el total del inmueble constituido en condominio o declarado bajo el régimen de propiedad horizontal.

Se denominan bienes comunes generales todos aquellos que sirven a todos los copropietarios y permiten usar y gozar los bienes exclusivos. Se denominan bienes comunes individuales todos aquellos cuyo uso y goce corresponden limitadamente a los copropietarios de cada bloque, torre o conjunto en particular, entre ellos: los accesos al bloque, torre o conjunto, las escaleras y ascensores que son utilizados por los copropietarios o usuarios de cada bloque, torre o conjunto, así como las instalaciones de los servicios públicos que son compartidos por dichos copropietarios y usuarios y los demás bienes que sean declarados como tales en la respectiva Declaratoria de Propiedad Horizontal.

**Nota:** Artículo reformado por Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 543 de 27 de Septiembre del 2011.

Actos de disposición sobre el piso o departamento

“Desde luego, como la propiedad del piso o departamento es una propiedad individual, su titular puede traspasarla por acto entre vivos o por causa de muerte. Pero los notarios no pueden autorizar ninguna escritura en que se constituya o traspase la propiedad de un piso o departamento y los registradores de la propiedad no deben inscribir esos títulos, sino se inserta en ellos copia auténtica del correspondiente certificado que otorga la Dirección de Obras Públicas Municipales respectiva, en cuanto a que el edificio cumple con las exigencias del reglamento que señala los requisitos que debe reunir todo edificio que pretende someterse a la Ley de Propiedad Horizontal” (p. 248)

Uso y goce del piso o departamento

“Cada piso o departamento, según los casos, constituye una propiedad distinta y, por ende, el uso y goce del propietario corresponde al de una cosa propia, subentendiéndose las limitaciones que impone la relación de vecindad. Pero como ésta es más estrecha que entre los que habitan casas individuales, la ley dio normas para asegurar una convivencia armónica. Dice que cada propietario debe usar de su piso o departamento en forma ordenada y tranquila. No puede, en consecuencia, hacerlo servir a otros objetos que los convenidos en el reglamento de copropiedad, o a falta de éste, a aquellos que el edificio esté destinado o que deben presumirse de su naturaleza y ubicación o de la costumbre del lugar, ni ejecutar acto alguno que perturbe la tranquilidad de los demás propietarios o que comprometa la seguridad, solidez o salubridad el edificio. …” (opcit. P. 250)

**La Administración del Edificio.**

Como la copropiedad que se establece en los edificios divididos por pisos o departamentos es activa y no pasiva, la ley se preocupa de reglamentar la administración de la cosa común.”

**La Herencia.**

Constituye un fenómeno de tránsito del patrimonio del causante al heredero. Se produce en las siguientes fases:

Apertura de la sucesión o momento inicial de la misma que se produce con la extinción de la personalidad, la muerte o por desaparición del sujeto mediante la declaración del fallecimiento presunto; delación u ofrecimiento concreto de la herencia a persona determinada; y aceptación de la herencia. Para que se produzca la delación es precisa la capacidad de suceder.

**El Usufructo.**

“Es el derecho real a disfrutar completamente una cosa ajena, sin alterar su modo de ser.

Es un derecho real sobre cosa de otro; el poder del usufructuario no es una parte del dominio de la cosa sobre la que recae, de modo que pudiera decirse que dueño y usufructuario comparten la propiedad de ésta.”[[29]](#footnote-29)

Se constituye por negocio jurídico inter vivos o mortis causa o por mandato de la ley, los primeros son voluntarios y los segundos legales.

Se extinguen, según su naturaleza, a) si es vitalicio por muerte del usufructuario o del último de los usufructuarios si eran varios; b) por expirar el plazo por el que se constituyó o cumplirse la condición resolutoria consignada en el título constitutivo; “Si el usufructo es vitalicio, pero, además, está sometido a condición (resolutoria) o término (final), tiene como tope la vida del usufructuario, pero acaba antes si antes de morir éste, vence el término o se cumple la condición, c) por la reunión del usufructo y la propiedad en una misma persona (consolidación); d) Por renuncia del usufructuario; e) por pérdida total de la cosa objeto del usufructo sin que se opere sustitución por otra de la cosa perdida; f) Por resolución del derecho del constituyente; g) Por prescripción adquisitiva de dominio; h) Por adquirir otra persona la cosa como libre, es decir por no haberse inscrito el usufructo, i) por quedar fuera del comercio la cosa usufructuada; j) Por anulación del negocio constitutivo.

**El Derecho de Uso y Habitación.**

“El uso es un derecho real de la misma naturaleza que el usufructo, pero inferior a éste en extensión.”[[30]](#footnote-30) El uso es el atributo de la propiedad para servirse de ella, sin la facultad de disposición o señorío. El usuario no puede arrendar ni ceder su derecho y tiene su fundamento en una especie de limosna hecha en consideración de la persona.

El derecho de habitación es el uso aplicado a una cosa y a la utilidad de morar en ella.

**La Hipoteca.**

Es “el derecho real que recae sobre un inmueble que, permaneciendo en poder del que lo constituye, da derecho al acreedor para perseguirlo de manos de quien se encuentre y de pagarse preferentemente del producido de la subasta”[[31]](#footnote-31).

El autor considera que no siempre la hipoteca es un contrato y que su importancia radica en la garantía de mayor seguridad a favor del acreedor.

Como características tenemos: a) que es un derecho real de preferencia e indivisible; b) recae sobre un inmueble; c) es un derecho accesorio; d) puede garantizar obligaciones determinadas como indeterminadas; y, d) sólo existe con la inscripción.

La hipoteca es una limitación del dominio, pues limitan de alguna manera el derecho de disposición. El Dr. Luis Parraguez Ruiz, nos ilustra:

“No obstante, es necesario aclarar que cuando se habla de derechos se habla genéricamente de derechos reales limitados, se rebasa los límites del presente capítulo, en efecto, como ya se señaló en otras oportunidades, existen derechos reales limitaos llamados de goce o disfrute, que confieren a su titular el uso directo de la cosa sobre la que recaen, como es en el caso del usufructo, el uso, la habitación y la servidumbre; y derechos reales limitaos de garantía (o cauciones), que solamente permiten un uso indirecto de la cosa traducida en la utilización de su valor en el caso de incumplimiento de la obligación que aseguran, como ocurre con la prenda y la hipoteca.”*[[32]](#footnote-32)*

**El Patrimonio Familiar.**

“Desde muy antiguo las distintas sociedades se preocuparon de asegurar una cuota de la propiedad inmobiliaria para la estabilidad económica del grupo familiar, convencidas de que siendo la formación básica de la arquitectura social, el desarrollo de la familia constituye un pre-requisito para el sostenimiento de sus organizaciones superiores (...) el patrimonio familiar es un patrimonio inalienable e inembargable, constituido por el marido o la mujer, por ambos cónyuges conjuntamente, o por una persona que no está casada, sobre uno o más inmuebles propios de la sociedad conyugal, en beneficio del constituyente y/o de sus descendientes, conservando aquél, aunque limitado, su derecho de dominio.[[33]](#footnote-33)

**Requisitos para Constituir Patrimonio Familiar.-**

* Voluntad conjunta de los cónyuges para constituir el patrimonio familiar cuando el inmueble pertenece al haber de la sociedad conyugal, por este hecho se hace extensivo el privilegio a los hijos;
* Cuando el bien es exclusivo de uno de los cónyuges podrá instituirse a favor de sus hijos;
* Cuando se trata de propietarios viudos, solteros o divorciados se puede constituir el patrimonio a favor del constituyente o de sus hijos;
* Cuando la compra o adjudicación se realiza a través del Banco de la Vivienda , Mutualistas o Cooperativas el patrimonio se constituye por ministerio de la ley;
* Limitación de dominio

El acto constitutivo del patrimonio familiar no significa enajenación, sino tan solo limitación de dominio. La limitación consiste en que los bienes constituidos en patrimonio familiar son inalienables. –Art. 839. Además no pueden ser sujetos de división, comodato, sociedad, renta vitalicia ni anticresis. No obstante la Corte Suprema ha sostenido que un bien constituido en patrimonio familiar sí puede inventariarse y formar parte de una partición, además es susceptible de adquirirse por prescripción

**Derechos del constituyente y de los beneficiarios.-** Tienen derecho a vivir en la casa, cultivar el campo y aprovechar en común los frutos del inmueble. Además el bien no puede realizarse para pagar obligaciones del constituyente ni de los beneficiarios, puesto que no están sujetos a embargo ni a gravamen real

El constituyente puede dar en arriendo el inmueble en casos de necesidad y conveniencia calificados por el Ministerio Público Administración del patrimonio familiar

Les corresponde a los dos cónyuges, en caso de muerte o incapacidad de uno de ellos la administración le corresponde al cónyuge sobreviviente o al otro cónyuge. Es obligación del juez en el juicio de divorcio establecer a quién le corresponde la administración del inmueble constituido en patrimonio familiar. El constituyente célibe puede escoger al administrador.

A falta de acuerdo de los beneficiarios el administrador puede ser nombrado por el juez.

**Requisitos para constituir Patrimonio Familiar voluntario.-**

* Autorización del juez;
* Cuantía;
* Solemnidad escritura pública, luego se debe inscribir en el Registro de la Propiedad;
* Que no se realice en perjuicio de los acreedores;

**Causas de extinción del patrimonio familiar.-**

* Fallecimiento de todos los beneficiarios si el constituyente es célibe;
* La terminación del matrimonio si hubieren fallecido los beneficiarios;
* El acuerdo de los cónyuges si no hubieren hijos o nietos con derecho a ser beneficiarios;
* La subrogación por otro patrimonio que podrá ser autorizada por el juez;
* El efecto de la extinción es que los bienes vuelven al pleno dominio y desaparece la limitación.

**El Fideicomiso Civil.**

Es un negocio jurídico mediante el cual el fiduciante o fideicomitente transfiere uno o más bienes determinados a un tercero llamado fiduciario para que éste administre o enajene un patrimonio autónomo a favor de un determinado beneficiario o fideicomisario. Este puede realizarse también por disposición testamentaria.

Su naturaleza es temporal o transitoria cuyos sujetos son:

1. El constituyente o persona propietaria de una cosa que decide transferir el dominio de una parte o de todos sus bienes o concederle los beneficios de éstos a un tercero;
2. El fiduciario, que es el administrador o el encargado de transferir los bienes; y,
3. El fideicomisario, que es el beneficiario.

La institución nació en el Derecho Romano como un factor confianza y para efectos testamentarios, por el cual se ordenaba al heredero o legatario entregar un determinado bien o su herencia a una persona luego de cumplirse cierta condición. Se utilizaba como medio para solucionar algún impedimento del beneficiario o para beneficiar a los menores de edad hasta que éstos obtengan su capacidad legal, así como para cuestiones matrimoniales.

En España se extendió a otros privilegios y a otros fines, inclusive los de mayorazgo, lo cual sustentó uno de los principios de la Revolución Francesa que fueron contrarios a su mantenimiento. En algunos países se limita el fideicomiso y aún se prohíbe, mientras en otros se ha institucionalizado para regular cuestiones mercantiles.

**CASO PRÁCTICO:**

Los cónyuges A y B compraron un extenso inmueble ubicado de la siguiente manera:

El 90% de la superficie está en el cantón San Miguel de los Bancos y el 10% de la misma en el Distrito Metropolitano de Quito, a la fecha de la adquisición San Miguel de los Bancos pertenecía al cantón Quito.

**Preguntas:**

1. Debe volver a inscribirse en el Registro de la propiedad del hoy cantón San Miguel de los Bancos;
2. Para proceder a la partición se debe requerir la autorización de los Gobiernos Municipales de los dos cantones;
3. Cuál es el procedimiento que debe observarse para la partición, habiendo fallecido uno de los condóminos.

**DERECHO DE FAMILIA**

# 1. CONCEPTOS BASICOS



**Gráfico No. 1**

* **Marco Constitucional**

En la Constitución del 2008, Sección duodécima Servicio notarial Art. 199 se indica que:

 “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”

Así también el Art. 200 señala que “Las notarias y notarios son ***depositarios de la fe pública***; serán nombrados por el Consejo de la Judicatura previo concurso publico de oposición y méritos, sometido a impugnación y control social. Para ser notaria o notario se requerirá tener titulo de tercer nivel en Derecho legalmente reconocido en el país, y haber ejercido con probidad notoria la profesión de abogada o abogado por un lapso no menor de tres años. Las notarias y notarios permanecerán en sus funciones seis años y podrán ser reelegidos por una sola vez. La ley establecerá los estándares de rendimiento y las causales para su destitución**.**

**b) Derechos Constitucionales sobre la Familia**

En el Art. 67 de la actual Constitución: Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.

 El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal.

El Art. 68 señala que “La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio.

La adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo”.

En el Art. 69 se indica que para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia:

1. Se promoverá la maternidad y paternidad responsable; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo.

2. Se reconoce el patrimonio familiar inembargable en la cuantía y con las condiciones y limitaciones que establezca la ley. Se garantizará el derecho de testar y de heredar.

3. El Estado garantizará la igualdad de derechos en la toma de decisiones para la administración de la sociedad conyugal y de la sociedad de bienes.

4. El Estado protegerá a las madres, a los padres y a quienes sean jefas y jefes de familia, en el ejercicio de sus obligaciones, y prestará especial atención a las familias disgregadas por cualquier causa.

5. El Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos.

6. Las hijas e hijos tendrán los mismos derechos sin considerar antecedentes de filiación o adopción.

7. No se exigirá declaración sobre la calidad de la filiación en el momento de la inscripción del nacimiento, y ningún documento de identidad hará referencia a ella.

* ***Jurisdicción Voluntaria***

José de Vicente y Caravantes dice que[[34]](#footnote-34) “Entiéndase por jurisdicción voluntaria la que ejerce el juez en actos o asuntos que, o por su naturaleza o por el estado en que se hallan, no admiten contradicción de parte, emanando su parte intrínseca de los mismos interesados, que acuden ante la autoridad judicial, la cual se limita a dar fuerza y valor legal a aquellos actos por medio de su intervención o de sus providencias, procediendo sin las formalidades esenciales de los juicios.

Según el CPC Art. 3.- La jurisdicción es voluntaria, contenciosa, ordinaria, preventiva, privativa, legal y convencional. Jurisdicción voluntaria es la que se ejerce en los asuntos que, por su naturaleza o por razón del estado de las cosas, se resuelven sin contradicción.

Así un notario para que actúe en las relaciones jurídicas de los particulares, tiene la única finalidad de solemnizar, autorizar o garantizar cualquier derecho en estricto cumplimiento, en nuestro caso de la legislación ecuatoriana, en actos carentes de controversias y de esta manera dar la trascendencia para los posteriores efectos que surgen de los actos no contenciosos, denominación más adecuada para referirse a esta institución.[[35]](#footnote-35)

Hay que tomar en cuenta que la jurisdicción voluntaria, carece de los elementos fundamentales que si se configuran en la jurisdicción contenciosa como son: conflicto de intereses, partes en sentido estricto y cosa juzgada.

 En la jurisdicción voluntaria no existe un conflicto de intereses que solucionar, ya que los solicitantes no partes concurren ante el juez o el notario para que autoricen o solemnicen el acto que permitirá hacer efectivos ciertos derechos objetivos.

La calidad de partes que se les otorga tanto actor y demandado, en la jurisdicción voluntaria los solicitantes en su demanda o petición hacen conocer al juez o notario su acuerdo, por lo que no se les puede llamar partes.

 La sentencia pronunciada por el juzgador en un asunto de jurisdicción voluntaria no tiene efecto de cosa juzgada ya que la decisión del juzgador podría ser revisada en otro juicio.

Además, la jurisdicción voluntaria es una función accidental de los jueces, es obvio si carece de los elementos propios de la jurisdicción, los legisladores trataron de adecuar una institución que permitiera dar eficacia que ciertos actos que sin conflictos de intereses, necesitaban de un funcionario público que autorice o solemnice escogiéndose al notario para cumplir éste rol.

# 2. REGIMENES PATRIMONIALES

**Gráfico No. 2 Régimen Patrimonial**

# 3. DEL MATRIMONIO Y EL DIVORCIO

***a) Del Matrimonio***

En el CC Título III DEL MATRIMONIO Parágrafo 1o. REGLAS GENERALES Art. 81 se señala que el “Matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente”

No podrá procederse a la celebración del matrimonio sin el ascenso o licencia de la persona o personas cuyo consentimiento sea necesario según las reglas que van a expresarse, o sin que conste que el respectivo contrayente no ha menester, para casarse, el consentimiento de otra persona, o que ha obtenido el de la justicia, en su caso.

- Los que no hubieren cumplido dieciocho años no podrán casarse sin el consentimiento expreso de quien ejerza la patria potestad, y a falta de tal persona, de los ascendientes de grado más próximo.

Se entenderá faltar el padre o la madre u otro ascendiente, no sólo por haber fallecido, sino en todo caso de incapacidad legal. Asimismo se entenderá que faltan el padre o madre que, por sentencia, han sido privados de la patria potestad.

En el Art. 86 se señala que “A falta de los dichos padre, madre o ascendientes, será necesario, al que no haya cumplido dieciocho años, el consentimiento de su curador general, o en su defecto, el de un curador especial”

El matrimonio celebrado en contravención a esta disposición sujetará al tutor o curador que lo haya contraído o permitido, a la pérdida de toda remuneración que por su cargo le corresponda, sin perjuicio de las otras penas que las leyes le impongan.

No habrá lugar a las disposiciones de este artículo si el matrimonio es autorizado por el ascendiente o ascendientes cuyo consentimiento fuere necesario para contraerlo.

Es interesante señalar que el Art. 91 indica que “***El matrimonio celebrado en nación extranjera, en conformidad a las leyes de la misma nación o a las leyes ecuatorianas, surtirá en el Ecuador los mismos efectos civiles que si se hubiere celebrado en territorio ecuatoriano. Pero si la autoridad competente ha declarado la insubsistencia o nulidad de un matrimonio celebrado en nación extranjera, se respetarán los efectos de esa declaratoria.***

***Sin embargo, si un ecuatoriano o ecuatoriana contrajere matrimonio en nación extranjera, contraviniendo de algún modo a las leyes ecuatorianas, la contravención surtirá en el Ecuador los mismos efectos que si se hubiere cometido en esta República.”***

El Art. 92 señala que “El matrimonio disuelto en territorio extranjero en conformidad a las leyes del mismo lugar, pero que no hubiera podido disolverse según las leyes ecuatorianas, no habilita a ninguno de los dos cónyuges para casarse en el Ecuador, mientras no se disolviere válidamente el matrimonio en esta República”

Complementariamente el Art. 93 señala que ***“ El matrimonio que, según las leyes del lugar en que se contrajo, pudiera disolverse en él, no podrá sin embargo disolverse en el Ecuador sino en conformidad a las leyes ecuatorianas”***

El Art. 94 señala que el matrimonio nulo, si ha sido celebrado con las solemnidades que la ley requiere, surte los mismos efectos civiles que el válido, respecto del cónyuge que, de buena fe y con justa causa de error, lo contrajo, y respecto de los hijos concebidos dentro de dicho matrimonio. Pero dejará de surtir efectos civiles desde que falte la buena fe por parte de ambos cónyuges. Las donaciones o promesas que, por causa de matrimonio, se hayan hecho por el otro cónyuge al que se casó de buena fe, subsistirán no obstante la declaración de la nulidad del matrimonio.

En todo caso es nulo el matrimonio contraído por las siguientes personas:

1o.- El cónyuge sobreviviente con el autor o cómplice del delito de homicidio o asesinato del marido o mujer;

2o.- Los impúberes;

3o.- Los ligados por vínculo matrimonial no disuelto;

4o.- Los impotentes;

5o.- Los dementes;

6o.- Los parientes por consanguinidad en línea recta;

7o.- Los parientes colaterales en segundo grado civil de consanguinidad; y,

8o.- Los parientes en primer grado civil de afinidad.

Es igualmente causa de nulidad del matrimonio la falta de libre y espontáneo consentimiento por parte de alguno o de ambos contrayentes, al tiempo de celebrarse el matrimonio, sea que provenga de una o más de estas causas: (Art. 96)

1a.- Error en cuanto a la identidad del otro contrayente;

2a.- Enfermedad mental que prive del uso de razón;

3a.- Rapto de la mujer, siempre que ésta, al momento de celebrarse el matrimonio, no haya recobrado la libertad; y,

 4a.- Amenazas graves y serias, capaces de infundir un temor irresistible.

En el Ecuador el matrimonio civil se celebrará ante el Jefe de Registro Civil, Identificación y Cedulación, en las ciudades cabeceras de cantón del domicilio de cualquiera de los contrayentes, o ante los jefes de área de registro civil. En todo caso, el funcionario competente puede delegar sus funciones a cualquier otro funcionario administrativo. Siempre se requiere la presencia de dos testigos.

Los contrayentes deben comparecer al acto de la celebración, sea personalmente, o por medio de apoderado con poder especial, otorgado ante Notario Público (Art. 101).

Son ***solemnidades esenciales*** para la validez del matrimonio: (Art. 102)

1a.- La comparecencia de las partes, por sí o por medio de apoderado especial, ante la autoridad competente;

2a.- La constancia de carecer de impedimentos dirimentes;

3a.- La expresión de libre y espontáneo consentimiento de los contrayentes;

4a.- La presencia de dos testigos hábiles; y,

5a.- El otorgamiento y suscripción del acta correspondiente.

Podrán ***ser testigos*** de las diligencias previas al matrimonio, y del acto mismo, todos los que sean mayores de dieciocho años, hombres o mujeres, menos los siguientes:

1o.- Los dementes;

2o.- (Sustituido por la Disposición Reformatoria 2 de la Ley s/n, R.O. 796-S, 25-IX- 2012).- Las personas sordas, que no puedan darse a entender de manera verbal, por escrito o por lengua de señas;

3o.- Los mendigos;

4o.- Los rufianes y las meretrices;

5o.- Los condenados por delito que haya merecido más de cuatro años de prisión; y,

6o.- Los que no entienden el idioma castellano, o el quichua, o el shuar u otro idioma ancestral, en su caso.

Matrimonios en Nación Extranjera: Para éste caso el CC señala en su Art. 104 que “Los agentes diplomáticos y consulares del Ecuador en nación extranjera, tienen competencia para la celebración del matrimonio entre ecuatorianos, ecuatorianos y extranjeros, y entre extranjeros domiciliados en la República”

Igualmente, los agentes diplomáticos y consulares de naciones amigas, acreditados en el Ecuador, pueden celebrar matrimonio válido de sus connacionales, siempre que la ley del país que los acredita, les confiera competencia.

Los matrimonios extranjeros que fijen su domicilio en el Ecuador, están sometidos a las obligaciones que establece este Código, y gozan de los derechos que el mismo concede.

***b) Causales de Terminación del Matrimonio***

En el Parágrafo 2o. DE LA TERMINACIÓN DEL MATRIMONIO Art. 105 del CC se señala que “El matrimonio termina:

1o.- Por la muerte de uno de los cónyuges;

2o.- Por sentencia ejecutoriada que declare la nulidad del matrimonio;

3o.- Por sentencia ejecutoriada que concede la posesión definitiva de los bienes del desaparecido; y,

**4o.- Por divorcio.**

En todo caso, ***el divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud para contraer nuevo matrimonio***, salvo las limitaciones establecidas en el CC. De igual manera, no podrá contraer matrimonio, dentro del año siguiente a la fecha en que se ejecutorió la sentencia, quien fue actor en el juicio de divorcio, si el fallo se produjo en rebeldía del cónyuge demandado.

Estas prohibiciones no se extienden al caso en que el nuevo matrimonio se efectúa con el último cónyuge.

El divorcio, según Luis Parraguez Ruiz, lo conceptualiza como la institución que pone término al matrimonio. Manifiesta que en general se distinguen dos formas o Modalidades de divorcio que reconoce nuestra legislación: el divorcio por mutuo consentimiento y divorcio por causales.

Según Cabanellas la palabra divorcio proviene del latín divortium, del verbo divertiere: separarse, irse cada uno por su lado; y, por antonomasia, referido a los cónyuges, cuando así le ponen fin a la convivencia y al nexo de consortes.[[36]](#footnote-36)

***c) Del Divorcio por Mutuo Consentimiento:***

En el Art. 107 del CC se señala que “Por mutuo consentimiento pueden los cónyuges divorciarse. Para este efecto, el consentimiento se expresará del siguiente modo: los cónyuges manifestarán, por escrito, por sí o por medio de procuradores especiales, ante el juez de lo civil del domicilio de cualquiera de los cónyuges:

1o.- Su nombre, apellido, edad, nacionalidad, profesión y domicilio;

2o.- El nombre y edad de los hijos habidos durante el matrimonio; y,

3o.- La voluntad de divorciarse, y la enumeración de los bienes patrimoniales y de los de la sociedad conyugal, con la comprobación del pago de todos los impuestos.

Art. 110.- Son causas de divorcio:

1a.- El adulterio de uno de los cónyuges;

2a.- Sevicia;

3a.- Injurias graves o actitud hostil que manifieste claramente un estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial;

4a.- Amenazas graves de un cónyuge contra la vida del otro;

5a.- Tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro, como autor o cómplice;

6a.- El hecho de que de a luz la mujer, durante el matrimonio, un hijo concebido antes, siempre que el marido hubiere reclamado contra la paternidad del hijo y obtenido sentencia ejecutoriada que declare que no es su hijo, conforme a lo dispuesto en este Código;

7a.- Los actos ejecutados por uno de los cónyuges con el fin de corromper al otro, o a uno o más de los hijos;

8a.- El hecho de adolecer uno de los cónyuges de enfermedad grave, considerada por tres médicos, designados por el juez, como incurable y contagiosa o transmisible a la prole;

9a.- El hecho de que uno de los cónyuges sea ebrio consuetudinario o, en general, toxicómano;

10a.- La condena ejecutoriada a reclusión mayor; y,

11a.- El abandono voluntario e injustificado del otro cónyuge, por más de un año ininterrumpidamente.

Sin embargo, si el abandono a que se refiere el inciso anterior, hubiere durado más de tres años, el divorcio podrá ser demandado por cualquiera de los cónyuges.

En lo que fuere aplicable, las causas previstas en este artículo, serán apreciadas y calificadas por el juez, teniendo en cuenta la educación, posición social y demás circunstancias que puedan presentarse.

 El divorcio por estas causas será declarado ***judicialmente por sentencia ejecutoriada***, en virtud de demanda propuesta por el cónyuge que se creyere perjudicado por la existencia de una o más de dichas causas, con la salvedad establecida en el inciso segundo de la causal 11a. de este artículo.

***d) Del Divorcio Notarial***

A partir de las reformas introducidas a la Ley Notarial en el año 1997 se otorga a los notarios entre otras facultades el tramitar la disolución de la sociedad conyugal y el mediante Ley No 2006- 62, publicada en el Registro Oficial No 406 de 28 de noviembre del 2006, se agregaron los numerales 19 al 27, entre los que consta el numeral 22 que habla exclusivamente sobre la atribución de los notarios de tramitar divorcios por mutuo consentimiento siempre y cuando no tengan hijos menores de edad o bajo su dependencia con el objetivo de agilitar su trámite y descongestionar los tribunales de justicia.

En éste último caso el Art. 18 numeral 22 de la Ley Notarial según reforma publicada en el Registro Oficial. No. 406 de 28 de noviembre del 2006 señala que el Notario tiene competencia para tramitar divorcios por mutuo consentimiento, únicamente en los casos en que los cónyuges no tengan hijos menores de edad o bajo su dependencia, para lo cual deberán presentar su solicitud, con la firma y asesoramiento de un abogado y bajo juramento, de que su voluntad es la de disolver el vínculo matrimonial, lo que motivará para que el Notario ordene el reconocimiento de firma y rúbricas.

De igual manera, señalará día y hora para la audiencia de conciliación dentro de un plazo no menor a sesenta días, en la cual los cónyuges deben ratificar de consuno y de viva voz que su voluntad es la de divorciarse.

El Notario tiene la facultad legal de elaborar el acta correspondiente y declarar disuelto el vínculo matrimonial, debiendo entregar copias certificadas a la partes y oficiar al Jefe del Registro Civil para la marginación que corresponda; es decir, casi en idéntica forma del juicio de divorcio que se hacía y se sigue haciendo en los juzgados de lo civil.

El notario levantará un acta de la diligencia en la que declarará disuelto el vínculo matrimonial, de la que debidamente protocolizada, se entregará copias certificadas a las partes y se oficiará al Registro Civil para su marginación respectiva; el Registro Civil a su vez, deberá sentar la razón correspondiente de la marginación en una copia certificada de la diligencia, que deberá ser devuelta al notario e incorporada en el protocolo respectivo.

El sistema de correo electrónico podrá utilizarse para el trámite de marginación señalada en esta disposición. Los cónyuges podrán comparecer directamente o a través de procuradores especiales. De no realizarse la audiencia en la fecha designada por el notario, los cónyuges podrán solicitar nueva fecha y hora para que tenga lugar la misma, debiendo cumplirse dentro del término de 10 días posteriores a la fecha en la cual debió celebrarse originalmente. De no darse la audiencia, el notario archivará la petición;

Hay que señalar que según el CC Art. 129.- Cuando uno de los cónyuges fuere ecuatoriano, no podrá anularse, ni disolverse por divorcio el matrimonio contraído en el Ecuador, sino mediante sentencia pronunciada por jueces ecuatorianos.

# DE LA SOCIEDAD CONYUGAL, DISOLUCION Y LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

Es decir que, con el matrimonio se da origen a una sociedad de bienes o de gananciales, cuando éste se hubiere contraído conforme a las leyes ecuatorianas.

Tratándose de matrimonios contraídos en el extranjero, para que exista sociedad de bienes, desde el punto de vista jurídico ecuatoriano, ha menester la domiciliación de los cónyuges en el Ecuador y la existencia de una sociedad de bienes en el régimen bajo el cual se casaron.

La sociedad conyugal no es en el derecho ecuatoriano una persona jurídica, sino más bien una institución de tipo sui-géneris, que en la actualidad escapa al tradicional esquema devenido del Decreto Romano, y cuya administración corresponde al marido, o a la mujer, o a ambos, según los casos.[[37]](#footnote-37)

**En el CC Parágrafo 2o. se trata de la Sociedad Conyugal y las Capitulaciones Matrimoniales donde se señala:**

**El** Art. 139 del CC señala que por el hecho del matrimonio celebrado conforme a las leyes ecuatorianas, se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges.

El Art. 153 señala textualmente que “***A falta de pacto escrito, se entenderá, por el mero hecho del matrimonio, contraída la sociedad conyugal con arreglo a las disposiciones de este Título”***

Los que se hayan casado en nación extranjera y pasaren a domiciliarse en el Ecuador, se mirarán como separados de bienes siempre que, en conformidad a las leyes bajo cuyo imperio se casaron, no haya habido entre ellos sociedad de bienes.

Cualquiera de los cónyuges, previo acuerdo, tendrá la administración ordinaria de la sociedad conyugal, pero podrá autorizar al otro para que realice actos relativos a tal administración.

No podrá presumirse tal autorización sino en los casos que la ley ha previsto. (Art. 140)

Ni la mujer, ni el marido necesitan autorización del otro, para disponer de lo suyo, por acto testamentario o entre vivos. Tendrán, en general, la misma capacidad como si fueran solteros, para todo lo relativo a sus bienes propios o para manejar negocios ajenos.

Cuando uno de los cónyuges actúa respecto de sus bienes propios, sólo responsabiliza su propio patrimonio. Cuando actúan conjuntamente los dos cónyuges, o uno de ellos con la autorización del otro, respecto de los bienes sociales, obligan al patrimonio de la sociedad conyugal y, subsidiariamente, su propio patrimonio, hasta el monto del beneficio que les hubiere reportado el acto o contrato.

Igual efecto que en el inciso anterior, se produce cuando uno de los cónyuges actúa autorizado por el juez, por impedimento del otro cónyuge.

Pero si un cónyuge actúa con autorización judicial contra la voluntad del otro cónyuge, solamente obliga a la sociedad conyugal hasta el monto del beneficio que hubiere reportado a la sociedad por dicho acto y, en lo demás, obliga sus bienes propios. En último término, responde también el cónyuge que se opuso, si se demuestra que obtuvo beneficio.

Si un cónyuge ha realizado un acto relativo a sus bienes propios, pero con tal acto ha beneficiado a la sociedad conyugal, ésta queda subsidiariamente obligada hasta el monto del beneficio.

En todo caso “El cónyuge menor de dieciocho años necesita de curador para la administración de la sociedad conyugal” Art. 149 CC.

* ***Las Capitulaciones Matrimoniales:***

Se conocen con el nombre de capitulaciones matrimoniales las convenciones que celebran los esposos o los cónyuges antes, al momento de la celebración o durante el matrimonio, relativas a los bienes, a las donaciones y a las concesiones que se quieran hacer el uno al otro, de presente o de futuro. (Art. 150 CC)

Las capitulaciones matrimoniales se otorgarán por escritura pública, o en el acta matrimonial. Si se refieren a inmuebles, se inscribirán en el Registro de la Propiedad correspondiente y, en todo caso, se anotarán al margen de la partida de matrimonio.

Las capitulaciones matrimoniales, son un acuerdo de naturaleza contractual otorgado por los cónyuges, en virtud del cual podrán estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio.

Así, para Guillermo Cabanellas es “el contrato matrimonial hecho mediante escritura pública, por el cual se establecen las futuras condiciones de la sociedad conyugal, en cuanto al régimen patrimonial de ésta. En la escritura pública consta tal concierto o pacto”[[38]](#footnote-38)

Las capitulaciones son un acto o convenio perfeccionado por los futuros contrayentes, con la finalidad de determinar el régimen patrimonial del matrimonio, es decir, es una relación contractual donde la pareja antes de formalizar su relación, fijan la forma mediante la cual se regirá la comunidad de bienes durante la unión conyugal.

Nuestra legislación reconoce a los contrayentes amplia libertad para estipular su régimen patrimonial matrimonial, fundamentado en la autonomía de la voluntad, como principio fundamental del campo de las relaciones contractuales, siempre y cuando no sean acordadas cláusulas contrarias a las leyes, las normas de orden público y a las buenas costumbres.

Las Capitulaciones Matrimoniales son las convenciones, acuerdos, y/o contratos que celebran los esposos antes de contraer matrimonio relativas a los bienes que aportan a él y a las donaciones o concesiones que quieran hacerse el uno al otro de presente o futuro; o sea son los pactos que los esposos celebran para constituir la sociedad conyugal y reglamentar la administración de esta en uno y en otro caso.

En el Ecuador mediante las capitulaciones Matrimoniales se puede establecer un régimen diferente al de la sociedad conyugal o sea de gananciales

* Las capitulaciones matrimoniales podrán realizarse antes o después de celebrado el matrimonio y pueden volver a ser convenidas posteriormente modificando lo acordado. Las capitulaciones pueden ser otorgada por los mayores de edad sin restricción o formalidad de ninguna índole. Pero los menores de edad no emancipados necesitarán el concurso y consentimiento de sus padres o tutores siempre que pacten un régimen distinto a la separación de bienes o participación en las ganancias.
* El menor hábil para contraer matrimonio podrá establecer las capitulaciones matrimoniales con aprobación de la persona o personas cuyo consentimiento le haya sido necesario para el matrimonio, se podrán realizar todas las estipulaciones de que sería capaz si fuese mayor.

En las capitulaciones matrimoniales se designarán: (Art. 152 CC)

1o.- Los bienes que aportan al matrimonio, con expresión de su valor;

2o.- La enumeración de las deudas de cada uno;

3o.- El ingreso a la sociedad conyugal de ciertos bienes que, conforme a las reglas generales, no ingresarían;

4o.- La determinación, por parte de cualquiera de los esposos o cónyuges, de que permanezcan en su patrimonio separado, ciertos bienes que, conforme a las reglas generales, ingresarían al patrimonio de la sociedad conyugal; y,

5o.- En general, pueden modificarse en las capitulaciones matrimoniales, las reglas sobre la administración de la sociedad conyugal, siempre que no sea en perjuicio de terceros.

Las capitulaciones matrimoniales no son condicionales. Si bien es cierto que para que ellas produzcan efectos requieren de la celebración del matrimonio, no es menos cierto que el matrimonio, a su respecto no es un elemento accidental que puede faltar o no – característica esencial de la condición – sino un requisito de su esencia, sin el cual las capitulaciones no tienen vida jurídica, ni siquiera engendra un germen de derechos.

Tanto es así que celebradas las capitulaciones matrimoniales sus efectos se producen una vez que los esposos contraen matrimonio, pero estos jamás se retrotraen ni en lo más mínimo al momento en que fueron pactadas las capitulaciones.

Una vez constituidas las capitulaciones matrimoniales, a los cambios que se hagan a futuro, que pueden ser por adición o alteración, se las debe hacer de la misma manera que cuando se constituyeron, es decir, cumpliendo con todas las solemnidades, porque caso contrario, no podrán ser admitidas a juicio, y finalmente, éstas deben ser agregadas en extracto o minutas al margen del protocolo de la primera escritura o de la partida de matrimonio.

* ***Capitulaciones Matrimoniales de menores de Edad***

El menor hábil para contraer matrimonio podrá hacer, en las capitulaciones matrimoniales, con aprobación de la persona o personas cuyo consentimiento le haya sido necesario para el matrimonio, todas las estipulaciones de que sería capaz si fuese mayor. (Art. 154 CC)

El que se halla bajo curaduría por otra causa que la menor edad, necesitará de la autorización de su curador para las capitulaciones matrimoniales, y en lo demás estará sujeto a las mismas reglas que el menor.

* ***Prohibiciones de Simulaciones con las Capitulaciones Matrimoniales (Art.154-156 CC)***

No se podrá pactar que la sociedad conyugal tenga principio antes o después de contraerse el matrimonio. Toda estipulación en contrario es nula.

Las capitulaciones matrimoniales no se entenderán irrevocablemente otorgadas y podrán modificarse antes o durante el matrimonio, de común acuerdo entre los cónyuges.

No valdrán contra terceros las adiciones o alteraciones que se hagan en las capitulaciones matrimoniales, aunque se hayan otorgado en el tiempo y con los requisitos debidos, a menos que se anexe un extracto o minuta de las escrituras posteriores, al margen del protocolo de la primera escritura o de la partida de matrimonio, en su caso.

Tampoco afectarán los derechos de los acreedores constituidos con anterioridad a dichas alteraciones o adiciones, de perseguir sus créditos en los bienes cuyo régimen se modificó.

# DEL HABER DE LA SOCIEDAD CONYUGAL Y DE SUS CARGAS (Art.157-160 CC)

El haber de la sociedad conyugal se compone:

1o.- De los salarios y emolumentos de todo género de empleos y oficios, devengados durante el matrimonio;

2o.- De todos los frutos, réditos, pensiones, intereses y lucro de cualquiera naturaleza, que provengan, sea de los bienes sociales, sea de los bienes propios de cada uno de los cónyuges, y que se devenguen durante el matrimonio;

3o.- Del dinero que cualquiera de los cónyuges aportare a la sociedad, o durante ella adquiriere; obligándose la sociedad a la restitución de igual suma;

 4o.- De las cosas fungibles y especies muebles que cualquiera de los cónyuges aportare al matrimonio, o durante él adquiriere; quedando obligada la sociedad a restituir su valor, según el que tuvieron al tiempo del aporte o de la adquisición; y,

5o.- De todos los bienes que cualquiera de los cónyuges adquiera durante el matrimonio, a título oneroso.

***Las reglas anteriores pueden modificarse mediante las capitulaciones matrimoniales, conforme a lo dispuesto en el Art. 152.***

Las adquisiciones hechas por cualquiera de los cónyuges, a título de donación, herencia o legado, se agregarán a los bienes del cónyuge donatario, heredero o legatario; y las adquisiciones hechas por ambos cónyuges simultáneamente, a cualquiera de estos títulos, no aumentarán el haber social, sino el de cada cónyuge.

No obstante lo dispuesto en el Art. 157, ***no entrarán a componer el haber social***:

1o.- El inmueble que fuere debidamente subrogado a otro inmueble propio de alguno de los cónyuges;

2o.- Las cosas compradas con valores propios de uno de los cónyuges, destinadas a ello en las capitulaciones matrimoniales o en una donación por causa de matrimonio; y,

3o.- Todos los aumentos materiales que acrecen a cualquiera especie de uno de los cónyuges, formando un mismo cuerpo con ella, por aluvión, edificación, plantación o cualquiera otra causa.

El terreno contiguo a una finca propia de uno de los cónyuges, adquirido por él durante el matrimonio a cualquier título que lo haga comunicable según el Art. 157, se entenderá pertenecer a la sociedad; a menos que con él y la antigua finca se haya formado una heredad o edificio de que el terreno últimamente adquirido no pueda desmembrarse sin daño. Entonces la sociedad y el dicho cónyuge serán condueños del todo, a prorrata de los respectivos valores al tiempo de la incorporación.

Art. 161.- La propiedad de las cosas que uno de los cónyuges poseía con otras personas proindiviso, y de que durante el matrimonio se hiciere dueño por cualquier título oneroso, pertenecerá proindiviso a dicho cónyuge y a la sociedad, a prorrata del valor de la cuota que pertenecía al primero, y de lo que haya costado la adquisición del resto.

Art. 162.- El usufructo de las minas denunciadas por uno de los cónyuges o por ambos se agregará al haber social.

Art. 163.- La parte del tesoro que según la ley pertenece al que lo encuentra, se agregará al haber del cónyuge que lo encuentre; y la parte del tesoro que según la ley pertenece al dueño del terreno en que se encuentra, se agregará al haber de la sociedad, si el terreno perteneciere a ésta, o al haber del cónyuge que fuere dueño del terreno.

Art. 164.- Las cosas donadas o asignadas a cualquier otro título gratuito, se entenderán pertenecer exclusivamente al cónyuge donatario o asignatario; y no se atenderá a si las donaciones u otros actos gratuitos a favor de un cónyuge han sido hechos por consideración al otro.

Art. 165.- Para que un inmueble se entienda subrogado a otro inmueble de uno de los cónyuges, es necesario que el segundo se haya permutado por el primero; o que, vendido el segundo durante el matrimonio, se haya comprado con su precio el primero, y que en la escritura de permuta o en las escrituras de venta y de compra se exprese el ánimo de subrogar.

Puede también subrogarse un inmueble a valores propios de uno de los cónyuges, que no consistan en bienes raíces. Mas, para que valga la subrogación, será necesario que los valores hayan sido destinados a ello en conformidad al numeral 2o. del Art. 159, y que en la escritura de compra del inmueble aparezca la inversión de dichos valores y el ánimo de subrogar.

Art. 166.- Si se subroga una finca a otra, y el precio de venta de la antigua finca excede al precio de compra de la nueva, la sociedad deberá este exceso al cónyuge subrogante; y si, por el contrario, el precio de compra de la nueva finca excediere al precio de venta de la antigua, el cónyuge subrogante deberá este exceso a la sociedad.

Si permutándose dos fincas se recibe un saldo en dinero, la sociedad deberá este saldo al cónyuge subrogante; y si, por el contrario, se pagare un saldo, lo deberá dicho cónyuge a la sociedad.

La misma regla se aplicará al caso de subrogarse un inmueble a valores.

Pero no se entenderá haber subrogación, cuando el saldo en favor o en contra de la sociedad excediere a la mitad del precio de la finca que se recibe, la cual pertenecerá entonces al haber social, quedando la sociedad obligada al cónyuge por el precio de la finca enajenada, o por los valores invertidos, y conservando éste el derecho de llevar a efecto la subrogación, comprando otra finca.

Art. 167.- La especie adquirida durante la sociedad no pertenece a ésta, aunque se haya adquirido a título oneroso, cuando la causa o título de la adquisición ha precedido a la sociedad.

Por consiguiente, no pertenecerán a la sociedad:

1o.- Las especies que uno de los cónyuges poseía a título de señor antes de ella, aunque la prescripción o transacción con que las haya hecho verdaderamente suyas se complete o verifique durante la sociedad;

2o.- Los bienes que se poseían antes de la sociedad, por un título vicioso, pero cuyo vicio se ha purgado durante ella por la ratificación, o por otro medio legal;

3o.- Los bienes que vuelven a uno de los cónyuges, por la nulidad o resolución de un contrato, o por haberse revocado una donación;

4o.- Los bienes litigiosos, de los que, durante la sociedad, ha adquirido uno de los cónyuges la posesión pacífica; y,

5o.- El derecho de usufructo que se consolida con la propiedad que pertenece al mismo cónyuge. Sólo los frutos pertenecerán a la sociedad.

Lo que se paga a cualquiera de los cónyuges por capitales de créditos constituidos antes del matrimonio, pertenecerá al cónyuge acreedor; lo mismo que los intereses devengados antes del matrimonio y pagados después.

Art. 168.- Se reputan adquiridos durante la sociedad los bienes que durante ella debieron adquirirse por uno de los cónyuges, y que de hecho no se adquirieron sino después de disuelta la sociedad, por no haberse tenido noticia de ellos, o por haberse embarazado injustamente su adquisición o goce.

Los frutos que sin esta ignorancia o sin este embarazo hubieran debido percibirse por la sociedad, y que después de ella se hubieren restituido a dicho cónyuge o a sus herederos, se mirarán como pertenecientes a la sociedad.

Art. 169.- Las donaciones remuneratorias hechas a uno de los cónyuges o a ambos, por servicios que no daban acción contra la persona servida, no aumentan el haber social; pero las hechas por servicios que daban acción contra dicha persona, aumentan el haber social hasta el valor de lo que se habría tenido derecho a pedir por ellos, y no más; salvo que dichos servicios se hayan prestado antes de la sociedad; pues, en tal caso, no se adjudicarán a la sociedad dichas donaciones en parte alguna.

Art. 170.- Toda cantidad de dinero y de cosas fungibles, todas las especies, créditos, derechos y acciones que existieren en poder de cualquiera de los cónyuges al tiempo de disolverse la sociedad, se presumirán pertenecer a ella, a menos que aparezca o se pruebe lo contrario.

Ni la declaración de uno de los cónyuges que afirme ser suya o debérsele una cosa, ni la confesión del otro, ni ambas juntas, se estimarán suficiente prueba, aunque se hagan con juramento.

La confesión, en tal caso, se mirará como donación revocable, que, confirmada por la muerte del donante, se llevará a efecto en su parte de gananciales, o en sus bienes propios, en lo que hubiere lugar.

Sin embargo, se mirarán como pertenecientes a cada cónyuge, sus vestidos, y todos los muebles de su uso personal necesario.

La sociedad está obligada al pago: (Art. 171)

1o.- De las pensiones e intereses que corran, sea contra la sociedad, sea contra cualquiera de los cónyuges, y que se devenguen durante la sociedad;

2o.- De las deudas y obligaciones que correspondan de conformidad con el Art. 147, y que no fuesen personales de uno de los cónyuges, como las que se contrae para el establecimiento de los hijos de uno de ellos;

3o.- De las deudas personales de cada uno de los cónyuges, quedando el deudor obligado a compensar a la sociedad lo que ésta invierta en ello;

4o.- De las cargas y reparaciones usufructuarias de los bienes sociales o de cada cónyuge; y,

5o.- Del mantenimiento de los cónyuges; del mantenimiento, educación y establecimiento de los descendientes comunes; y de cualquiera otra carga de familia.

Se mirarán como carga de familia los alimentos que uno de los cónyuges esté por ley obligado a dar a sus descendientes o ascendientes, aunque no lo sean de ambos cónyuges. Pero podrá el juez moderar este gasto, si le pareciere excesivo, imputando el exceso al haber del cónyuge.

Si la mujer se reserva en las capitulaciones matrimoniales el derecho de que se le entregue, por una vez o periódicamente, una cantidad de dinero de que pueda disponer a su arbitrio, será de cargo de la sociedad este pago, siempre que en las capitulaciones matrimoniales no se haya impuesto expresamente al marido.

Art. 172.- Vendida alguna cosa del marido o de la mujer, la sociedad deberá el precio al cónyuge vendedor, salvo en cuanto se haya invertido en la subrogación de que habla el Art. 165, o en otro negocio personal del cónyuge a quien pertenecía la cosa vendida, como en el pago de sus deudas personales, o en el establecimiento de sus descendientes de un matrimonio anterior.

Art. 173.- El marido o la mujer deberá a la sociedad el valor de toda donación que hiciere de cualquiera parte del haber social; a menos que sea de poca monta, atendida la cuantía del haber social, o que se haga para un objeto de eminente piedad o beneficencia y sin causar un grave menoscabo a dicho haber.

Art. 174.- Si el marido o la mujer dispone, por causa de muerte, de una especie que pertenece a la sociedad, el asignatario de dicha especie podrá perseguirla en la sucesión del testador, siempre que la especie, en la división de los gananciales, se haya adjudicado a los herederos del testador. Pero, en caso contrario, sólo tendrá derecho para perseguir su precio en la sucesión del testador. Art. 175.- Las expensas ordinarias y extraordinarias de educación de un descendiente común, y las que se hicieren para establecerle o casarle, se imputarán a los gananciales.

Lo cual se aplica al caso en que el descendiente no tuviere bienes propios; pues, teniéndolos, se imputarán las expensas extraordinarias a sus bienes, en cuanto alcanzaren, y en cuanto le hubieren sido efectivamente útiles; a menos que conste de un modo auténtico que el marido, o la mujer, o ambos de consuno, quisieron hacerlas de lo suyo.

Art. 176.- En general, los precios, saldos, costas judiciales y expensas de toda clase que se hicieren en la adquisición o cobro de los bienes, derechos o créditos que pertenezcan a cualquiera de los cónyuges, se presumirán erogadas por la sociedad, a menos de prueba contraria, y se le deberán abonar.

Por consiguiente:

El cónyuge que adquiere bienes a título de herencia debe recompensa a la sociedad por todas las deudas y cargas hereditarias o testamentarias que satisfaga, y por todos los costos de la adquisición; salvo en cuanto pruebe haberlos satisfecho con los mismos bienes hereditarios o con los suyos.

Art. 177.- Se debe asimismo recompensa a la sociedad por las expensas de toda clase que se hayan hecho en los bienes de cualquiera de los cónyuges, en cuanto dichas expensas hayan aumentado el valor de los bienes, y en cuanto subsistiere este valor a la fecha de la disolución de la sociedad; a menos que este aumento de valor exceda al de las expensas, pues, en tal caso, se deberá sólo el importe de éstas.

Art. 178.- En general, se debe recompensa a la sociedad por toda erogación gratuita y cuantiosa a favor de un tercero que no sea descendiente común.

 Art. 179.- Cada cónyuge deberá, asimismo, recompensa a la sociedad por los perjuicios que le hubiere causado con dolo o culpa grave, y por el pago que ella hiciere de las multas y reparaciones pecuniarias a que fuere condenado por algún delito o cuasidelito.

* ***Procedimiento Notarial para la liquidación de la Sociedad de Bienes o de la Sociedad Conyugal***

Según el Art. 18 numeral 23 de la Ley Notarial, el Notario esta autorizado a “Proceder a la ***liquidación de sociedad de bienes o de la sociedad conyugal***, para este efecto, sin perjuicio de la facultad jurisdiccional de los jueces de lo civil, los cónyuges o ex-cónyuges, o los convivientes vinculados bajo el régimen de la unión de hecho, según el caso, podrán convenir mediante escritura pública, una vez ***disuelta la sociedad conyugal o la sociedad de bienes que se haya formado como consecuencia de la unión de hecho, la liquidación de la sociedad de bienes***”

Este convenio se inscribirá en el Registro de la Propiedad correspondiente cuando la liquidación comprenda bienes inmuebles, y en el Registro Mercantil cuando existieren bienes sujetos a este Registro.

Previamente a la inscripción, el notario mediante aviso que se publicará por una sola vez en uno de los periódicos de circulación nacional en la forma prevista en el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil, hará conocer la liquidación de la sociedad conyugal o de la sociedad de bienes de la unión de hecho, para los efectos legales consiguientes.

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

* ***Disolución de la Sociedad de Gananciales***

Según el Art. 18 numeral 13 el Notario puede “Tramitar la solicitud de disolución de la sociedad de gananciales de consuno de los cónyuges, previo reconocimiento de las firmas de los solicitantes ante el Notario, acompañando la partida de matrimonio o sentencia de reconocimiento de la unión de hecho.

Transcurridos diez días de tal reconocimiento el Notario convocará a audiencia de conciliación en el cual los cónyuges, personalmente o por medio de apoderados ratificarán su voluntad de declarar disuelta la sociedad de gananciales formada por el matrimonio o unión de hecho.

El acta respectiva se protocolizará en la Notaria y su copia se subinscribirá en el Registro Civil correspondiente, particular del cual se tomará nota al margen de! acta protocolizada”

* **Extinción o Subrogación de Patrimonio Familiar constituido sobre bienes raíces**

Es Atribución de los Notarios según el Art. 18, numeral 10: Receptar la declaración juramentada del titular de dominio, con la intervención de dos testigos idóneos que acrediten la necesidad de extinguir o subrogar, de acuerdo a las causales y según el procedimiento previsto por la Ley, el patrimonio familiar constituido sobre sus bienes raíces, en base a lo cual el Notario elaborará el acta que lo declarará extinguido o subrogado y dispondrá su anotación al margen de la inscripción respectiva en el Registro de la Propiedad correspondiente

# 6. DE LAS UNIONES DE HECHO

Según la Constitución del Ecuador Art. 68.- La unión estable y monogámica entre ***dos personas libres de vínculo matrimonia***l que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio.

Este precepto constitucional permite formalizar en una Notaría una Unión de hecho entre dos personas del mismo sexo, para lo cual se requieren los siguientes requisitos (ecuatorianos o extranjeros):

* Ninguno de los contratantes debe tener vínculos matrimoniales.
* Vivir por lo menos dos años juntos en Ecuador
* Original y copia de la cedula de ciudadanía.
* Original y copia de la papeleta de votación
* Para extranjeros original y copia del Pasaporte y Visa Ecuatoriana, demostrando que ha vivido dos años en Ecuador.
* Escrito avalado por un Abogado.
* Firma presencial en la Notaria

Sin embargo según el Código Civil Título VI DE LAS UNIONES DE HECHO Art. 222.- La unión estable y monogámica de un ***hombre y una mujer***, libres de vínculo matrimonial con otra persona, que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señala este Código, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio, inclusive en lo relativo a la presunción legal de paternidad, y a la sociedad conyugal, lo cual quedó derogado tácitamente por el precepto constitucional.

Esta unión de hecho estable y monogámica de más de dos años libres de vínculo matrimonial, con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente, da origen a una sociedad de bienes.

Según el Art. 223 del CC “Se presume que la unión es de este carácter cuando el hombre y la mujer así unidos se han tratado como marido y mujer en sus relaciones sociales y así han sido recibidos por sus parientes, amigos y vecinos. El juez aplicará las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba correspondiente. “

Según el Art. 18 numeral 26 es Atribución de los Notarios: Solemnizar la declaración de los convivientes sobre la existencia de la unión de hecho, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 222 del Código Civil.

El Notario levantará el acta respectiva, de la que debidamente protocolizada, se conferirá copia certificada a las partes.

# 7. EFECTOS PATRIMONIALES DE LAS UNIONES DE HECHO (Arts. 224 a 232 CC)

La estipulación de otro régimen económico distinto al de la sociedad de bienes deberá constar de escritura pública.

Las personas unidas de hecho podrán constituir patrimonio familiar para sí y en beneficio de sus descendientes, el cual se regirá por las reglas correspondientes de este Código. La sociedad de bienes subsistirá respecto de los restantes.

Esta unión termina:

a) Por mutuo consentimiento expresado por instrumento público o ante un juez de lo civil.

b) Por voluntad de cualquiera de los convivientes expresado por escrito ante el juez de lo civil, la misma que será notificada al otro, en persona, o mediante tres boletas dejadas en distintos días en su domicilio.

c) Por el matrimonio de uno de los convivientes con una tercera persona; y,

d) Por muerte de uno de los convivientes.

Por el hecho del matrimonio entre los convivientes, la sociedad de bienes continúa como sociedad conyugal.

Los convivientes deben suministrarse lo necesario y contribuir, según sus posibilidades, al mantenimiento del hogar común.

El haber de esta sociedad y sus cargas, la administración extraordinaria de sus bienes, la disolución y la liquidación de la sociedad y la partición de gananciales, se rigen por lo que este Código y el Código de Procedimiento Civil disponen para la sociedad conyugal.

La administración ordinaria de la sociedad de bienes corresponde al conviviente que hubiere sido autorizado mediante instrumento público. A falta de autorización la administración corresponde al hombre.

Las reglas contenidas en el Título II, Libro Tercero de este Código, referentes a los diversos órdenes de la sucesión intestada en lo que concierne al cónyuge, se aplicarán al conviviente que sobreviviere, del mismo modo que los preceptos relacionados a la porción conyugal.

Quienes hubieren establecido una unión de hecho de conformidad con esta Ley tendrán derecho:

a) A los beneficios del Seguro Social; y,

b) Al subsidio familiar y demás beneficios sociales establecidos para el cónyuge

**SUCESION POR CAUSA DE MUERTE**

**DEFINICIÓN**

Sucesión por causa de muerte es un modo de adquirir el dominio de bienes, derechos y obligaciones transmisibles o de una cuota de ellos o de una especie de cuerpo cierto

**TITULO**

El título es la causa remota de la adquisición. En razón de que la sucesión por causa de muerte es un modo derivativo de adquirir el dominio y puesto que el asignatario recibe los bienes, derechos y obligaciones en la misma calidad jurídica que tenía el causante, es perfectamente posible distinguir el título y el modo. El título precede al modo y en materia sucesoria únicamente se distinguen dos títulos: la ley en la sucesión intestada y en la sucesión forzosa y el testamento en la sucesión testamentaria

**MODO**

1.- DERIVATIVO La sucesión por causa de muere es un modo derivativo de adquirir el dominio, no nace del heredero o legatario sino del causante. La importancia de esta distinción radica en lo siguiente:

-prueba de dominio, el asignatario no tiene más derecho que los que tenía el causante. De conformidad con la Resolución de la Corte Suprema que interpreta el alcance del Art. 709 del Código Civil, publicada en R. O. 399, de 17 de noviembre del 2006 es propietario de un bien inmueble la persona cuyo título adquisitivo de dominio se encuentra legalmente inscrito en el Registro de la Propiedad y solo ella o quien legítimamente le represente o de sustituya en e derecho puede enajenarlo o transferirlo.

-para adquirir por sucesión por causa de muerte el asignatario debe probar que el causante fue dueño

2.- POR CAUSA DE MUERTE

Los modos son hechos materiales a los que se atribuye el efecto de traspasar el dominio, la sucesión por causa de muerte opera como modo únicamente a la muerte del causante

3.- A TÍTULO GRATUITO

El beneficiado es el heredero o legatario que no realiza erogación alguna

**QUÉ SE ADQUIERE POR SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE?**

Como la sucesión por causa de muerte es un MODO de ADQUIRIR, es importante determinar qué se puede adquirir. En general por este modo se adquiere:

1.- Patrimonio del causante: UNIVERSALIDAD o cuota de la UNIVERSALIDAD (Ejj: Dejo todos mis bienes a A, B y C <heredero universal> o Dejo la 1/3 parte de mis bienes a A, la 1/3 parte de mis bienes a B y la 1/3 parte de mis bienes a C <heredero de cuota>)

2.- Bienes singulares: especie o cuerpo cierto y género (Dejo mi casa ubicada en la calle XX de la ciudad de Quito a A <legatario de especie>. Dejo USD $ 4.000 a B <legatario de especie <legatario de género>)

3.- Derechos personales de crédito o derechos con contenido patrimonial: propiedad intelectual. (Dejo a mi hermano X el derecho de que cobre la deuda que tiene conmigo YY <legado de crédito>. Dejo los derechos patrimoniales de mi obra DDD a mi hermano Juan <legado de derecho con contenido patrimonial>)

4.- Obligaciones (deudas – Art. 1370 C.C.: Las deudas hereditarias se dividen entre los herederos a prorrata de sus cuotas)

**DERECHO DE HERENCIA**

Cuando hay muchos herederos, en estado de indivisión, mientras subsiste este estado, los herederos adquieren el derecho real de herencia sobre la universalidad o sobre la cuota.

Los derechos reales son dominio, herencia, usufructo, uso-habitación, servidumbres activas, prenda, hipoteca

Derechos reales son aquellos que crean relación directa entre la cosa y la persona a cuyo poder está sometida de una manera más o menos compleja. Son susceptibles de ser ejercidos no solamente contra una persona sino frente o contra todas.

**Elementos del Derecho Real**

-Sujeto activo o titular del derecho, que se aprovecha de la cosa en forma total (dominio-herencia) o parcial (uso, usufructo). El titular del derecho de herencia es el heredero no el legatario, que adquiere las cosas determinadas en especie en el momento de la muerte del causante y cuando se trata de cosas determinadas por su género adquiere un derecho personal de crédito (legados de dinero, legados de cosas fungibles)

-Cosa objeto del derecho, puede ser una cosa corporal, incorporal, una universalidad de hecho o de derecho. La cosa objeto de la sucesión por causa de muerte es una universalidad de derecho llamada herencia.

**Definición de herencia**

Facultad o aptitud de una persona para SUCEDER en el patrimonio del causante o en una cuota de la universalidad.

**Características del derecho real de herencia**

1.- Real

- Se ejerce sobre el patrimonio del causante o sobre una cuota de ese patrimonio

- Nace el derecho de persecución, que se hace efectivo a través de la acción de petición de herencia.

2.- Es una universalidad jurídica o de derecho

3.- Tiene vida efímera, porque deja de existir cuando se realiza la partición y opera el derecho real de dominio

Modos de adquirir el derecho real de herencia

1.- Por sucesión por causa de muerte

2.- Por tradición, cesión del derecho de herencia Art. 1850 C.C.

3.- Por prescripción. Extraordinaria 2412, ordinaria 1292, título posesión efectiva

**Posesión de la herencia**

Tenencia de la herencia (universalidad) con ánimo de heredero. La posesión de la herencia es de tres clases:

-Posesión legal 730 C.C.

-Posesión real 715 C.C.

-Posesión efectiva

**POSESIÓN EFECTIVA DE LOS BIENES HEREDITARIOS**

Se otorga a través de sentencia judicial dictada por el juez de familia o por acta notarial. Los herederos tienen absoluta libertad de solicitar la posesión efectiva en cualquiera de las dos vías.

Se debe tener en cuenta que posesión efectiva no confiere la calidad de heredero, puesto que el derecho nace de la ley o de la voluntad del testador y no requiere de trámite alguno, pero, en cambio, equivale a aceptación expresa de la herencia y sirve de titulo para que el heredero putativo pueda adquirir la herencia por prescripción ordinaria.

Importancia

1.- Conserva la historia de la propiedad a través de la inscripción

2.- Validez del pago 1592 C.C.

3.- Permite al heredero putativo adquirir por prescripción de corto plazo 1292 C.C., porque la posesión efectiva sirve de justo título719 inciso final

Presentación de la demanda o de la solicitud

Cuando la posesión efectiva se tramita en la sede judicial se debe presentar una demanda que se sustancia dentro del ámbito de la jurisdicción voluntaria. Si los herederos deciden hacerlo en sede notarial, se presenta una petición ante el notario. En ningún caso se deben enumerar los bienes del causante, es preciso tener presente que los herederos piden la posesión sobre una universalidad de derecho, que se caracteriza porque el contenido es diferente del continente.

La posesión efectiva en ambos casos puede ser solicitada por todos los herederos o por uno solo de ellos Art. 676 C.C.

Cuando se trata de sucesión testamentaria se debe acompañar copia inscrita del testamento. En todo caso el peticionario debe también presentar la partida de defunción del causante y los documentos que justifiquen la filiación, parentesco o matrimonio, según el caso.

La sentencia de posesión efectiva o el acta notarial, en su caso, debe inscribirse en el registro de la propiedad del lugar en que se otorga y en todos los registros de la propiedad de los cantones en que estuvieran ubicados los bienes inmuebles. Siguiendo la norma sobre fuero excluyente del Art. 31 del Código Civil las causas de inventario, petición y partición de herencia, cuentas relativas a ésta, cobranza de deudas hereditarias, y otras provenientes de una testamentaría, se seguirán ante la jueza o juez del lugar en que se hubiera abierto la sucesión, es decir en el lugar del último dominio del causante, de conformidad con el artículo 997 del Código Civil. A pesar de que trata de un asunto de jurisdicción voluntaria únicamente la jueza o juez de familia puede solucionar lo relacionado con la administración de bienes hereditarios, cuando se propone un incidente dentro del trámite de la posesión efectiva. En el caso que se pida el nombramiento de administrador ante el Notario debe derivar el incidente a la sede judicial y remitir la posesión efectiva para sorteo a uno de los jueces de las unidades especializadas de familia, mujer, niñez y adolescencia.

CLASES DE SUCESIÓN

Hay tres clases de sucesión:

Intestada

Testamentaria

Forzosa

SUCESIÓN INTESTADA

Es aquella que está regulada por el legislador en los casos del Art. 1043 del Código Civil, a través de un sistema de ÓRDENES DE SUCESIÓN. La sucesión es intestada cuando:

1.- El causante no dispuso de sus bienes, en cuyo caso la ley interpreta su voluntad, se entiende que no dispone de sus bienes cuando:

- no hace testamento

-hace testamento pero no dispone de sus bienes, caso de testamentos con declaraciones (manifiestos políticos, religiosos) o con el objeto de reconocer un hijo

-hace testamento pero únicamente dispone de parte de sus bienes, derechos y obligaciones a través de legados y queda una parte sin asignar

2.- El testador dispone de sus bienes pero no lo hace conforme a derecho

3.- Dispone de sus bienes a través de asignaciones válidas, pero no surten efecto

HEREDEROS ABINTESTATO

Son llamados a la sucesión intestada: - Art. 1023 C.C.-

- los hijos de difunto

- los ascendientes

- sus padres

-sus hermanos

-el cónyuge sobreviviente y

- el Estado

ORDENES DE SUCESIÓN

La ley regla la forma en que han de concurrir y ser excluidos los herederos a través de órdenes de sucesión. Art. 1021

Orden de sucesión es aquel grupo de personas que excluye a otro grupo de personal de la sucesión

**Primer Orden**

-Hijos por derecho personal. La sucesión se divide en partes iguales entre todos los hijos, inclusive los hijos adoptivos

-Nietos por derecho de representación. La representación es una ficción legal en que se supone que una persona tiene el lugar y por consiguiente el grado parentesco y los derechos hereditarios que tendría su padre o madre, si éste o ésta no quisiese o no pudiese suceder- Art. 1024 C.C.). Los que suceden por representación suceden en todos los casos por estirpe, es decir que cualquiera que se el número de los hijos que representan al padre o madre, toman entre todos, por iguales partes la herencia o la cuota hereditaria que correspondería al padre o madre representado. –Art. 1025 C.C.-

**Segundo Orden**

Corresponde por igual a ascendientes y cónyuge, la herencia se divide por partes iguales, una para el cónyuge y otra para los ascendientes de grado más próximo.

 Si el difunto no ha dejado posteridad le sucederán sus ascendientes de grado más próximo, y el cónyuge. La herencia se divide en dos partes, una para los ascendientes y una para el cónyuge.

No habiendo padres o ascendiente4sw, toda la herencia corresponde al cónyuge.

No habiendo cónyuge, toda la herencia corresponde a los padres o ascendientes

Si la filiación del difunto se hallare establecida sólo respecto de uno de sus padres, éste recibirá la porción correspondiente.

Si la filiación se hallare establecida respecto de ambos padres la porción correspondiente a ellos, se dividirán entre los dos por partes iguales-

Cuando concurrieren dos o más ascendientes del grado más próximo, los asignatarios de la herencia se dividirán por aptes iguales, habiendo un solo ascendiente del grado más próximo sucederá éste en todos los bienes y en toda la porción hereditaria de los ascendientes-Art. 1030-

Suponiendo que el acervo líquido de una persona que no tiene hijos fuera $ 100

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| CONYUGE | PADRE O ASCENDIENTE | MADRE O ASCENDIENTE |
| 50 | 25 | 25 |
| 50 | X | 50 |
| 50 | 50 | X |
| 100 | X | X |
| X | 50 | 50 |
| X | 100 | X |

X =no existe, ha premuerto o no hay filiación, según el caso

**Tercer Orden**

-Hermanos por derecho personal

-Sobrinos por derecho de representación

\*Los hermanos carnales heredan el doble que los medio hermanos

\*En concurrencia con sobrinos hereda el Estado

Si el difunto no hubiere dejado ninguno de los herederos expresados en los artículos anteriores, le sucederán sus hermanos, ya sea personalmente, o ya representados con el artículo 1026, y conforme las reglas siguientes:

1.- Si el difunto hubiere dejado solamente hermanos carnales o solamente medio hermanos, cada uno de ellos recibirá partes iguales; y,

2.- Si el difunto hubiere dejado uno o más hermanos carnales y también uno o más medios hermanos, cada uno de los primeros recibirá una cuota igual al doble de la de cada uno de los segundos.

Por consiguiente, la herencia se dividirá en tantas partes cuantos fueren los medio hermanos, más el doble del número de hermanos carnales, así cada uno de éstos recibirá dos de dichas partes, y cada uno de los medio hermanos recibirá una de tales partes –Art. 1031 C.C.

En concurrencia con sobrinos del causante, el Estado sucederá de acuerdo con las siguientes reglas:

La cuota del Estado se deducirá de la porción de bienes que corresponda a los sobrinos, y hecha esta deducción el resto constituirá un nuevo acervo divisible entre los sobrinos, de acuerdo con las reglas generales.

La cuota del Estado será la mitad de esa porción, si hubiere un solo sobrino; un tercio, si hubiere dos; y un cuarto, si hubiere tres o más –Art. 1031 C.C.-

**Cuarto orden**

El Estado hereda a falta de todos los herederos abintestato –Art. 1033-

SUCESION TESTAMENTARIA

Se regula por el testamento, que es un acto jurídico unilateral que aplica el principio de autonomía de la voluntad y está dirigido a regular la situación jurídica que se produce cuando fallece una persona y su patrimonio se transforma en herencia. Por el solo otorgamiento del testamento no se producen efectos jurídicos, la eficacia del instrumentos está supeditada a la muerte del testador.

DEFINICIÓN Art. 1037 C.C

El testamento es un acto más o menos solemne en que una persona dispone de una parte de sus bienes, para que tenga pleno efecto después de sus días, conservando la facultad de revocar las disposiciones contenidas en él, mientras viva

CARÁCTERÍSTICAS

1.- Acto jurídico unilateral, es un acto que produce efectos jurídicos y para el cual se precisa únicamente la voluntad del testador

2.- Acto solemne, a pesar de que la norma habla de acto más o menos solemne, en realidad todo testamento otorgado en el Ecuador es un acto solemne. La exigencia de requisitos y formalidades tiene como fundamento que la voluntad del causante quede plasmada en un instrumento solemne que constituya prueba preconstituida, teniendo en cuenta que surtirá efectos jurídicos cuando el testador ya no esté.

3.- Acto personalísimo y acto de una sola persona. El testamento debe otorgarse directamente por el testador, no cabe ninguna forma de representación ni legal ni voluntaria. Además es el acto de una sola persona (Art. 1041)

4.- Tiene como objeto fundamental, pero no único, disponer de bienes. La disposición puede ser total o parcial y puede realizarse designando herederos universales o de cuota, legatarios de especie o de género

5.- Produce plenos efectos al fallecimiento del causante, pero puede producir otros efectos especiales en el caso de reconocimiento de hijo y en donaciones revocables

6.- Es esencialmente revocable, por la misma voluntad que lo otorgó (Art. 1039)

REQUISITOS

**Internos:** - capacidad testador

 -consentimiento exento de vicios

**Externos:** solemnidades y formalidades que dependen de la clase de testamento

**Cada disposición testamentaria**: tiene requisitos, que tienen que ver con determinación, capacidad, dignidad del asignatario, etc.

**Capacidad para testar**

Regla: todas las personas tienen capacidad para testar. Son incapaces de testar: (Art. 1043 C.C.)

1.- Menor de 18 años

2.- Interdicto por causa de demencia

3.- El que al momento de testar se halla privado del uso de la razón

4.- El que de palabra o por escrito o por lenguaje de señas no pueda expresar su voluntad

**Voluntad exenta de vicios**

La voluntad o el consentimiento es esencial por la naturaleza de este acto jurídico, es un elemento estructural considerando que el testamento produce efectos después de la muerte del causante. A la libre manifestación de la voluntad se oponen los llamados vicios del consentimiento que son fuerza, dolo y error. No obstante el Código Civil, en el parágrafo correspondiente contiene normas sobre la fuerza y no regula el dolo y el error, vicios que de producirse están reservados para las asignaciones testamentarias. El artículo 1045 del Código Civil dice que el testamento en que de cualquier modo hay intervenido la fuerza, es nulo en todas sus partes, refiriéndose, sin duda, a que el efecto de la omisión es la nulidad absoluta, rompiendo los principios generales sobre nulidad de actos y contratos, que prevén como sanción la nulidad relativa.

CLASIFICACIÓN DEL TESTAMENTO

La clasificación emana de las solemnidades de que está revestido el testamento. Aunque el testamento es siempre solemne la ley exige, según el caso más o menos solemnidades, además el testamento puede ser otorgado en el Ecuador o en el extranjero

 Abierto

 OTORGADO EN EL ECUADOR

SOLEMNE Cerrado

 OTORGADO EN EL EXTRANJERO

MENOS SOLEMNE Militar

PRIVILEGIADO Marítimo

TESTAMENTO SOLEMNE OTORGADO EN EL ECUADOR. REQUISITOS GENERALES

1..-Escrito (Art. 1041) no se admite otra forma de soporte ( multimedia, discos, cintas, etc)

2.- Presencia de testigos que puede varias de tres a cinco

 Los testigos del testamento, también llamados testigos instrumentales deben ser idóneos. No pueden ser testigos según el Art. 1050: los menores de 18 años, los que hallaren en interdicción de administrar sus bienes, los que actualmente se hallaren privados del uso de la razón, las personas ciegas, Las personas sordas que no puedan darse a entender de manera verbal, por escrito o por lengua de señas, los condenados a alguna de las penas designadas en el Art. 311, numeral 4, mientras dure la condena, los dependientes del notario que autorizare el testamento, los extranjeros no domiciliados en el Ecuador, los que no entiendan el idioma del testador.

Además de los requisitos señalados dos al menos de los testigos deben estará domiciliados en el cantón en que se otorgare el testamento, y uno, al menos, deberá saber leer y escribir, cuando sólo concurran tres testigos, y dos, cuando concurrieren cinco.

**Habilidad putativa de los testigos**:

Se trata de una concesión realizada por el legislador que permite que si alguna de las causas de inhabilidad expresadas en el artículo anterior, no se manifestare en el aspecto o comporte de un testigo, y se ignorare generalmente en el lugar donde el testamento se otorga, fundándose la opinión contraria en hechos positivos y públicos, no se invalidará el testamento por la inhabilidad real del testigo. Pero la inhabilidad putativa no podrá servir sino a uno solo de los testigos. (Art. 1051)

TESTAMENTO SOLEMNE ABIERTO Art. 1046

Testamento abierto, público o nuncupativo es aquel por el cual el testador hace sabedores de las disposiciones en él contenidas al Notario si lo hubiere y a los testigos. Puede otorgarse de dos formas:

1.- Notario + tres testigos

2.- Cinco testigos+ publicidad (Art. 1058)

**Esencia del testamento abierto**

Lo que constituye esencialmente el testamento abierto, es el ACTO en que el testador hace sabedores de sus disposiciones al Notario, si lo hubiere, y a los testigos

**Requisitos**

1.- Ante Notario y tres testigos o ante cinco testigos

2.- Debe contener designaciones 1054: nombre, apellido y nacionalidad del testador, el lugar de su nacimiento, su domicilio, su edad, la circunstancia de hallarse en su entero juicio, los nombres de las personas con quienes hubiese contraído matrimonio, de los hijos habidos en cada matrimonio, de los hijos del testador con distinción de vivos y muertos y el nombre, apellido y domicilio de cada uno de los testigos. Si se omitiere alguna de estas designaciones el testamento no será nulo, siempre que no haya duda acerca de la identidad personal del testador, notario y testigos (Art. 1064 C.C.)

3-. El testador debe hacer conocer sus disposiciones al Notario y a los testigos. Este conocimiento se obtiene a través de la lectura del Notario. El testamento puede escribirse previamente, pero en todo caso será leído por el notario o por uno de los testigos en alta voz

4.- Unidad de acto 1053, 1055 C.C.

5.- Suscripción

TESTAMENTO SOLEMNE CERRADO

Testamento cerrado o secreto es aquel en que no es necesario que los testigos tengan conocimiento de las disposiciones. Hay una sola forma de otorgar testamento cerrado: ante Notario y cinco testigos (Art. 1046 C.C.)

**Esencia del testamento cerrado**

Lo que constituye esencialmente el testamento cerrado es el ACTO en que el testador presenta al Notario y testigos una escritura cerrada, declarando de viva voz y de manera que el Notario y testigos le van, oigan y entiendan, que en aquella escritura se contiene su testamento. Los mudos podrán hacer esta declaración escribiéndola a presencia del Notario y testigos.

**Requisitos**

1.- Otorgarse ante Notario y cinco testigos

2.- Escrituración y firma. El testamento debe estar escrito o al menos firmado por el testador (Art. 1061)

3.- Cubierta cerrada. Art. 1061 C.C. y 620 C. P. C . La cubierta del testamento estará cerrada o se cerrará exteriormente, de manera que no pueda extraerse el testamento sin romperla. Queda al arbitrio del testador poner un sello o marca, o emplear cualquier otro medio para la seguridad de la cubierta. El Notario expresará en la cubierta, bajo el título testamento, la circunstancia de hallarse el testador en su sano juicio; el nombre, apellido y domicilio del testador y de cada uno de los testigos; y el lugar, día, mes y año del otorgamiento. Termina el otorgamiento por las firmas del testador y de los testigos; y el lugar, día, mes y año del otorgamiento

4.- Declaración de viva voz (Art. 1061)

5.- Expresiones y declaraciones

6.- Unidad de acto

7.- Firmas en la cubierta

Terminado el otorgamiento el testamento puede quedar en la Notaría o puede entregarse al testador.

Apertura del testamento

La apertura del testamento cerrado es un acto que tiene lugar luego del fallecimiento del causante. La apertura del testamento puede realizarse, a elección de los interesados, ante el juez de familia, mujer, niñez o adolescencia, del lugar en que se otorgó el testamento (621 CC.) observando las normas del artículo 620 y siguientes del Código de Procedimiento Civil o ante el Notario, quien actúa conforme la facultad del Art. 18 de la Ley Notarial. En todo caso el presupuesto es que antes de abrir el testamento el Notario y los testigos reconozcan su firma y la del testador y declaren que, en su concento, el testamento está cerrado, sellado o marcado como en el acto de la entrega, es decir que no se ha producido ninguna alteración. Si no pueden comparecer todos los testigos, bastará que el Notario y los testigos instrumentales presentes reconozcan sus firmas y la del testador, y abonen las de los ausentes. En caso necesario y siempre que el juez lo estime conveniente, podrán ser abonadas las firmas del Notario y testigos ausentes por testigos que no tengan tacha y sean de conocida honradez (Art. 621 C.P.C). Una vez practicado el reconocimiento y declarada la validez e integridad del testamento se procede a la lectura, previa publicación del día y hora por la prensa, y luego a la publicación y protocolización (Art. 622 C.P. C)

Personas obligadas a otorgar cierta clase de testamento

Generalmente el testador puede escoger si otorga testamento abierto o cerrado, pero hay casos especiales en que la ley no permite esta opción:

 ANALFABETO 1060

Obligados a otorgar testamento ABIERTO

 PERSONA CIEGA 1057

 PERSONA SORDA que puede darse a entender

Obligados a otorgar testamento CERRADO por escrito o por lenguaje de señas 1062

 EXTRANJERO que no entiende idioma notario

 y testigos

TESTAMENTO SOLEMNE OTORGADO EN EL EXTRANJERO

El Ecuador reconoce la validez y eficacia del testamento otorgado en territorio de dos formas:

-conforme a la ley ecuatoriana

-conforme a la ley extranjera

 **I. Testamento otorgado conforme a la ley ecuatoriana**

Vale en el Ecuador el testamento otorgado en país extranjero con tal que concurran estos requisitos (Art. 1066)

1.- No podrá testar de este modo sino un ecuatoriano o un extranjero que tenga su domicilio en el Ecuador (competencia en razón de las personas)

2.- No podrá autorizar este testamento sino un funcionario consular o diplomático. SE hará mención expresa del cargo, y de los referidos título y patente;

3.- Los testigos serán ecuatorianos; o extranjeros domiciliados en la ciudad donde se otorgue el testamento;

4.- Se observarán, en lo demás, las reglas del testamento solemne otorgado en el Ecuador; y,

5.- El instrumento llevará el sello de la legación o consulado

El testamento debe llevar, de conformidad con el Art. 1067 C.C. la firma o el visto bueno y la rúbrica del jefe de legación, luego se remitirá una copia del testamento abierto o de la cubierta del cerrado al Ministerio de Relaciones Exteriores, quien lo enviará al juez del último domicilio del testador en el Ecuador, par que lo haga protocolizar

**II. Testamento otorgado conforme a ley extranjera**

Valdrá en el Ecuador el testamento escrito, otorgado en país extranjero, si por lo tocante a las solemnidades se hiciere constar su conformidad a las leyes del país en que se otorgó, y si además se probare la autenticidad del instrumento respectivo, en la forma ordinaria -1065 CD.C.-. De manera que para que un testamento otorgado conforme a la ley extranjera tenga eficacia en el Ecuador y pueda inscribirse en el Registro Civil debe cumplir dos exigencias: probar la conformidad del testamento con la ley extranjera, respecto de la forma y probar la autenticidad del instrumento.

1.- La conformidad a la ley del país extranjero en lo tocante a las solemnidades se acredita probando la ley extranjera en la forma señalada en el Art. 189 CPC, que dice que el litigante que funde su derecho en una ley extranjera, la presentará autenticada, lo cual podrá hacerse en cualquier estado del juicio. La certificación del respectivo agente diplomático sobre la autenticidad de la ley, se considerará prueba fehaciente.

2.- El Art. 16 del Código Civil establece que la forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del lugar en que hayan sido otorgado. Su autenticidad se probará según las reglas establecidas en le Código de Procedimiento Civil. La disposición aclara que 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. Se autentica o legalizan los instrumentos otorgados en territorio extranjero en la forma prevista en el Art. 190 C:P.C, que regula la autenticación y legalización en la vía diplomática, además es posible autenticar o legalizar un documento apostillándolo

La prueba de la conformidad con la ley extranjera respecto de las formas y la autenticidad del documento suponen un control de legalidad ante el juez nacional, conforme el Art. 32 de la Ley de Registro.

SUCESION FORZOSA

La ley reserva parte del patrimonio de una persona a favor de determinadas personas (cónyuge, hijos, descendientes en línea recta) ligadas a él por vínculos cercanos: consanguinidad, matrimonio o unión de hecho.

Definitivamente la sucesión forzosa limita la voluntad del causante, en este caso prevalece la ley sobre la intención del testador y le obliga a dejar una parte de su patrimonio a su cónyuge, hijos o descendientes. Las personas que no tienen asignatarios forzosos pueden disponer libremente de su patrimonio

**Definición:**

Asignaciones forzosas son las que el testador está obligado a hacer, y que se suplen cuando no las ha hecho, aún con perjuicio de las disposiciones testamentarias expresas. – Art. 1194 C. C.

ASIGNATARIOS FORZOSOS ASIGNACIONES FORZOSAS

Padres e hijos legítimas

Descendientes cuarta de mejoras

Cónyuge porción conyugal

Características de las asignaciones forzosas

* Prevalece la voluntad de la ley sobre la voluntad del testador
* La lectura del artículo 1194 del Código Civil cuando dice que son las que el testador está obligado a hacer, parecería dar a entender que las asignaciones forzosas se aplican únicamente en la sucesión testada , pero en realidad, las asignaciones forzosas operan en la sucesión intestada, pero el legislador se refirió al caso del testamento, porque en este espacio es dónde podrían ser desconocidas
* Para proteger a las asignaciones forzosas el legislador a ideado medios directos e indirectos como: interdicción del disipador, insinuación de las donaciones irrevocables, limitación a las donaciones por causa de matrimonio (no pueden exceder de la ¼ parte de los bienes propios del cónyuge, los acervos imaginarios que permiten acumular imaginariamente las donaciones a legitimarios y las donaciones a extraños
* La prohibición de sujetar las legítimas a modalidades: plazo, condición, modo o cualquier otro gravamen -1215 CC.-
* La acción que hace respetar las asignaciones es la reforma de testamento (1239 y ss)
* El testador no debe respetar las asignaciones forzosas en los casos de incapacidad del asignatario por indignidad o desheredamiento

PORCION CONYUGAL

Definición: Es la parte del patrimonio de una persona difunta, que la ley asigna al cónyuge sobreviviente, que carece de lo necesario para su cóngrua sustentación. Es una asignación de deducción previa, esto quiere decir que junto con los gastos de funeral y de última enfermedad, con las deudas hereditarias y con los impuestos del S.R.I, se deduce antes de formar el acervo líquido, conforme al Art. 1001 del Código Civil. La porción conyugal equivale a la cuarta parte de los bienes de una persona difunta

Requisitos para que el cónyuge sobreviviente tenga derecho a porción conyugal

-Que no tenga bienes en igual o mayor cantidad a lo que le correspondería por porción conyugal, salvo que estos bienes tengan su origen en el testamento hecho por el cónyuge causante en cuyo caso se aplica la disposición del Art. 1202 del C.Civil. Este supuesto se cumple cuando el cónyuge carece totalmente de bienes (porción conyugal íntegra) o cuando tiene bienes pero en menor cantidad que lo que le corresponde (porción conyugal complementaria). Para determinar lo bienes que tiene o no el cónyuge se incluyen: gananciales, bienes exclusivos adquiridos antes del matrimonio a cualquier título o durante él a título gratuito.-1199-. El cónyuge tiene un derecho de opción que consiste retener lo que posea o se le deba, renunciando la porción conyugal, o pedir la porción conyugal, abandonando sus otros bienes y derechos (Art. 1200 C. C.)

-Que sea digno de suceder al causante

LEGITIMAS

Definición: legítima es la cuota de los bienes de un difunto que la ley asigna a los legitimarios. Los legitimarios son, por consiguiente, herederos. Son legitimarios: los HIJOS y los PADRES – 1204 y 1205 C.C.- En realidad tienen tal calidad las personas que están más cerca del causante el línea ascendente y descendente, pero en el caso de que una persona tenga padres e hijos, estos últimos excluyen a los primeros. En el caso de los legitimarios se aplica el derecho de representación, aunque la sucesión sea testamentario, ellos son representados según el oren y reglas de la sucesión intestada – Art. 1206- La legítima corresponde a la mitad de los bienes previas las deducciones del Art. 1001 (gastos, deudas, impuestos y porción conyugal). El testador puede indicar, a través de legados, los bienes con que se van a pagar las legítimas, pero no puede tasarlos. Las legítimas tienen preferencia para el pago

Características de las legítimas

1 Asignación forzosa

2 No puede sujetarse a modalidad

3 El testador puede señalar con qué especies se pueden pagar las legítimas 1220

4 Tiene preferencia para el pago

Clases de legítimas

Las legítimas pueden ser de dos clases: rigorosa y efectiva.

A la legítima rigorosa se refiere el artículo el artículo 1207 cuando dice que equivale a la mitad de los bienes previas las deducciones y del Art. 1001. Es la parte que le cabe al legitimario dentro de esta mitad. En definitiva:

Legítima rigorosa = Acervo líquido/2 y dividido para el número de legitimarios por partes iguales

La legítima efectiva

Se forma en base de la legítima rigorosa más lo que acrece a ella por la masa de bienes que el testador ha podido disponer a título de mejoras y con absoluta liberad a título de cuarta de libre disposición y no lo ha hecho o si lo ha hecho ha quedado sin efecto la disposición. Por tanto

Legítima rigorosa= legítima efectiva + cuarta de mejora + cuarta de libre disposición dividida para el número de legitimarios por parte iguales

Como se determinan las legítimas

* La legítima es igual a la mitad de los bienes de difunto, previas las deducciones del Art. 1001 con lo que se forma el acervo líquido
* Si hay agregaciones 1208 y 1209 o sea se forman acervos imaginarios estos deben acumularse al acervo líquido
* La mitad legitimaria se divide por cabezas o por estirpes, conforme al 1025. Cabezas significa que el asignatario, en forma directa, toma la parte que le corresponde. Por estirpes se recibe lo que corresponde al legitimario a quien se representa y esta parte se divide entre todos los representado.
* Si no hay hijos y descendientes con derechos suceder el acervo líquido se divide en ½ legitimaria para los padres y ½ de libre disposición

Para establecer el monto de las legítimas y mejoras es preciso conocer cómo se constituyen los acervos.

CLASES DE ACERVOS

ACERVO COMUN= BIENES DEL CAUSANTE + BIENES OTRA PERSONA (cónyuge, socio, condueño, etc)

ACERVO ILÍQUIDO= ACERVO COMÚN – BIENES OTRA PERSONA

ACERVO LIQUIDO= ACERVO ILÍQUIDO- DEDUCCIONES ART . 1001 C.C

PRIMER ACERVO IMAGINARIO= ACERVO LIQUIDO + DONACIONES A LEGITIMARIOS

SEGUNDO ACERVO IMAGINARIO= ACERVO LÍQUIDO + EXCESO DONACIONES A EXTRAÑOS

\*exceso de donaciones a extraños= 1er acervo imaginario + donación a extraño < ¼ l. dispo.

CUARTA DE MEJORAS

Equivale a la ¼ parte de bienes del causante de la cual hace el testador la distribución que quiera entre sus descendientes. Puede asignar a uno o más de estos descendientes toda la cuarta, con exclusión de los otros

Características de las mejoras

* Constituyen una asignación forzosa
* No se presumen
* No son susceptibles de sujetarse a modalidad

ACCIÓN DE REFORMA DE TESTAMENTO

Es un medio directo y eficaz que otorga el legislador a los asignatarios forzosos para amparar y defender sus legítimas, mejoras y porción conyugal. Esta acción se halla establecida en el Art. 1239 del Código Civil. La acción prescribe en cuatro años desde que los asignatarios perjudicados tuvieron conocimiento del testamento.

ACCION DE INOFICIOSA DONACIÓN

Si fuere tal el exceso que no sólo absorba la parte de bienes de que el difunto ha podido disponer a su arbitrio, sino que menoscabe las legítimas rigorosas, o la cuarta de mejoras, tendrán derecho los legitimarios para la restitución de lo excesivamente donado, procediendo como los donatarios, en orden inverso al de las fechas de las donaciones, esto es principiando por las más recientes. Art. 1210 C.C.

BENEFICIO DE INVENTARIO

Con el fin de evitar que se repudien herencias excesivamente gravadas el legislador crea una forma de privilegio a favor de los herederos (no de legatarios) llamado beneficio de inventario

El heredero tiene tres opciones respecto de la herencia: aceptar simplemente, repudiar y aceptar con beneficio de inventario. En cambio el legatario puede aceptar o repudiar la cosa materia del legado.

Para establecer los efectos de la aceptar se debe distinguir si el heredero acepta con beneficio de inventario o no lo hace. La disposición del artículo 1268 dice: El que hace acto de heredero, sin previo inventario solemne, sucede en todas las obligaciones transmisibles del difunto, a prorrata de su cuota hereditaria, aunque le impongan un gravamen que exceda el valor de los bienes que hereda. Habiendo precedido inventario solemne, gozará del beneficio de inventario.

Para reforzar la importancia del beneficio de inventario, como mecanismo de limitar la responsabilidad de los herederos, se debe recordar que los asignatarios a título universal suceden no solamente en el activo, sino en el pasivo (deudas hereditarias y cargas testamentarias) y que una herencia no siempre equivale a enriquecimiento

**Definición:**

El beneficio de inventario es un privilegio que consiste en no hacer a los herederos que aceptan responder de las deudas más allá de los bienes que heredan. Esta institución de origen romano es propia de los herederos, porque como ya se dijo los legatarios tienen dos opciones: aceptar o repudiar.

**Requisito**

El único requisito para que opere el beneficio de inventario es que el heredero pida ante uno de los jueces de las unidades de familia niñez y adolescencia la confección de un inventario solemne. Es preciso distinguir entre inventario y beneficio de inventario, el inventario es la herramienta procesal para obtener del beneficio que es el privilegio de limitación de responsabilidad.

**Solemnidades para la formación de inventario**

El inventario es un acto procesal de carácter formal confeccionado dentro de un proceso de jurisdicción voluntaria que, por su naturaleza, debe cumplir formalidades y solemnidades que están previstas en la ley. En general en la formación de un inventario se observa lo prevenido para el inventario de los pupilos en los artículos 407 408 del Código Civil, la norma del Art. 1276 del Código Civil y las normas procesales de los artículos 629 y siguientes del Código Civil. Se debe enfatizar que el inventario es uno solo que lo que puede modificarse es la tasación o avalúo de los bienes y que estas normas son igualmente útiles para disolución de la sociedad conyugal o cuando existe cualquier forma de comunidad o de copropiedad

**Personas llamadas a intervenir en el inventario**

Es decir las personas a quienes se debe citar con la demanda de inventario: albacea, el curador de la herencia yacente, los herederos presuntos testamentarios o abintestato, el cónyuge sobreviviente, los legatarios, los socios de comercio, los fideicomisarios y todo acreedor hereditario que presente el título de su crédito. Estas personas tienen derecho a intervenir en el inventario y pueden hacerlo o no, inclusive firmar o no el inventario.

El Código de Procedimiento Civil establece las formalidades mínimas de acuerdo con los bienes que se inventarías y con las personas interesadas:

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| supuesto | juez | secretario | Perito | 2 testigos | Norma |
| h. yacentefijación sellos | X | X | X | X | 630 CPC |
| incapaces |  | X | X | X | 632 CPC |
| caso común |  |  | X | X | 633 C.P.C |
| b. exiguos menor\* |  |  |  |  | 634 C.P.C |

\*Si los bienes de niños, niñas y adolescentes son exiguos no hay inventario solemne sino un simple apunte privado

**Personas obligadas a aceptar con beneficio de inventario**

1.- Coherederos deben acogerse al beneficio de inventario cuando uno de ellos acepta de esta manera Art. 1271C.C.

2.- Herederos fiduciarios 1274 C.C.

3.- Personas jurídicas de Derecho Público 1273 C. C.

4.- Otros incapaces 1273 inc. 2

5.- Heredero ausente 1255 inciso final C.C.

**Quiénes no pueden aceptar con beneficio de inventario**

1.- el que hizo actos de heredero sin previo inventario 1268

2.- El que de mala fe omitió mencionar bienes de la sucesión

**Efectos del beneficio de inventarios**

1.- Límite de responsabilidad 1280 C.C. El heredero beneficiario no responde de las obligaciones sino hasta el valor de lo que recibe, valor que se fija en base de la tasación de los bienes en la sentencia ejecutoriada. Si se omite inventariar un bien es posible hacerlo posteriormente y se agrega el valor, este es el único caso en que aumenta la responsabilidad. Por lo general una vez ejecutoriada la sentencia que aprueba el inventario y la tasación de los bienes no aumenta ni disminuye la responsabilidad, que queda fijada en el valor de los bienes tasados 1283, es indiferente que los bienes aumenten o disminuyan de valor.

2.- Las deudas y créditos del beneficiario no se confunden con los de la sucesión Art. 1281

3.- Los acreedores del causante gozan de beneficio de separación 1394

4.-El beneficiario puede abandonar los bienes a los acreedores 1284, previa rendición de cuentas aprobada por el juez

5.- El beneficiario debe pagar las obligaciones con bienes de la sucesión y tiene obligación de rendir cuentas 1284- 1281. Consumidos los bienes pude pedir que se cite a los acreedores para que aprueben las cuentas. De esta manera se extingue su responsabilidad

6.- Aprobadas las cuentas y extinguida la responsabilidad tiene una excepción perentoria 1286 para oponer en caso de ser demandado por los acreedores

PARTICIÓN DE BIENES

Cuando existen varios herederos se forma entre ellos, al fallecimiento del causante, un ESTADO DE INVISIÓN, respecto de los bienes dejados por éste. El estado de indivisión no es una institución exclusiva de la sucesión por causa de muerte, sino que surge también como producto de la disolución de la sociedad conyugal, de la disolución de una sociedad civil o mercantil, en casos de copropiedad o comunidad. El estado de indivisión termina por la PARTICIÓN, que permite asignar a cada cual bienes equivalentes a sus derechos en la indivisión (derecho real de herencia)

Se dice que hay indivisión cuando dos o más personas tienen derechos de cuota sobre una misma cosa individual o sobre una universalidad de hecho (negocio) o de derecho (sociedad conyugal o herencia)

La jurisprudencia chilena define a la partición como un conjunto complejo de actos encaminados a poner fin al estado de indivisión mediante la liquidación y distribución entre los copartícipes del caudal poseído proindiviso en partes o lotes que guardan proporción con los derechos cuotativos de cada uno de ellos” (Revista de Derecho Jurisprudencia, tomo XXIII, sección primera p. 256, citada por Somarriva Undurraga, Manuel, “Derecho Sucesorio”, Chile, Editorial Nascimento, p. 546”

**Formas de realizar la partición**

1.- Por el propio causante, a través de acto testamentario

2.- Por acuerdo de los copartícipes 1350 C.C. 1345

3.- Por acción judicial, en este caso el juez se sujetará a las reglas del Código Civil

**Acción de partición. Características**

1.- Es una acción personal, en consecuencia debe dirigirse en contra de todos y cada uno de los comuneros, si la partición se efectúa con exclusión de alguno de ellos la decisión le será inoponible;

2.- Es imprescriptible e irrenunciable

3.-El juez competente es el juez del último domicilio del causante -1344-

4.- En el sistema ecuatoriano la partición comprende dos etapas: a) cuestiones de previa resolución y b) partición y adjudicación de bienes. El art. 1347 del Código Civil dice que antes de proceder a la partición se decidirán por la justicia ordinaria las controversias sobre derechos a la sucesión por testamento o abintestato, desheredamiento, incapacidad o indignidad de los asignatarios. También son de previa resolución las cuestiones sobre propiedad de objetos en que alguno alegue un derecho exclusivo

**Reglas para la partición (Art. 1353)**

1.- Si los bienes admiten cómoda división, ésta deberá hacerse en naturaleza. Si la cosa no admite división debe venderse en licitación privada o pública

2.-Tratándose de bienes susceptibles de división se forman lotes, con intervención de un perito y para la adjudicación se prefiere el acurdo de las partes. De no existir acuerdo se sortean los lotes.

3.- La partición incluye los frutos civiles y naturales producidos después de la muerte del causante, los créditos cobrados, la distribución de deudas hereditarias y cargas testamentarias

4.- La partición se protocoliza e inscribe

5.- el efecto de la partición consiste en que concluye el proceso sucesorio y, por tanto, la sucesión por causa de muerte opera como modo de adquirir bienes o derechos determinados

6.- La acción de partición no puede tramitarse sin que preceda la facción de inventario

7.- La adjudicación tiene efecto declarativo y retroactivo, cada uno de los copartícipes de una cosa que se poseía proindiviso, se entenderá haber poseído exclusivamente la parte que por la división le cupiere, durante todo el tiempo que duró la división

8.- No cabe división de los derechos de servidumbre ni de la propiedad fiduciaria

9.- El cesionario del derecho real de herencia tiene derecho a pedir la partición

ALBACEAS O EJECUTORES TESTAMENTARIOS

**Definición:** Ejecutores testamentarios o ALBACEAS son aquellos a quienes el testador da el encargo de hacer ejecutar sus disposiciones.

Origen de la palabra: español antiguo, palabra de raíz árabe

Naturaleza jurídica: mandato Art. 2073 C.C.

**Características:**

* Por tratarse de un encargo de confianza es intransmisible 1300
* Es indelegable 1301
* Las facultades están señaladas en la ley, el testador no puede ampliarlas ni exonerarle de sus obligaciones. En nuestra legislación únicamente existe albacea testamentario. (1319)
* Es una forma de mandato remunerado -1323-
* La duración del albaceazgo puede ser fijada por el testador. Si no lo hace dura un año desde el día que el albacea haya comenzado a ejercer su cargo. Con todo el juez puede prorrogar el encargo por un año más – 1325 y 1326
* Pueden existir varios albaceas, con responsabilidad solidaria 1302
* No poder ser albacea un menor ni ejercer el encargo un incapaz 1295-1296
* El albacea puede ser simultáneamente heredero
* El albacea no está obligado a aceptar el cargo, pero si no justica la renuncia constituye causa de indignidad 1298

**Obligaciones del albacea**

Toca al albacea velar sobre la seguridad de los bienes, hacer que se guarden bajo llave y sello el dinero, muebles y papeles, mientras no haya inventario solemne y cuidar que se proceda a ese inventario, con citación de los herederos y de los demás interesados en la sucesión; salvo que, siendo todos los herederos capaces de administrar sus bienes determinen, unánimemente que no se haga inventario solemne-1305

El albacea está obligado a dar noticia de la apertura de la sucesión -1306-, debe hacer frente a los acreedores hereditarios -1307, debe pagar las deudas hereditarias con intervención de los herederos presentes o del curador de la herencia yacente, en su caso. El albacea también debe cumplir o pagar los legados que no se haya impuesto a determinados herederos -1311-. Está facultado, además, a vender los bienes para el pago de deudas y legados -1314 y puede comparecer en juicio para defender la validez del testamento o cuando sea necesario para llevar a efecto las disposiciones testamentarias -1316

**Clases de albacea**

1.- albacea con tenencia de bienes. El testador podrá dar al albacea la tenencia de cualquiera parte de los bienes o de todos ellos. El albacea tendrá en este caso las facultades y obligaciones que el curador de la herencia yacente, pero no está obligado a rendir caución

2.- albacea sin tenencia de bienes. Designado por el testador con las facultades generales señaladas en el Código

3.- albacea fiduciario. El testador puede hacer encargos secretos y confidenciales al heredero, al albacea, y a cualquiera otra persona, para que se invierta en uno o más objetos lícitos una parte de bienes de que pueda disponer libremente. El encargado de ejecutarlos se llama albacea fiduciario

**Prohibiciones a que están sujetos los albaceas**

En el ejercicio de su cargo los albaceas tienen ciertas prohibiciones:

1.- Llevar a cabo disposiciones testamentarias contrarias a la ley-1322-;

2.- Celebrar ciertos actos con la sucesión, especialmente actos y contratos en los que tenga interés

**Extinción del albaceazgo**

El albaceazgo termina de varias maneras:

* Normalmente por la llegada del plazo
* Normalmente por el cumplimiento del encargo
* Por la remoción del albacea por culpa o dolo
* Por incapacidad sobreviniente
* Por muerte
* Por renuncia
* Por la no aceptación del encargo

**DONACIONES**

**Definición**

Este término comprende a contratos (donación entre vivos) y actos unilaterales (donaciones por causa de muerte y por causa de matrimonio), donaciones con causa y donaciones sin causa (donaciones remuneratorias), por lo que es muy difícil definir a la donación, no obstante Fernando López de Zavalía dice que

“Donación es el actor jurídico entre vivos, referido a una relación patrimonial que no sea de garantía y realizado con espíritu de liberalidad, por el cual una persona enriquece gratuitamente a otra, liberándola de un deber, o transfiriéndole un derecho preexistente o transfiriéndole u obligándose a transferirle un derecho real” (López de Zavalía, J Fernando, “Teoría de los Contratos”, Partes Especial, Buenos Aires, Víctor de Zavalía Editor, 1976,p. 361)

DONACIONES IRREVOCABLES ENTRE VIVOS

El libro III del Código Civil tiene un epígrafe que dice “De la sucesión por causa de muerte y de las donaciones entre vivos”. Toda la doctrina y la jurisprudencia se han pronunciado, en forma unánime en el sentido de que la ubicación de las donaciones entre vivos no es apropiada, porque son contratos y lo único que tienen en común con la sucesión por causa de muerte es que son formas de adquirir el dominio a título gratuito

**Definición:**

Donación irrevocable, es decir la “donación entre vivos es un acto por el cual una persona transfiere gratuita e irrevocablemente una parte de sus bienes a otra persona, que la acepta”. Art. 1402

La definición señala el carácter irrevocable de la donación, por eso inciso segundo del artículo 1163 señala que la donación entre vivos es lo mismo que donación irrevocable y también deja en claro que se trata de un contrato y no de un acto jurídico unilateral. La donación entre vivos es un cuerdo de voluntarios entre el donante quien transfiere una parte de sus bienes y el donatario que acepta. Lamentablemente se confundió acto jurídico unilateral con contrato unilateral, definido en el artículo 1455 que dice que el contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra, que no contrae obligación alguna; y bilateral cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente.

**Características de las donaciones entre vivos**

“1.- Es un contrato gratuito, porque es el donante sufre gravamen y el donatario el que recibe el beneficio

2.- Es un contrato unilateral, porque de él sólo nacen obligaciones para el donante; excepcionalmente puede generar obligaciones para el donatario como el caso de la donación a título singular con cargo de pagar deudas del donante. 1436

3.- Un contrato principal, porque subsiste por si solo;

4.- Un contrato nominado, porque está reglamentado por el legislador

5.- Por regla general un contrato consensual, aunque este carácter de consensual de las donaciones tiene tantas excepciones que en el hecho la regla general es la contraria…

6.- Un contrato de ejecución instantánea, salvo el caso de las donaciones de pensiones periódicas:

7.- Un contrato entre vivos: incluso la donación es la única forma de adquirir a título gratuito por acto entre vivos.- Es un contrato de excepción, porque nunca se presume.

8.- Es un contrato de excepción , porque nunca se presume

9.- Es irrevocable

10. La donación es a título singular

11.- Es un título translaticio de dominio ….” (Somarriva, opcit, pp. 668 y ss)

El donatario no tiene acción de saneamiento – 1438- ni saneamiento por evicción - 1439

Requisitos de la donación

* Los requisitos propios de los actos y contratos: capacidad, consentimiento, objeto y causa lícitos y solemnidades En la donación el consentimiento tiene dos etapas que son la oferta por parte del donante y la aceptación del donatario , en cosencuencia el donante puede revocar libremente la donación mientras no se produce la aceptación -1428-, pero una vez realizada el contrato se vuelve irrevocable . En cuanto a la capacidad el artículo 1403 dice que es hábil para donar entre vivos toda persona que la ley no ha declarado inhábil. Son inhábiles para donar ( Art. 1404 ) los que no tienen libre administración de sus bienes, salvo en los casos y los requisitos que las leyes prescriben Es capaz de recibir donaciones, al tenor del Art. 1405 toda persona que al ley no ha declarado incapaz, es incapaz de recibir donaciones la persona que no existe y las corporaciones o establecimientos que no son personas jurídicas, de conformidad con el artículo 1006, tampoco es capaz de suceder el curador del donante (1408). Nadie podrá aceptar por sino por sí mismo, o por medio de apoderado especial o apoderado general con administración de bienes -1427 Pueden aceptar sin necesidad de poder cualquier ascendiente o descendiente capaz de contratar El objeto de la donación es ilimitado, pero no puede donarse una obligación de hacer- 1412-. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente, este es el motivo que lleva a contratar. El contrato de donación es consensual pero en el caso de la donación de inmueble se requiere que se realice con escritura pública.
* No hay donación sin aumento del patrimonio del donatario -1414-
* Las donación entre vivos que no se insinuare , solo tendrá efecto hasta el valor de ochocientos dólares de los Estados Unidos de América y será nula en el exceso -1417. La insinuación es un trámite de jurisdicción voluntaria que puede realizarse ante el juez de familia o ante el notario.
* El que hace donación de todos sus bienes deberá reservarse lo necesario para su congrua subsistencia, si omitiré hacerlo podrá obligar al donatario a que de los bienes donados o de los suyos propis le asigne, a título de propiedad o de usufructo o renta vitalicia, lo que estimare suficiente, habida proporción a la cuantía de los bienes donados

 **Clasificación de las donaciones**

1.- Donación gratuita de bienes inmuebles debe otorgarse por escritura pública e inscribirse en el registro de la propiedad. Para que la donación tenga efecto debe insinuarse. Insinuación es la autorización del juez competente, solicitada por el donante o por el donatario. El juez autorizará las donaciones en que no se contraventa a ninguna disposición legal.

2.- Donación gratuita de muebles de menos de USD $800 es consensual

3.- Donación gratuita de muebles que valgan más de USD $800 requiere insinuación judicial

4.-Donaciones de pensiones periódicas, se requiere insinuación judicial o notarial siempre que lo que deba recibir el donatario en un quinquenio exceda la suma requerida para la insinuación

5.-Donación de muebles sujeta a plazo o condición debe hacerse con escritura pública o privada y con insinuación -1419

6.- Donaciones en que se impone al donatario un gravamen pecuniario o que puede apreciarse en una cantidad determinada de dinero, es consensual y no está sujeta a insinuación

7.- Donaciones de universalidades de hecho (negocio, establecimiento, librería) requiere inventario, insinuación, escritura pública e inscripción en su caso – 1423

 8.- Donación remuneratoria Se entiende por donaciones remuneratorias la que expresamente se hicieren en remuneración de servicios específicos, siempre que éstos sean de los que suelen pagarse. Si no constare por escritura privada o pública según los casos, que la donación ha sido remuneratoria, o si en la escritura no se especificaren los servicios, la donación se entenderá gratuita – 1449 -. Las donaciones remuneratorias, en cuanto equivalgan al valor de los servicios remunerados, no son rescindibles ni revocables, y en cuanto exceda este valor, deberán insinuarse.

**Donaciones que no son enteramente gratuitas**

1.- Donaciones con causa onerosa, como para que una persona abrace una carrera o estado, o a título de dote o por razón de matrimonio, se otorgarán por escritura pública, expresando la causa; y no siendo así, se considerarán como donaciones gratuitas. Estas donaciones están sujetas a insinuación – 1420-. Estas donaciones no dan derecho a evicción a menos que el donante haya dado una cosa ajena a sabiendas

2.- Donaciones con gravamen. Son aquellas en que se impone al donatario un gravamen pecuniario o que pueda apreciarse en dinero, como si a le dona USD $ 1.000 A Juan con la obligación de entregar USD 100 a B. Estas donaciones requieren insinuación siempre que, descontando el gravamen excedan de $800 -1421-. El donatario tiene derecho a que le reintegre lo que hubiera invertido en cubrir el gravamen con los intereses correspondientes -1439 inc. 2

3.- Donaciones sujetas a modalidad. 1419

**Extinción de las donaciones**

-Por causas generales de extinción de las obligaciones: nulidad absoluta por falta de insinuación -1417-, nulidad porque la donación no se otorga con escritura pública cuando la ley requiere esta solemnidad, nulidad relativa o rescisión en la donación de bienes del pupilo sin autorización, nulidad relativa por fuerza, dolo o error.

-Por causas especiales: rescisión de la donación por acción de inoficiosa donación, resolución de las donaciones -1330-y revocación de la donación en caso de ingratitud -1444-

DONACIONES POR CAUSA DE MATRIMONIO (REVOCABLES)

Esta clase de donaciones está regulada en el Art. 208 y siguientes del Código C ivil

**Definición:** Las donaciones que un esposo (antes del matrimonio) hace al otro antes de celebrarse el matrimonio y en consideración a él, y las donaciones que un tercero hace a cualquiera de los esposos antes o después de celebrarse el matrimonio y en consideración a él, se llaman en general donaciones por causa de matrimonio. Pueden calificarse como dote, arras o cualquier otra denominación.

**Características:**

-Las donaciones por causa de matrimonio pueden hacerse entres esposos o efectuarse por parte de un tercero a los esposos.

- Las donaciones tienen un límite equivalente a la cuarta parte de los bienes propios del aportante

 - Estás sujetas a las reglas generales del matrimonio, pero en todas ellas se entiende la condición de celebrarse o haberse celebrado el matrimonio

- Las donaciones que con los requisitos debidos se hagan los esposos uno a otro, en las capitulaciones matrimoniales no requieren insinuación, ni otra escritura pública que las mismas capitulaciones, cualquiera que sea la clase o valor de las coas donadas.

- Las donaciones entre cónyuges son siempre revocables -1164 inciso final

-Las donaciones entre cónyuges pueden hacerse por la forma de contrato entre vivos, si se trata de inmuebles con escritura pública o a través de capitulaciones matrimoniales. Si se hacen con escritura pública o privada se precisa insinuación si es por cantidad mayor a $800, si se realizan por medio de capitulaciones no hace falta otra escritura ni insinuación

En las donaciones entre cónyuges a pesar de que son revocables no hace falta que sea confirmada por el donante en acto testamentario para que subsista después de la muerte de este último.

**Revocatoria**

Las donaciones por causa de matrimonio son esencialmente revocables y su destino está ligado a la celebración, validez y vigencia del matrimonio. Por tanto la donación hecha favor del cónyuge de mala fe se revoca por nulidad del matrimonio-212. La donación también se revoca por no consumarse el matrimonio -214. El cónyuge inocente podrá revocar las donaciones que hubiere hecho al culpado, siempre que éste haya dado causa de divorcio, salvo los casos contemplados en el artículo 110 causal 8, e inciso 2 de la causal 11.

DONACIONES POR CAUSA DE MUERTE (REVOCABLES)

**Definición**: Donación revocable es la que el donante puede revocar a su arbitrio.

**Otorgamiento**

Para que la donación sea revocable puede otorgarse de dos formas:

1.- Con las solemnidades de una donación entre vivos (escritura pública o privada). En este caso el donante debe expresar que se trata de donación revocable. Para que valga después de la muerte del donante debe confirmarla expresamente en un testamento

2.- Con las solemnidades de un testamento abierto o cerrado, para revocar la donación puede revocar el testamento, pero no hace falta confirmación-1164-. Las donaciones revocables se confirman y dan la propiedad del objeto donado, por el mero hecho de morir el donante sin haberlas revocado, sin que haya sobrevenido en el donatario alguna causa de incapacidad o indignidad bastante para invalidar una herencia o legado; salvo el caso del artículo 1164, inciso segundo (si el otorgamiento de la donación se hiciere con las solemnidades de donaciones entre vivos) 1038

**Requisitos:**

* Capacidad del donante. Son nulas las donaciones revocables de personas que no pueden testar o donar entre vivos. Son nulas asimismo las donaciones entre personas que no pueden recibir una de otra, asignaciones testamentarias o donaciones entre vivos.
* La donación revocable puede estar seguida de tradición material, es decir de entrega de la cosa donada , en este caso el donatario adquiere los derechos y obligaciones de un usufructuario, pero no debe rendir la caución de conservación y restitución -1167
* Las donaciones revocables pueden ser a título singular o a título universal. Las donaciones a titulo singular son legados anticipados y se sujetan a las mismas reglas que los legados – 1168- . Las donaciones revocables a título universal comprende todos los bienes o de una cuota de ellos, equivale a institución de heredero y tendrá efecto desde la muerte del donante.
* Las donaciones revocables caducarán por el mero hecho de morir el donatario antes que el donante
* La revocación de la donaciones puede ser expresa o tácita

**INSTRUMENTOS PÚBLICOS Y PRIVADOS**

**Documento**

“Documento es toda cosa que seas producto de 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”. (Devis Echandía, Hernando, “Teoría General de la Prueba”, Buenos Aires, Victor P. de Zavalía, Editor, pp. 486)

**Naturaleza jurídica del documento**

El documento es un medio de prueba indirecto, real, objetivo e histórico. Puede ser representativo como fotografías, cuadros, planos, otras veces es declarativo, cuando contiene una declaración de voluntad, como una declaración juramentada, una declaración de terceros, una información sumaria, pero siempre el documento es un acto extra procesal.

El documento es una cosa, un objeto resultado de un acto humano que sirve para representar un hecho cualquiera. La doctrina sostiene que el documento no tiene, propiamente, naturaleza negocial pero puede tener por origen un negocio jurídico. Cuando el documento tiene un origen negocial supone una declaración de ciencia sobre los hechos que se narran: las partes en presencia del notario, el día tal, suscribieron un contrato de tal naturaleza, se señalan las prestaciones. Estos documentos son declarativos y constitutivos y sirven, a la postre como medios de prueba.

El documento es un medio de prueba real porque en su apreciación se considera no el acto humano que lo crea sino el objeto mismo

**Funciones del documento**

* Tiene una naturaleza sustancial y solemne, puesto que sirve para celebrar el negocio y contrato
* En ciertos casos es requisito para la existencia jurídica o para la validez del acto o contrato
* Desde el punto de vista procesal y probatorio es un medio de prueba que se incorpora al proceso, que da cereza a los derechos y a las relaciones jurídicas
* El documento es necesario, en algunas ocasiones, para ejercitar un derecho (títulos ejecutivos)
* Cuando la autenticidad o legalidad se halla establecida debidamente da mayor seguridad y eficacia a los negocios jurídicos y actos de comercio
* Cumple una función representativa cuando representa un objeto, una persona, un hecho, un acontecimiento por medios distintos a la escritura. Cumple una función declarativa cuando la representación consiste en la manifestación del pensamiento de quien lo crea o hace que se cree para él por otra persona. La función es narrativa cuando la declaración se limita a hacer constar hechos pasados o presentes o simplemente imaginados. El documento cumple una función constitutiva o dispositiva si la declaración crea, modifica o extingue una situación jurídica o un derecho

**Características del documento**

* En el documento se pueden distinguir dos sujetos el autor y el destinatario. Carnelutti enseña que el autor no es quien crea un documento en sentido material sino la persona a quien se lo atribuye, distingue entre elaborador y autor de un documento.
* Es materia del documento cualquier elemento que sirva para fines representativos: papel, cartón, madera, tela, material fotográfico, cintas grabadoras, discos, etc
* El documento es un medio de prueba de los hechos que en él se narran o representan
* Cuando se trata de documento declarativo (no representativo) hay diferencia entre el documento y la declaración que contiene, por ejemplo una cosa es el contrato y otra el documento que lo contiene

**Clases de documentos:** Se admiten varias formas de clasificar

POR SU NATURALEZA

 Representativos (planos, dibujos, cuadros, fotografías)

Puros: contienen declaración de

Declarativos (escritos, ciencia y dispositivos constitutivos

videograbaciones, discos cuando contienen actos de voluntad

 De contenido confesorio y de contenido testimonial

 Simplemente narrativos: si no contienen declaración alguna

 Figurativos, si representan pero no describen (fotografías)

POR SU OBJETO

 Origen negocial

Simplemente probatorios

Constitutivos de relaciones jurídica

POR SU EFICACIA Y FUERZA PROBATORIA

 Auténticos o legítimos

No auténticos o no legítimos

POR SU ORIGEN

públicos

privados

DIFERENCIA ENTRE DOCUMENTO E INSTRUMENTO

Documento es todo objeto, producto de un acto humano, que represente a otro hecho o a un objeto, una persona o una escena natural o humana; los instrumentos son una de las varias especies de documentos, que consisten en escritos públicos o privados, auténticos o sin autenticidad

INSTRUMENTO PÚBLICO

Definición: Es el autorizado con las solemnidades legales por el competente servidora o servidor. Si fuere otorgado ante notario e incorporado en el protocolo o registro público se llama escritura pública

Se consideran también instrumentos públicos los mensajes de datos otorgados, conferidos, autorizados o expedidos por y ante autoridad competente y firmados electrónicamente

El artículo 165 aclara que son instrumentos públicos los 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 la 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 convenidos celebrados ante notarios, con arreglo a la ley, los asientos de los libros y otras actuaciones de los funcionarios y servidoras o servidores del Estado o 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 la ley.

En consecuencia los instrumentos públicos no provienen únicamente de las instituciones del sector público sino que son los autorizados por personas encargadas de los asuntos correspondientes a su cargo o empleo, tal ocurre, por ejemplo, con los títulos de grado conferidos por colegios privados

**Efectos:**

De conformidad con el artículo 165 del Código de Procedimiento Civil hacen fe y constituyen prueba todos los instrumentos públicos. Este principio ratifica el hecho de que en el Ecuador rige, en materia procesal civil, un sistema de prueba semi tasada, en que la ley determina los efectos de los medios de prueba y concede mayor eficacia probatoria, en este caso, a los instrumentos públicos que a los instrumentos privados. De ahí que la norma señalada agrega que 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

**Eficacia probatoria**

La dimensión de la eficacia probatoria depende de la persona contra quién se haga valer el instrumento público.

Contra terceros: el instrumento público hace fe 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

Contra los otorgantes: el instrumento público hace fe en cuanto al hecho de haberse otorgado, en cuanto a su fecha y en cuanto a la verdad de las declaraciones que han hecho los interesados. Las obligaciones y descargos prueban respecto de los otorgantes y de las personas a quienes se transfieren o transmiten

**Instrumento auténtico**

Se suele confundir el instrumento auténtico con el instrumento público, pero son dos conceptos totalmente diferentes.

Instrumento auténtico es el que goza de certeza sobre su origen y su autor. En consecuencia todo documento público es auténtico, pero no todo documento auténtico es público. Carnelutti señala que son documentos públicos u oficiales los que provienen de funcionarios públicos y son autorizados por éstos; y auténticos los que dan fe de quien es su autor, es decir cuando se tiene certeza de que proceden del autor que en ellos se indica. De manera que es perfectamente posible que existan documento privados auténticos

Requisito para la eficacia probatoria del instrumento público o privado, otorgado en el Ecuador o en el extranjero

Uno de los requisitos para la eficacia probatoria del instrumento público o privado, otorgado en el Ecuador o en el extranjero es que su autenticidad esté establecida o presumida, es decir que exista certeza sobre la persona que firma el instrumento, aun cuando se trate de firma electrónica, eventualmente sobre la autorización que ha dado otra persona para firmar a ruego.

**Presunción de autenticidad**:

El Código de Procedimiento Civil presume la autenticidad de los instrumentos públicos autorizados en debida forma por el competente funcionario, de manera que no es preciso probar su autenticidad, cosa que no ocurre con los instrumentos públicos otorgados en el extranjero y con los instrumentos privados e inclusive con la propia ley extranjera

**Ley Extranjera**

El litigante que funde su derecho en una ley extranjera, la presentará autenticada lo cual podrá hacerse en cualquier estado del juicio. La certificación del respectivo agente diplomático sobre la autenticidad de la ley, se considerará prueba fehaciente. La autenticación de la ley implica que el funcionario diplomático certifique que esa ley está vigente en el país al que se refiere. Un caso en que se debe probar la ley extranjera es el previsto en el Art. 139 del Código Civil que obliga a quienes se casaron en nación extranjera a probar que la ley del lugar de la celebración fijaba como régimen matrimonial la sociedad de bienes

**Autenticación de instrumentos públicos otorgados en el extranjero**

Hay dos formas de autenticar un instrumento público otorgado en el extranjero: a) en base a las normas del Código de Procedimiento Civil y b) apostillándolo

1.- Por vía diplomática

La norma del artículo 190 del Código de Procedimiento Civil usa como sinónimos las expresiones autenticación y legalización. En realidad se regula la forma de autenticación de documentos públicos extranjeros, porque lo que se busca es la certeza sobre la persona o funcionario que otorga el documento en el extranjero. El Art. 190 del C.P.C establece un procedimiento para autenticar documentos extranjeros, con el objeto de que tengan eficacia jurídica en el Ecuador, procedimiento que consiste en la certificación del agente diplomático o consular del Ecuador en el país en que se otorgó el instrumento en el sentido de que el servidor o notario que autoriza el instrumento es realmente tal y que en todos sus actos hace uso de la firma y rúbrica que consta en el instrumento. Cuando no existe funcionario diplomático o consular puede autenticar y otorgar la certificación el agente diplomático o consular de otro país y legalizar la certificación el Ministerio de Relaciones Exteriores. Si en el lugar no hubiere funcionarios diplomáticos o consulares certificará o legalizará la primera autoridad política y una de las autoridades judiciales del territorio, expresándose esta circunstancia. La autenticación y legalización de los instrumentos otorgados en país extranjero, podrá también arreglarse a las leyes o prácticas del Estado en que se hiciere. Esta disposición mantiene coherencia con un principio de derecho internacional privado, recogido en la legislación interna, que señala que la forma de los instrumentos debe sujetarse a la legislación del país en que se otorga. El artículo 16 del Código Civil dice: 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 disposición el Art. 17 del Código Civil agrega que 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.

2.- Apostilla

Aparte del mecanismo señalado anteriormente es posible autenticar instrumentos públicos otorgados en el extranjero con las normas de convenios internacionales, ratificados por el Ecuador, que han instrumentado, a nivel internacional, otros medios con el objeto de facilitar que los instrumentos públicos se consideren autenticados en un país diferente al del otorgamiento.

El Ecuador se adhirió a la Convención de la Haya sobre Apostilla, Convenio 1,Registro Oficial 410 de 31-ago-2004. Este Convenio esta ratificado por el Ecuador y el nombre completo es "Convención para Suprimir la Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros", (Convención de la Haya sobre la Apostilla), suscrito en la Haya, Países Bajos, el 5 de octubre de 1961.

**Definición**

La apostilla consiste en la certificación sobre la veracidad de la firma, la calidad de la persona que firma el documento y cuando proceda la identidad del sello o timbre colocado sobre el documento, certificación que debe ser emitida por la autoridad competente designada en el país donde emana el documento. Cada estado contratante designará las autoridades competentes para emitir la apostilla. Según el artículo 4 de la Convención la apostilla será colocada sobre el documento o en una extensión del mismo, y deberá conformarse al modelo anexado a la Convención, redactada en el idioma del país que emite el documento.

La apostilla se emite a petición del signatario o portador del documento. En el Ecuador el Ministerio de Relaciones Exteriores ofrece el servicio de apostilla y ha notificado al Ministerio de Relaciones Exteriores de los Países Bajos que la competencia es exclusiva de sus funcionarios. En esa dependencia se mantiene un registro o fichero sobre las apostillas emitidas

**Inscripción de documentos otorgados en el extranjero**

Los documentos otorgados en el extranjero que deben inscribirse aun cuando se encuentren autenticados y traducidos, no pueden inscribirse sin pasar previamente por un control de legalidad realizado por un juez de primera instancia. En este caso el juez no realiza actividad jurisdiccional sino que es limita a comprobar que el instrumento esté autenticado y que, en cuanto a las formas, cumpla con las exigencias de la ley en que se otorgó. La prueba de la ley extranjera se efectúa en la forma prevista en el artículo 189 del Código de Procedimiento Civil. La Ley de Registro señala:

Art. 32.- Los instrumentos otorgados en naciones extranjeras no se podrán inscribir sin previa

providencia judicial que califique la legalidad de su forma y autenticidad

**Instrumentos Privados**

**Definición**

Instrumento privado es el escrito hecho por personas particulares sin intervención de notario ni de otra persona legalmente autorizad, o por personas públicas en actos que no son de su oficio. La definición del Art. 191 del Código de Procedimiento Civil establece, sin lugar a dudas que un instrumento no es público porque lo otorga quien es funcionario público sino que, además debe referirse a actos que son de oficio. Por ejemplo un contrato de venta de vehículos realizada a favor de por un Ministro de Estado, para que ingrese a su patrimonio personal es un instrumento privado.

**Eficacia probatoria**

Los instrumentos privados tienen una eficacia probatoria limitada pero hacen tanta fe como el instrumento público cuando lo reconoce el autor o se da por reconocido en los casos permitidos por la ley. Un instrumento privado no se convierte en público por efectos del reconocimiento, ni adquiere tal carácter por la protocolización.

**OBLIGACIONES, NEGOCIOS JURÍDICOS Y CONTRATOS.**

**CONCEPTO Y GENERALIDADES**

La obligación es un vínculo jurídico que coloca a una persona determina en la necesidad de dar, hacer o no hacer alguna cosa, respecto de otro, también determinada.

No se debe confundir los efectos de un contrato con los efectos de una obligación. Los efectos de un contrato son las obligaciones que crea, porque el contrato es el acuerdo de voluntades generador de obligaciones: El contrato es la causa, la obligación es el efecto que proviene de esa causa. De manera que los efectos de los contratos son las obligaciones que los contratos engendran para una o ambas partes. De modo que los efectos de las obligaciones, vienen a ser las consecuencias jurídicas que la ley desprende para el deudor o el acreedor de ese vínculo denominado obligación.

Lo normal y corriente de la vida jurídica, o lo que la ley supone como normal, es que el deudor cumpla voluntaria y espontáneamente su obligación, pero puede suceder que el deudor altere la normalidad jurídica que viole su compromiso, que se resista a ejecutar la abstención o prestación debida, y como el otro contratante se halla en la necesidad jurídica de cumplir de cumplir la obligación, la ley le da al acreedor ciertos medios para obtener que el deudor cumpla la obligación cuando la rehuse o la retarde, y estos medios que la ley de da al acreedor para conseguir del deudor el cumplimiento de la obligación, es lo que se conoce como “efectos de las obligaciones”. Por lo tanto, a los efectos de las obligaciones podemos definir como “**los derechos que la ley confiere al acreedor, para exigir del deudor su cumplimiento exacto, íntegro y oportuno de la obligación, cuando éste no la cumpla en todo o en parte, o está en mora de cumplirla”.**

Los efectos de las obligaciones son simple los mismos cualquiera que sea la fuente de donde la obligación emane: sea contractual, cuasicontractual, delictual, cuasidelictual o legal, los efectos que se producen en estos casos, son idénticos, porque la ley no distingue.

Los derechos que la ley le confiere al acreedor para perseguir el cumplimiento de la obligación son tres:

1) Un derechos principal para exigir en cuanto sea posible la ejecución forzada de la obligación, es, decir, se persigue el objeto debido, que el deudor realice la prestación o abstención debida, esto es, la ejecución forzada de la obligación, tiene por objeto el cumplimiento efectivo y específico de la obligación;

2) Un derecho secundario para perseguir indemnización de perjuicios, cuando del deudor no cumpla o esté en mora de cumplirla. Su objeto es reparar el daño causado por el incumplimiento total o parcial o por mora en el cumplimiento.

3) Derechos auxiliares destinados a dejar efecto el patrimonio del deudor al cumplimiento de la obligación, tomando las medidas necesarias para su seguridad y conservación, a fin de hacer posible ese cumplimiento de la obligación.

Son negocios jurídicos los actos, en especial las declaraciones, de una persona por lo menos limitadamente capaz, cuya finalidad sea producir efectos jurídicos. Negocios jurídicos obligatorios son aquellos que se dirigen a una obligación del actor; de ellos nace una relación obligatoria cuando se asume un deber de prestación.

Karl Larenz no dice: “La doctrina jurídica distingue entre negocios jurídicos unilaterales –a cuyo grupo pertenecen la mayor parte de las declaraciones constitutivas de derecho, como son las impugnaciones, la denuncia, el consentimiento-, negocios jurídicos bilaterales o contratos y negocios jurídicos plurilaterales, p, ej., acuerdos. (Derecho de Obligaciones. Tomo I, Pág. 55).

**REQUISITOS PARA OBLIGARSE**

De conformidad con el art. 1461 del Código Civil, para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario:

1.- Que sea legalmente capaz;

2.- Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio;

3.- Que recaiga sobre un objeto lícito; y,

4.- Que tenga una causa lícita.

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

Las personas capaces para realizar un acto o contrato, simplemente deben quererlo. De la voluntad dimana la obligación. La persona capaz se obliga porque quieren, y este querer se manifiesta:

* En contratos solemnes (a veces la ley reviste de solemnidades la manifestación de voluntad)
* Contratos consensuales (Otras veces se expresa la voluntad libremente)
* Contratos reales (O se requiere la entrega de una cosa)

En cualquiera de estas formas de producir un contrato, hay un principio de eficacia, que precisamente en los actos y contratos, se llama causa. La causa, es pues, el principio de eficacia, lo que produce la obligación por el querer de una o varias partes.

En cualquiera de estas formas de producir un contrato, hay un principio de eficacia, una causa eficiente, que precisamente en los actos y contrato, se llama causa. La causa es pues, el principio de eficiencia, lo que produce la obligación por el querer de una o varias personas.

Casi siempre la causa consiste en la obligación asumida o ya cumplida por la otra parte; así, en la compraventa, la causa por la que se paga el precio es por el compromiso del vendedor de entregar una cosa, y la causa de que el vendedor contraiga la obligación de entregar un bien, es el precio que la otra parte, comprador le ha dado o se ha obligado a pagar. Lo de la causa lo trataremos más adelante en forma detallada.

Para que la voluntad de una persona o de dos o más partes que realizan un contrato sea eficaz, se requiere que dicha voluntad esté libre de vicios. Los vicios jurídicos del consentimiento, quitan su eficacia a los actos voluntarios, vicios que son el error, fuerza y dolo, que los trataremos separadamente.

**LA CAPACIDAD.**

 La capacidad es la actitud para realizar actos jurídicos; condición propia de toda persona como sujeto de derechos y obligaciones para actuar válidamente en derecho. Calidad de quien puede por sí mismo manejar sus propios negocios jurídicos (capacidad de ejercicio).

Se define jurídicamente a la persona como el ente capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones; luego toda persona es capaz; así el artículo 1462 del Código Civil estipula: *“Toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces.”*

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

La capacidad ha sido contemplada en ángulos diversos que nos lleva a la consideración de la existencia de una capacidad general y de varias capacidades especiales; una capacidad de obrar y una capacidad de adquirir.

Pero, dentro de la capacidad para contratar, nuestra ley civil distingue la **capacidad de goce** y la **capacidad de ejercicio**; la primera es la que corresponde a todo individuo de la especie humana y también a toda persona jurídica; la capacidad de goce, es pues, general, universal, se extiende a todo sujeto de derecho, por esta generalidad rara vez se la menciona en las leyes; se da por supuesta y se aplica a todos.

En cambio, la capacidad de ejercicio es la que se define en el artículo 1461; cuando se habla de personas capaces se refiere por consiguiente a la capacidad de ejercicio, a las que pueden por sí mismas obligarse a exigir sus derechos. Quienes necesitan el ministerio de otra persona o bien la autorización de otro, tienen la capacidad de goce, pero no pueden por sí mismos ejercitar sus derechos o contraer obligaciones. Deben ser autorizados o representados para actuar.

La capacidad de ejercicio se traduce en el hecho por la capacidad de obligarse, porque la manera corriente de ejercer los derechos que nos pertenecen es por medio de actos jurídicos, y de éstos los contratos son los más frecuentes; de manera que la capacidad de ejercicio viene a ser la capacidad para contratar.

Los hermanos Mazeud definen a la capacidad indicando que ésta presenta dos aspectos muy diferentes: de una parte, es la *aptitud para adquirir un derecho, de ser su titular;* por otra parte, la *aptitud para ejercer los derechos*  de que se es titular (LECCIONES DE DERECHO CIVIL”, Parte Primera, Volumen IV, Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959, p. 192).

Por lo tanto, la capacidad es la regla general, la situación normal; la incapacidad es la excepción, por ello, la capacidad de goce o adquisitiva, es decir, la aptitud legal para adquirir derechos, la tiene, por regla general, toda persona por el sólo hecho de serlo, porque precisamente es persona todo ser que es capaz de adquirir derechos, de ser titular de un derecho; por excepción no tiene capacidad de goce el muerto civil que deja de ser una persona relativamente al derecho de propiedad. Mientras que la capacidad de ejercicio no se encuentra en la misma situación que la capacidad de goce; la capacidad de ejercicio no.

Toda persona física o moral, por tener la personalidad jurídica, es, en principio, plenamente capaz, tanto en el terreno de la capacidad de goce como en el de la capacidad de obrar. La capacidad es la regla; la incapacidad, la excepción.

**La incapacidad general y especial.**

La incapacidad de ejercicio puede ser de dos clases: general y especial o particular. Es general cuando se refiere a todo acto jurídico; la persona afectada por esta incapacidad no puede ejecutar ninguna clase de acto jurídico, excepto aquellos que expresamente la ley lo autoriza a ejecutar. La incapacidad es general en los casos de los absoluta y de los relativamente incapaces, porque unos y otros no pueden celebrar, por regla general, ningún acto jurídico, salvo aquellos que la ley expresamente les permite.

La incapacidad especial o particular es la que se refiere a la ejecución de ciertos y determinados actos jurídicos; los individuos afectados por una incapacidad particular pueden celebrar todos los actos de la vida jurídica, excepto aquellos actos o contratos que la ley les prohíbe. Estas incapacidades especiales **no son propiamente incapacidades**, sino prohibiciones establecidas por la ley, por razones de moralidad o de conveniencia pública, para que ciertas personas no puedan ejecutar ciertos actos; a ellos se refiere el inciso final del artículo 1463 del Código Civil.

Así, los cónyuges no pueden hacerse donaciones entre vivos, porque de otra manera sería muy fácil burlar a los acreedores del marido; por la mima razón es nula la venta entre cónyuges no divorciados, entre el padre y el hijo de familia; también se le prohíbe al tutor comprar los bienes de su pupilo y así existen varias disposiciones al respecto.

Por lo expuesto, constituye como única y verdadera incapacidad la general, es decir aquella que impide a la persona a quien afecta, la celebración de todo acto o contrato. La incapacidad general puede ser absoluta o relativa, según la mayor o menor extensión que la ley le da.

**Incapacidad absoluta.-**

Son incapaces absolutos aquellas personas que no pueden ejecutar acto jurídico alguno, bajo ningún respecto y en ninguna circunstancia, de manera que los actos que ejecutan no tienen ninguna eficacia y no producen siquiera obligación natural. La ley presume que estas personas carecen de voluntad y que por eso sus actos son nulos de nulidad absoluta, pues el primer requisito para la existencia de acto jurídico es la voluntad. Este tipo de incapacidades o los actos realizados por incapaces absolutos no pueden ser ratificados, no cabe tampoco novación ni caución para su validez, no producen ningún tipo de obligación.

Dentro de las incapacidades absolutas, el primer inciso del artículo 1463 del Código Civil establece: *“Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito. Sus actos no surten ni aún obligaciones naturales y no admiten caución”.*

**Los dementes.-**

Nuestro Código Civil no da una definición concreta de qué es un demente, únicamente refiere en su artículo 478 que: *“El adulto que se halla en estado habitual de demencia, deberá ser privado de la administración de sus bienes, aunque tenga intervalos lúcidos…”*

La Real Academia de la Lengua Española nos dice que la demencia es un trastorno de la razón, es un deterioro progresivo e irreversible de las facultades mentales que causa graves trastornos de conducta.

Otra definición nos dice que es la pérdida progresiva de las funciones cognitivas, debido a daños o desórdenes cerebrales. Esta alteración cognitiva provoca incapacidad para la realización de las actividades de la vida diaria.

Arturo Alessandri Rodríguez, nos indica en cambio que demente es el que padece de una enfermedad que lo priva de la razón: la expresión demente es amplísima, y caben dentro de ella todas las enfermedades mentales, sean congénitas o adquiridas y cualquiera que sea la denominación que se les dé, al Código Civil no le interesa averiguar las causas de la enfermedad y el nombre que le dé la ciencia; le basta que haya una enfermedad mental para que declare la incapacidad de la persona.

La incapacidad absoluta del demente deviene de la carencia de voluntad en sus actos; no puede celebrar acto jurídico alguno, ni siquiera adquirir la posesión de las cosas muebles, no es responsable de los delitos o cuasidelitos que cometa, porque el que no tiene voluntad no puede tener responsabilidad por actos que necesariamente la suponen.

No es necesaria la interdicción del demente para que sea incapaz absoluto, ya que el artículo 1463 del Código Civil refiere que el demente es absolutamente incapaz, sin agregar nada más; y todos los actos jurídicos ejecutados por un demente, esté o no en interdicción, serán nulos de nulidad absoluta. Sin embargo, la interdicción tiene importancia al momento de demostrar la existencia de dicha demencia, porque si el demente estaba declarado en interdicción, se presume de derecho su incapacidad, de manera que aunque haya ejecutado el acto en un intervalo de lucidez, dicho acto es nulo; al que alegue la nulidad le bastará exhibir el decreto de interdicción. En el escenario inverso, si el demente no está declarado en interdicción, está amparado por la presunción de que su acto es válido y será el que invoque la nulidad el que deberá demostrar que al tiempo del contrato existía esa demencia, y esa demostración es muy difícil de obtenerla.

Así el artículo 486 del Código Civil dispone: *“Los actos y contratos del demente, posteriores a la sentencia de interdicción, serán nulos, aunque se alegue haberse ejecutado o celebrado en un intervalo lúcido. Y por el contrario, los actos y contratos ejecutados o celebrados sin previa interdicción serán válidos, a menos de probarse que el que los ejecutó o celebró estaba entonces demente.”*

**Los impúberes.-**

El artículo 21 del Código Civil nos indica que: *“Llámese infante o niño el que no ha cumplido siete años; impúber, el varón, que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce; adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido dieciocho años, y menor de edad, o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos.”*

La pubertad es aquella edad en que el ser humano se encuentra preparado para reproducirse, mientras que los impúberes son aquellos individuos que aún no tienen esa capacidad fisiológica de reproducción.

Los impúberes, es decir aquellas personas varones menores de catorce años y mujeres mayores de doces años de edad, son absolutamente incapaces al igual que los dementes por la presunción legal de la inexistencia de voluntad en sus actos, ya que aún no han adquirido el suficiente desarrollo intelectual para celebrar contratos.

La distinción que realiza el Código Civil en su artículo 21 entre infante quien es el que no ha cumplido siete años e impúber propiamente dicho se refiere a los actos que pueden realizar estos incapaces, ya que el infante no puede adquirir ni siquiera la posesión de las cosas muebles, porque carece en absoluto de voluntad; mientras que el impúber sí puede adquirir la posesión si concurre la aprensión y la voluntad, pero no puede ejercer sus derechos sino por medio de su representante, como así lo estatuye el artículo 738 del Código Civil. De igual manera, lo infantes no son responsables del cometimiento de delitos o cuasidelitos por esa carencia de voluntad al igual que los dementes, mientras que los impúberes es responsable si se verifica que ha obrado con discernimiento.

**Los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito.**

Aunque el código Civil sigue manteniendo esta denominación de sordomudo, en la actualidad solo son personas sordas, pues, la persona que no puede hablar, si puede darse a entender por señas. También la persona sorda hoy puede utilizar varios dispositivos tecnológicos que le permitan oír, por lo tanto, estas personas en la práctica ya no serían incapaces absolutos. Es por ello que, aún ahora, según la ley no todo sordomudo es incapaz, sino únicamente aquel que no puede darse a entender por escrito.

El artículo 493 del Código Civil dice: *“Cesará la curaduría cuando el sordomudo se haya hecho capaz de entender y de ser entendido por escrito, si él mismo lo solicitare y tuviera suficiente inteligencia para la administración de sus bienes; sobre lo cual tomará el juez los informes competentes”.*

**Incapacidad relativa.**

Adolecen también de incapacidad general de ejercicio los relativamente incapaces, y son tales aquellas personas que si bien no pueden contratar por sí mismas, pueden sin embargo, ejecutar ciertos y determinados actos bajo ciertas aspectos y circunstancias determinadas por las leyes; tales incapaces relativos son los enumerados en el segundo inciso del artículo 1463.

La incapacidad de todas estas personas proviene de muy diversas causas y se funda principalmente en deseo de la ley de proteger sus derechos e intereses. Los actos de los relativamente incapaces son válidos siempre que los ejecuten con sujeción a las reglas establecidas por la ley para protegerlos. La ley determina las formalidades a que deben sujetarse estas personas en la celebración de sus actos jurídicos, y todas estas solemnidades son exigidas en consideración al estado o calidad de las personas; de manera que si en el acto se observan las formalidades, el acto es válido; y si se omiten, es nulo de nulidad relativa, ya que el contrato en el cual se han omitido este tipo de formalidades es susceptible de ratificación, novación o caución.

El segundo inciso del artículo 1463 del Código Civil establece que: *“Son también incapaces los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas. Pero la incapacidad de estas clases de personas no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes.”*

**Los menores adultos.**

 La persona menor de edad es la que no ha cumplido 18 años, según lo que establece el artículo 21 del Código Civil anteriormente citado, mientras que adulto, según la misma disposición legal es el que ha llegado a la edad de la pubertad, por lo que “menor adulto”, es aquel varón púber que es mayor de 14 años y menor de 18 años; y aquella mujer púber que es mayor de 12 años y menor de 18 años de edad.

Además de lo indicado, para que sean incapaces relativos los menores adultos, es menester que no hayan obtenido la emancipación según las reglas de los artículos 308 y siguientes del Código Civil; es decir aquellos menores adultos que se encuentren aún bajo la patria potestad de sus padres o bajo una curaduría, son considerados como incapaces relativos.

**Los que se hallan en Interdicción de administrar sus bienes.**

Se refiere este tipo de incapacidad relativa a los disipadores, pródigos o derrochadores, que dilapidan sus bienes, gastan pródigamente o con exceso y desperdicio de algo. Pródigo es la persona que gasta sus bienes en forma que denota una falta total de prudencia.

El artículo 466 del Código Civil, determina cuáles son los actos que demuestran la dilapidación y que autorizan la interdicción del pródigo, al establecer que: *“La disipación deberá probarse por hechos repetidos de dilapidación, que manifiesten falta total de prudencia. El juego habitual en que se arriesguen porciones considerables del patrimonio, donaciones cuantiosas sin causa adecuada, gastos ruinosos, autorizan la interdicción”.*

A diferencia de lo que sucede con el demente, el disipador o pródigo únicamente es incapaz cuando se le ha declarado en interdicción de administrar sus bienes, ya que el disipador no limitan las mismas razones que con respecto al demente, por lo cual la ley ha establecido que al disipador declarado en interdicción debe entregársele una pequeña cantidad de dinero proporcionada a sus gastos, conforme lo establecido en el artículo 474 del Código Civil; y así su incapacidad es relativa ya que puede rehabilitar su calidad de disipador interdicto y por tanto la administración de sus bienes, conforme lo ordenado en el artículo 475 ibídem.

**Las personas Jurídicas.-**

El artículo 564 del Código Civil, establece que: *“Se llama persona jurídica una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente.”*

Cabe señalar en primer término el error que comete el legislador al denominar como “ficticias” a las personas jurídicas, ya que ficticio es aquello imaginario, fingido o falso; y la existencia de las personas jurídicas es totalmente cierta y real, no a través de una forma física como lo es el caso de las personas naturales, sino en el hecho de la convención que existe para su creación, por lo que las personas jurídicas son de índole moral mas no ficticia.

Su incapacidad radica como consecuencia de su naturaleza especial; precisamente esa calidad de no físicas sino morales resulta en que no pueden actuar por sí mismas sino por intermedio de un representante legal, a fin de precautelar sus intereses, es por ello que ocupan un lugar en los denominados incapaces relativos, en especial porque sus actos son susceptibles de ratificación a través de su representante.

El Art. 570 del mismo Código Civil dispone: *“Las corporaciones son representadas por las personas a quienes la ley o las ordenanzas respectivas, o a falta de unas y otras, un acuerdo de la corporación, han conferido este carácter”.*

De acuerdo con el inciso segundo del Art. 1463, son también incapaces los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas. Pero la incapacidad de estas clases de personas no es absoluta y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes.

**EL CONSENTIMIENTO.**

**Generalidades y características**

En términos generales podemos decir que el consentimiento es el acto de voluntad, por el cual se quiere, admite o tolera algo. Para obligarse por un contrato, se requiere el libre consentimiento, sin vicio de error, fuera o dolo. Los contratos consensuales son aquellos que se perfeccionan por el simple consentimiento de las partes, manifestado expresa o tácitamente.

Así mismo de una manera general se puede definir al consentimiento como el acuerdo de voluntades para crear obligaciones, es una manifestación de voluntad deliberada, consciente y libre, que expresa el acuerdo de una persona respecto de un acto externo ajeno.

El consentimiento es uno de los elementos esenciales para la existencia del contrato, cualquiera que fuere su tipo o naturaleza, sea este real, solemne o consensual. En todo contrato es necesaria la existencia del consentimiento, pese que en los reales y los solemnes se necesita, además, la entrega de la cosa o el cumplimiento de las formalidades pautadas en la ley.

Para poder prestar un consentimiento que sea jurídicamente válido es necesario cumplir determinados requisitos: en general, es necesario tener suficiente capacidad de obrar. No pueden prestar su consentimiento los menores de edad o incapacitados; sin embargo, puede darse el caso de que la incapacidad de prestar consentimiento sólo abarque a una serie de actos jurídicos, y no a otros.

Además, el consentimiento no es válido cuando se ha emitido bajo la influencia de alguno de los posibles vicios del consentimiento que ya veremos más adelante (error, fuera y dolo).

En Derecho Civil, el consentimiento se define como el concurso entre la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato.[]

El consentimiento se considera un requisito esencial para la formalización de contratos,[] y para cualquier otra asunción de derechos y obligaciones que requiera voluntariedad, como la aceptación de herencias, contraer matrimonios, etc.

En los contratos reales se perfeccionan por la entrega de la cosa, y si en este sentido se oponen a los consensuales, no les dispensa el requisito del consentimiento de las partes, exigible en todo acto jurídico. Recordemos al efecto el Art. 1453 del Código Civil en la parte pertinente que dice: “Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos y convenciones…”

Para los hermanos Mazeud, en el lenguaje corriente, el consentimiento es la voluntad de la persona que se obliga; mientras que ese término designa, en la lengua del derecho, *el acuerdo de dos o más voluntades*. Para que exista consentimiento se necesita pues: 1. La existencia de voluntades individuales; 2. El concierto de esas voluntades. Por eso el estudio del consentimiento implica a la vez, el análisis de la voluntad de cada uno de los contratantes (existencia, vicios de esa voluntad, capacidad) y el examen del concierto, del acuerdo de las voluntades; porque esos dos aspectos del mismo problema no pueden ser disociados por otra parte, cuando se trata de precisar las reglas jurídicas que los rigen.

Luis Diez-Picazo en cambio nos explica que el consentimiento es la acción de consentir y consentir es permitir o tolerar algo, es decir, dar aquiescencia o aprobación a algo. En otro sentido, quizá más técnico, consentir (de *cum-sentire*) puede considerarse como el común sentimiento o la común voluntad de dos o más personas.

**Formación del consentimiento**

Como se explicó en el tema de la declaración de la voluntad, en nuestro derecho civil positivo, aún cuando considera como necesaria la voluntad interna, exige no obstante, para que produzca efecto esa voluntad, que se manifieste, que se exteriorice; aquella debe demostrar, afirmar su existencia; por medio de esa manifestación, deja de ser una pura operación del espíritu, para penetrar en el plano social. La eficacia de la voluntad supone, por lo tanto, en el derecho civil, su existencia real (*voluntad interna*) y su manifestación (*declaración de voluntad*).

Por lo dicho, debemos entender que la voluntad aislada no produce, en principio, ningún efecto jurídico. Por su sola voluntad, el hombre no puede convertir en deudora a otra persona, por lo que cabe considerar que tan sólo el acuerdo de voluntades, complementarias una de otra, es creador de obligaciones. Ese acuerdo se realiza, ya sea instantáneamente, ya sea luego de cierto plazo.

Nuestro Código Civil no ha dicho ni ha reglamentado cuando se forma el consentimiento en los contratos; parte del hecho conocido de que las partes se han puesto de acuerdo sobre un determinado acto, de manera que se da por realizados todos los actos preparatorios para poder llegar al acuerdo de las voluntades.

Se comprende fácilmente que este acuerdo de voluntades no nace por generación espontánea, sino que se ha formado mediante un proceso más o menos largo para llegar a generar el contrato; que uno de los contratantes ha tenido que tomar la iniciativa; que hay una persona que ha hecho la proposición de celebrar el contrato y otra que ha aceptado esta proposición. Es por ello que en la formación del consentimiento en los contratos hay que distinguir dos fases distintas: la oferta y la aceptación.

**La oferta.**

Oferta es una proposición unilateral que una de las partes dirige a otra para celebrar un contrato. No es un acto preparatorio del contrato, sino una de las declaraciones contractuales. Así, pues, sólo hay oferta cuando el contrato puede quedar cerrado con la sola aceptación de la otra parte, sin necesidad de una nueva manifestación del que hizo la primera proposición (BORDA, *Op. Cit.* p. 41).

La oferta, que se denomina también policitación, no llega al conocimiento de la persona susceptible de aceptarla sino por una manifestación exterior, pero que puede revestir las formas más diversas. Es **expresa** cuando consiste en una invitación hecha directamente. Pero es **tácita** desde el instante en que el comportamiento, la actitud del oferente es decir el autor de la oferta, indican necesariamente su voluntad de ofrecer; v, gr., el hecho de exhibir la mercadería en un escaparate con indicación de su precio; colocar un dispensador automático o un teléfono en lugares públicos; es decir que el comerciante que exhibe sus mercaderías, con el precio marcado, realiza una verdadera oferta, y se encuentra obligado por la aceptación del primero que llegue. Se duda en ocasiones al decidir si la manifestación de voluntad constituye una verdadera oferta, o si no constituye más que una invitación a iniciar tratos. El interés es importante; si existe verdadera oferta, una aceptación de ese ofrecimiento perfecciona el contrato y el autor de la oferta se halla obligado a cumplir.

La oferta es a **persona determinada** cuando se hace a un individuo específico a quien el proponente conoce; y, es, a **persona indeterminada** cuando la oferta se la realiza al público por medio de avisos, carteles, catálogos, circulares, notas, etc.

**La aceptación.**

En la aceptación encontramos algunos de los problemas que se suceden en la oferta. El aceptante debe tener la voluntad real de aceptar, y debe manifestar exteriormente su voluntad. Esa manifestación no está sometida a ningún a forma; resulta suficiente con que establezca la voluntad cierta de aceptar. Es **expresa** cuando se hace verbalmente o por escrito, o cundo resulta de un gesto inequívoco, como el que consiste en introducir una moneda en un aparato automático de distribución. Puede ser **tácita**, como por ejemplo, el cumplimiento del trato propuesto por el oferente. Por otra parte, es difícil saber si cabe deducir una aceptación tácita de la actitud de una de las partes. Todavía más, del simple silencio que haya guardado frente a la oferta que se la haya hecho.

Al respecto Arturo Alessandri Rodríguez nos explica que la aceptación es tácita cuando se deduce de ciertos actos que indican la intención de aceptar de parte del aceptante, como el que sube a un tranvía, el mandatario que ejecuta el mandato sin hacer declaración expresa sobre su aceptación.

La oferta y la aceptación deben ser complementarias; la aceptación no concurre a la perfección del contrato más que cuando es conforme con la oferta. En el caso contrario, no se estaría en presencia de una aceptación, sino de una oferta nueva, proveniente de la otra parte, y que debería ser aceptada a su vez. Cuando la falta de concordancia es total –por ejemplo, lejos de aceptar el precio exigido por el proponente, la otra parte propone un precio diferente-, el contrato no está ciertamente formalizado. La solución es más dudosa cuando las diferencias no son sino accesorias. La jurisprudencia francesa, en su conjunto, parece resolver que el contrato no está concertado mientras que subiste un desacuerdo, incluso sobre una clausula accesoria. Sin embargo por interpretación de la voluntad de las partes, se ha admitido que un contrato de compraventa se había concluido pese a una divergencia relativa a una cláusula atributiva de competencia.

Los códigos modernos han previsto esa dificultad: en derecho alemán, la falta de acuerdo sobre un punto particular no es obstáculo para la conclusión de un contrato que las partes consideraban concertado, si es presumible que lo habían celebrado de todos modos. En el derecho suizo, basta con que las partes estén de acuerdo sobre todos los puntos esenciales, por regular el juez, según la naturaleza del asunto, las dificultades secundarias. Tal es también la posición del derecho Polaco. En nuestro país sucede lo mismo, ya que al existir vacío legal en nuestro Código Civil, no trata acerca de la existencia de oferta y aceptación sino únicamente la existencia de consentimiento sin vicio para la validez del contrato, por lo que se deberá verificar la presencia de los elementos esenciales del contrato para alcanzar su existencia y validez, entendiendo la ley civil ecuatoriana que si existe consentimiento o acuerdo de voluntades, existe contrato.

**Vicios del consentimiento**

Para que la voluntad de una persona o de dos o más partes que realizan un contrato sea eficaz, se requiere que dicha voluntad o voluntades esté libre de vicios. Los vicios jurídicos del consentimiento, quitan su eficacia a los actos voluntarios. Estos vicios son: error, fuerza y dolo (Art. 1467 C.C), pero algunos tratadistas incluyen también el miedo (fuerza moral y psicológica), como otro vicio del consentimiento.

**Error**

El error consiste en una equivocada o inexacta creencia o representación mental que sirve de presupuesto para la realización de un acto jurídico. Cometer un error es tener una opinión contraria a la realidad.

No se puede dar una definición jurídica del error. El error es una falsa representación de la realidad, pero es cierto para toda operación intelectual. Su objeto es el que da al error un carácter jurídico. **El error de que se ocupa la ley es el cometido en la conclusión de un acto jurídico**, y se considera más especialmente aquí el error cometido en la conclusión de un contrato.

El error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento.

El error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especia de acto o contrato que se ejecuta o celebra, como si una de las partes entendiera empréstito, y la otra donación; o sobre la identidad de la cosa objeto del contrato, como por ejemplo, cuando el vendedor entiende vender una cosa determinada, y el comprador entiende comprar otra. Así mismo, el error de hecho vicia el consentimiento, cuando la sustancia o calidad de la cosa es diversa de la que se cree, cuando una parte supone que es oro, y realmente es otro metal distinto. El error acerca de la persona vicia el consentimiento cuando la consideración de esa persona sea la causa principal del contrato, caso contrario no.

**Fuerza**

La fuerza vicia el consentimiento cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. La fuerza de este género es todo acto que infunda a una persona justo temor de verse expuestos a ella, su cónyuge o alguno de sus ascendientes o descendientes, a un mal irreparable grave.

El temor reverencial, es decir, el sólo temor de desagradar al alguien que debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento.

Para que la fuerza vicie el consentimiento no es necesario que la ejerza el que es beneficiado por ella, basta que se haya empleado la fuerza por cualquier persona con el fin de obtener el consentimiento.

**Dolo**

La doctrina ha establecido que el dolo tiene tres acepciones: el dolo como vicio del consentimiento, como fuente del delito y como hecho que agrava la responsabilidad del deudor. En el presente estudio nos interesa el dolo como vicio del consentimiento, que es toda maquinación fraudulenta empleada para engañar al autor de un acto jurídico.

El dolo vicia el consentimiento cuando es obra de una de las partes, caso contrario no, y además cuando aparece claramente que sin él no hubieran contratado. En los demás caso, el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios con quien lo ha fraguado o aprovechado de él; en el primer caso por el valor total de los perjuicios, y en el segundo caso, hasta el valor del provecho que ha reportado el dolo.

El dolo no se presume sino en los casos previstos en la ley. En los demás debe probarse.

Las leyes y las sentencias judiciales reconocen la libertad contractual y protegen el razonable uso de este libre arbitrio para contraer obligaciones. En principio se respeta cuando dispongan las partes siempre que no vaya contra el orden público, las buenas costumbres o los legítimos intereses y derechos de los demás. Un equilibrado sistema jurídico no restringe excesivamente la libertad, sino solamente en cuanto es indispensable para asegurar el bien común.

**OBJETO LÍCITO Y CAUSA LÍCITA.**

De conformidad con el Art. 1483 del Código Civil, no puede haber obligación sin causa, aunque no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente.

Se entine por causa el motivo que índice al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.

Así mismo de conformidad con el Art. 1476 del Código Sustantivo Civil, toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que dar, hacer o no hacer. El mero uso de la cosa o su tenencia pude ser objeto de la declaración.

**Objeto lícito**

Nuestro Código Civil en el Art. 1477, inciso tercero estatuye: “Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohíbo por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público”.

Según el Art. 1480 del C.C., haya objeto ilícito en la enajenación:

* De las cosas que no están en comercio;
* De los derechos y privilegios que no pueden transferirse; y,
* De las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez autorice, o el acreedor consienta en ello.

Existe también objeto ilícito en las deudas contraídas en juegos de azar, en la venta de libros cuya circulación está prohibida por autoridad competente, de láminas, pinturas, estatuas, telecomunicaciones, audiovisuales obscenos, y de impresos condenados como abusivos a la libertad de opinión y expresión; y generalmente, en todos los contratos prohibidos por las leyes.

En consecuencia, el objeto de una pretensión es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el contrario a la naturaleza, y moralmente imposible, el prohibidos por las leyes o contrario a las buenas costumbres o al orden público.

Por lo tanto, pueden ser objeto de contratos todas las cosas que no estén fuera del comercio de los hombres, aún las cosas futuras. Pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes, a la moral, a las buenas costumbres o al orden público.

Según Arturo Alesandrí el objeto del contrato es el derecho que las partes quieren crear, contratando; el objeto de la obligación es la cosa o el hecho al cual este derecho se aplica.

En conclusión diremos que: el objeto es la materia sobre la cual versa el acto jurídico o sea los hechos, las cosas, y; la causa es la finalidad tenida en cuenta o en mira de las partes al celebrar el negocio.

**Causa lícita**

Por lo tanto, el ordenamiento jurídico nuestro establece la necesidad de la causa para la existencia de una obligación. Muchos autores y la doctrina distingue tres clases de causas: eficiente, ocasional y final.

La causa eficiente o formal es el elemento generador de la obligación, es decir, la fuerza productora del efecto, y en este sentido se habla de los contratos, cuasicontratos, delitos, cuasidelitos y la ley como causa de obligaciones.

La causa ocasional llamada también impulsiva, y la causa final entran ambas en lo que se llama las “fuerzas impulsivas”, que son los móviles, los motivos de nuestros actos, pero es preciso no confundirlas. La causa final de un contrato es el fin invariable e inmediato de este acto, la ocasional es un elemento diferente según el caso y que actúa solamente por ocasión.

Más concretamente, la diferencia entre causa final y ocasional, fundamentalmente son dos: la primera es un elemento interno que no varía, mientras que la segunda es externa y varía hasta el infinito.

En el Derecho civil, para que nazcan los actos jurídicos provenientes de un contrato, debe existir una causa, que justifique la acción que se va a realizar. Esto es, el motivo preciso por el cual las partes llevaron a cabo dicho contrato. Se dice que un contrato no tiene causa cuando las manifestaciones de voluntad no son las correspondientes con la función social que debe cumplir; tampoco cuando se simula una causa. Esto quiere decir que el contrato debe tener causa, y esta ha de ser existente, verdadera y lícita.

Nuestra jurisprudencia ha establecido que, de acuerdo con el derecho de acción garantizado por la Constitución y la ley, cualquier persona puede acudir ante los órganos judiciales y formular en su demanda las pretensiones que tenga a bien. Lo que no puede es promover pretensiones contrarias a la moral, al orden público o a las prohibidas por la ley, en cuyo caso existe causa ilícita.

**SOLEMNIDADES Y FORMALIDADES**

Hay que tener presente que el acto o negocio jurídico, es la manifestación de voluntad, protegida por el ordenamiento jurídico, que se verifica con la intención de producir consecuencias jurídicas, vale decir, la creación, la modificación o la extinción de un derecho subjetivo.

La llamada teoría de los actos jurídicos, se basa en la presencia de dos grupos de requisitos. Por una parte, se encontrarían los requisitos de existencia del acto, y por la otra, los requisitos de validez de los mismos. Existe unanimidad en la doctrina, al plantear la necesidad de distinguir entre ambas clases de requisitos. Sin embargo, a la hora de establecer cuáles son requisitos de existencia y cuáles son de validez, surgen las discrepancias. Las mayores divergencias doctrinales, se evidencian a la hora de establecer las consecuencias jurídicas (sanciones) frente a la omisión de uno o de otro tipo de requisito

La ley se encarga de reglamentar las relaciones jurídicas que pueden producirse entre los individuos, por lo que con este fin y con el propósito de que no se produzca abusos ni injusticias, protege a las personas que intervienen mediante los “actos jurídicos”, para lo cual ha establecido una serie de requisitos en la celebración de tales actos, requisitos que si no concurren acarrean la sanción de nulidad del acto.

Los actos y contratos se presumen válidos mientras no se demuestre que son nulos; se debe probar la nulidad y ser declarada por un juez.

En el derecho contractual moderno, predomina el consensualismo sobre el formalismo, aunque por otro lado, el legislador ha querido que subsista al lado de estos “la solemnidad” para muy contados actos jurídicos, de modo que la solemnidad aparece hoy en día, como excepción de las excepciones, si así pudiéramos calificarla. En este orden de ideas tenemos que, la solemnidad es la formalidad exigida por la ley para que el acto jurídico nazca a la vida del derecho; es la manera como se expresa la voluntad para el perfeccionamiento del acto jurídico.

Según Sanromán Aranda la solemnidad “es aquella en la que se emplean términos ceremoniosos, o cuando se realiza el acto ante un funcionario público. Por su parte, Ernesto Gutiérrez y González señala que “la solemnidad es el conjunto de elementos de carácter exterior, sensibles en que se plasma la voluntad de los que contratan, y que la ley exige para la existencia del acto.

La solemnidad se presenta ocasionalmente, cuando para la constitución del acto jurídico la ley requiera del pronunciamiento de frases sacramentales, y/o prácticas rituales y/o de la intervención de un funcionario que sancione el acto jurídico. Los casos en los que se exige éste requisito esencial, son por lo general de suma trascendencia social, actos jurídicos del derecho de familia como el matrimonio, la adopción por citar algunos. Se les identifica como solemnes, no porque la ley así los califique con la expresión de “solemnes”, sino más bien porque para su creación o perfeccionamiento, requieren la observancia de esa formalidad conocida como “solemnidad”, la llamada forma “ad solemnitatem causa”, o “formalidad ad sustantiam”, que como es una forma constitutiva sin la cual el acto jurídico no nace; en estos casos, la forma es más que un simple elemento probatorio. Algunos actos son solemnes porque sin la voluntad del estado a través de la autorización del funcionario que la ley establece no existirían, tal es el caso del divorcio, la adopción, el matrimonio, en los que no basta la voluntad de las partes, ni el objeto posible, pues requieren además, la sanción o autorización del Estado.

Se ha llegado a afirmar que no existen los contratos solemnes. Según Javier Martínez Alarcón, “la solemnidad no se incluye como elemento esencial de los contratos, pero sí se contempla como tal cuando se refiere al acto jurídico.

**La formalidad como elementos de validez**.

Es la manera conforme a la cual debe manifestarse la voluntad o el consentimiento, para la validez del acto jurídico. Para la validez del contrato, entre otros requisitos, el consentimiento debe externarse en la forma que la ley establece.

Ernesto Gutiérrez y González, la define como “la manera en que debe externarse y/o plasmarse la voluntad de los que contratan, conforme lo disponga o permita la ley. Las formas en que se puede externar la voluntad, fundamentalmente son dos: la expresa y la tácita. Algunos autores señalan además el silencio. Será expresa, si la voluntad se manifiesta, verbalmente, por escrito, o por signos inequívocos; es tácita si la voluntad resulta de hechos o actos que autoricen a presuponerla.

Sin embargo, conforme a Gutiérrez y González el silencio sólo producirá efectos de aceptación y engendrará el consentimiento cuando la ley así lo determina. Se ha manifestado también que no es el silencio, sino la ley la que confiere consecuencias jurídicas.

Como posturas relativas a la formalidad tenemos “el consensualismo” por un lado; y “el formalismo” por la otra. La primer tesis proclama la existencia y validez del acto jurídico por el mero acuerdo de las voluntades, sin necesitar que éstas se plasmen en documento alguno; basta el solo consentimiento para que el contrato se perfeccione y surta efectos jurídicos plenos; la segunda, busca siempre que la voluntad de las partes se fije en un documento, de tal manera que el acto no exista, o no valga o no surta la plenitud de sus efectos, hasta en tanto no se cumpla con una forma precisa de externar la voluntad que debe marcar la ley.

En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley. Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley.

De acuerdo a su forma, podemos decir que los contratos pueden ser: consensuales, si conforme a la norma jurídica el contrato se perfecciona y surte sus efectos por el solo acuerdo de voluntades; formales, si la voluntad de las partes por exigencia de la ley, debe externarse bajo cierta forma que ella dispone, so pena de nulidad del acto; y “solemnes”, cuando para la constitución del contrato, la voluntad de las partes debe externarse, ante la persona autorizada por la ley.

De lo anterior tenemos que habrá una la forma general, cuando la ley no señale un modo especial para externar la voluntad, bastará que haya consentimiento, sea del modo que fuere (tácito, verbal, escrito privado, público, etcétera); y la forma especial, cuando para la validez del acto, la ley exige que el consentimiento se externe del modo que la ley señala. No es suficiente el que haya consentimiento, sino que es menester que este se exprese de la manera que la ley exige.

Para la validez del contrato, entre otros se requiere que el consentimiento se externe en la forma que la ley establece. Si la forma es un elemento de validez, entonces, para la existencia perfecta de cualquier acto jurídico se requiere de forma; así, todos los actos jurídicos tienen forma; Por tanto, resulta impreciso afirmar que algunos actos jurídicos tienen forma y otros no, ya que todos los actos jurídicos, para su validez, necesariamente deben tenerla.

En consecuencia, la primera diferencia que encontramos estriba en que la solemnidad es un elemento esencial o de existencia del acto jurídico, su falta acarrea la inexistencia del mismo; la formalidad es un elemento de validez, su falta origina la nulidad del acto.

En cuanto a la relación que guardan ambos elementos, concluimos que la formalidad elemento de validez, se relaciona con la manifestación de voluntad o el consentimiento (elemento esencial), pues es precisamente la manera como debe expresarse dicha voluntad, para la validez del acto. De igual manera la solemnidad es una forma mediante la cual se perfecciona o constituye el acto jurídico, de tal manera que bien podemos establecer una relación de género a especie, de modo que la solemnidad constituye una especie dentro del género formalidad. Así que absolutamente todos los actos jurídicos tienen una formalidad, ya sea general o especial; sin embargo, sólo serán solemnes cuando la forma sea exigida por la misma ley para el perfeccionamiento o la constitución del acto jurídico.

La “forma constitutiva” del acto jurídico es a lo que llamamos solemnidad; en tanto que, la “forma probatoria” es lo que en sentido estricto llamamos formalidad. Así mismo es preciso aclarar que todos los actos jurídicos, para su validez requieren de una formalidad, que podrá ser general o especial, según lo exija la ley.

Por último, la solemnidad aparece como un elemento existencial excepcional, pues nuestro derecho moderno exige éste requisito para actos de suma trascendencia social.

**EFECTOS DE LAS OMISIONES**

Los efectos de las omisiones de solemnidades previstas por la ley para los actos jurídicos, es la nulidad de ese acto o contrato, o el desconocimiento de los efectos jurídicos del mismo. Es decir, la sanción legal establecida para la omisión de los requisitos y formalidades que las leyes prescriben para el valor de un acto, según su especie y la calidad o estado de las partes que en él han intervenido, es el desconocimiento de su existencia jurídica, como si nunca hubiera sido ejecutado, según su gravedad.

Dentro de los efectos, como ya dijimos está la nulidad absoluta o relativa, pero también la inexistencia del acto o contrato, aunque en nuestra legislación se la confunde con la nulidad absoluta, sin embargo, ya existen sentencias de la ex-Corte Suprema de Justicia en donde se reconoce que hay inexistencia en nuestro sistema jurídico fundada en lo que establece el Art. 1718 del Código Civil.

Sobre la inexistencia la doctrina jurídica señala algunos requisitos que son necesarios para que un acto jurídico pueda ser considerado como tal, es decir, que haya nacido a la vida jurídica y produzca los efectos de tal. Faltando alguno de ellos, no puede hablarse de un acto jurídico, sino de una apariencia de acto, que carece en absoluto de eficacia, y que no puede producir efectos. Los requisitos que son considerados como de existencia son: la voluntad o consentimiento en los actos bilaterales, el objeto, la causa y las solemnidades. Si falta cualquiera de estos elementos el acto no nace a la vida jurídica, no existe, y por lo tanto, no puede producir ningún efecto.

El efecto que produce la nulidad en cambio, es que está limitada en que se omite requisitos que la ley prescribe para el valor de ciertos actos o contratos, sea que la ley los exija en consideración a la naturaleza misma de ellos, sea en atención a la calidad o estado de las partes que acuerdan. No se refiere a la falta de requisitos de existencia sino de validez. Hay que tomar en cuenta que la nulidad se aplica a negocios jurídicos que han nacido a la vida jurídica, que tienen existencia, pero que contienen un vicio que afecta a su plena eficacia, vicio que puede acarrear la invalidación, pero aquello no impide que produzca efectos, sino que son actos que se debe pedir su anulación, salvo las nulidades que la propia ley establece que el juez de oficio puede declararlas.

Se considera requisitos de validez comunes a todos los actos jurídicos: la capacidad, objeto y causa lícitos. Además, existen otros requisitos propios de cada acto jurídico, que la ley establece en cada caso particular.

Otra sanción de menor gravedad es la inoponibilidad, que se produce por la omisión de requisitos que no dicen relación ni con la existencia ni con la validez de los actos jurídicos; produce como efecto el que un acto o contrato en el cual se ha omitido un requisito determinado, no afecte, no le sea oponible a una persona, la cual puede considerar el acto o contrato como no ejecutado o celebrado respecto de ella.

Arturo Alessandri Besa al habar de la inoponibilidad expresa que se produce generalmente respecto de los actos jurídicos en los cuales se han omitido medidas de publicidad que la ley establece para salvaguardar los intereses de terceras personas; éstas al no tener conocimiento legal de la ejecución del acto, no pueden quedar afectadas por los efectos del mismo. Igual cosa sucede respecto de negocios jurídicos que se celebran sin la concurrencia de la voluntad de una persona; tal negocio no le es oponible porque no ha consentido en su celebración, sin embargo, hay casos en que un mismo requisito, cuya omisión produce inoponibilidad, es necesario para la validez del acto.

**NULIDAD ABSOLUTA**

Es nulo lo que no produce los efectos jurídicos normales de un acto o contrato. La nulidad puede producir efectos secundarios o distintos de los queridos por quien la ha provocado; por ejemplo, pueden surgir otros derechos a favor de terceros, o ser sancionado el causante de la nulidad con penas de diversa índole.

Las nulidades proceden de diversas causas: por violación de la ley, con o sin conocimiento de ella; por vicios del consentimiento; por falta de cumplimiento de requisitos o solemnidades exigidas para ciertos actos o contratos; por incapacidad de una o más partes que hayan intervenido en la relación jurídica; por falta de legitimidad para cierta acción judicial; por ilegitimidad de la representación de quien actúa; por falta de jurisdicción y competencia de los jueces y otras autoridades en los actos en que intervienen, etc.

El Art. 1697 del Código Civil establece lo siguiente: “Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las personas”.

Esta norma señala las causas fundamentales de nulidad, que tiene lugar en la mayoría de los casos, esto es, la falta de requisitos en la celebración de un acto jurídico; pero también son nulos los actos que se celebran en contravención a la ley.

De lo dicho se desprende que la nulidad es una sanción civil que la ley castiga las infracciones que se cometen al celebrarse un acto jurídico, por lo que puede ser definida “como la sanción legal establecida para la omisión de los requisitos y formalidades que las leyes prescriben para el valor de un acto según su especie, y la calidad o estado de las personas.

La nulidad constituye una medida de protección que, en ciertos casos, está destinada a proteger a personas que están en inferioridad de condiciones intelectuales a otras, por lo que es de temer que si se celebran actos jurídicos, se le cause algún daño mediante cláusulas en que han convenido sin tener el suficiente discernimiento para darse cuenta del perjuicio, por ello sólo la persona en cuyo beneficio se establece la nulidad puede solicitar su declaración.

Ya manifestamos que la nulidad es una sanción impuesta por la ley, por lo tanto, la nulidad absoluta también es una sanción prevista en la ley a la omisión de los requisitos prescriptos para el valor de un acto o contrato en consideración a la naturaleza de ellos y no a l calidad o estado de las partes que lo ejecutan o acuerdan. Es decir, esta nulidad no tiene que ver con las personas que intervienen en el acto o contrato, sino con el acto o contrato mismo.

La nulidad absoluta no admite gradación, puesto que sea cual fuera el vicio que le da origen, producirá siempre las mismas consecuencias jurídicas, y está destinada a condenar todo lo que ha sido ejecutado con menosprecio del interés general. Es una sanción cuyo fin es castigar todo aquello que sea ilícito, todo lo que vaya contra la moral, contra las buenas costumbres, y sobre todo, del orden público y de la ley misma.

Las causales de nulidad son:

1.- Objeto ilícito;

2.- Falta de objeto;

3.- Causa ilícita;

4.- Falta de causa;

5.- Omisión de ciertas formalidades exigidas en consideración a la naturaleza del acto o contrato que se ejecuta o celebra;

6.- Falta de voluntad o consentimiento; y,

7.- Incapacidades especiales para ejecutar ciertos actos.

Una declaración de voluntad tiene objeto ilícito cuando es:

* Contrario a la ley;
* A las buenas costumbres;
* Al orden público; y,
* Cuando una cosa está fuera del comercio.

Pero como es obvio, para que exista objeto ilícito es menester que exista un objeto, que éste sea real y posible. Esto no sucede en el caso de un objeto indeterminado o se trata de un hecho físicamente imposible.

La segunda causal que se refiere a la falta de objeto, pues, un acto que carece de objeto, es un acto inexistente, pues carece de uno de los requisitos esenciales. Hay que tener en cuenta que nuestra legislación ha equiparado la inexistencia con la nulidad absoluta, por eso a un acto imposible, que en realidad es un ejemplo de falta de objeto, lo mira como objeto ilícito. En conclusión, la falta de objeto constituye causal de nulidad absoluta, y se entiende faltar el objeto, no solo en caso de ausencia total, sino que cuando es indeterminado o físicamente imposible.

La causa es ilícita en los siguientes casos:

1. La prohibida por la ley;
2. La contraria a las buenas costumbres; y
3. La contraria al orden público.

En términos generales podemos decir que, la causa son los motivos internos o representaciones psicológicas que mueven a una persona a ejecutar actos jurídicos; bajo este aspecto, es evidente que nunca podrá faltar la causa. Así lo define el segundo inciso del Art. 1483 del Código Civil cuando dice: “Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden púbico.

Respecto a la quinta causal de nulidad, el Art. 1698 del Código Civil, establece que son nulidades absolutas las producidas por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que lo ejecutan o acuerdan. Se trata entonces de ciertos requisitos cuyo cumplimiento la ley exige como protección de ciertas personas, que por su estado o calidad necesitan de la protección, por encontrarse en inferioridad de condiciones frente al común de los individuos: son los incapaces. Estas condiciones se han establecido para salvaguardar los derechos e intereses de los incapaces que intervienen en un acto o contrato, por lo cual sólo debe concurrir cuando son esas personas las que ejecutan el acto o celebran el contrato, de lo contrario, si los que intervienen en el acto jurídico son personas a quienes la ley no estima necesario proteger, el acto puede ejecutarse con prescindencia de tales requisitos.

En relación a la sexta causal, para que la voluntad de las partes pueda engendran un vínculo contractual, no basta que en una y en otra parte, exista un acto de deseo interno sino que es necesario que la voluntad tenga por fin inmediato un resultado jurídico de naturaleza obligatoria; y además, que se exteriorice mediante una manifestación suficiente. Es necesario una manifestación externa de voluntad para que produzcan efectos jurídicos, en consecuencia, para la plena eficacia de los actos unilaterales y bilaterales, la manifestación de voluntad no debe faltar.

Las capacidades especiales que se refiere la causal séptima, son distintas de las incapacidades absoluta y relativa, pues, además de estas dos incapacidades, la ley señala ciertas incapacidades especiales o particulares que afectan a ciertas personas, impidiéndoles que puedan ejecutar actos específicos que la ley señala en cada caso; de modo que, para que sea aplicable, se requiere dos condiciones: la persona misma y el acto.

La incapacidad general inhabilita a las personas afectadas para la celebración de cualquier contrato, mientras que la incapacidad particular es una prohibición que afecta a ciertas personas para celebrar ciertos y determinados actos, numerados taxativamente en la ley. La incapacidad general no impide al afectado celebrar contratos, siempre que lo haga con autorización de su representante legal y con los demás requisitos que exige la ley; mientras que la incapacidad particular impide en absoluto la celebración del contrato a la persona afectada por la prohibición, sea que o celebre por si misma o por interpuesta persona. Por otro lado, la incapacidad general puede producir nulidad absoluta o relativa, sea el incapaz absoluto o relativo; mientras que la incapacidad particular, que es una prohibición expresa de la ley, fundada en razones de moralidad o conveniencia general, acarrea objeto ilícito y produce siempre nulidad absoluta del contrato.

**NULIDAD REALTIVA (Rescisión).**

La nulidad relativa o “rescisión” como también la denomina el Código Civil, es la sanción legal impuesta a las omisiones de los requisitos prescritos por la ley para la validez del acto o contrato en consideración a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan.

También se ha definido a esta institución como el medio jurídico concedido al contratante legalmente incapaz o cuyo consentimiento fue viciado al contratar para la extinción de las obligaciones que el acto o contrato le impone. Esta es una definición de la acción rescisoria, en cambio la anterior da la idea de la nulidad relativa en sí mismo, que genera una acción, la cual viene a ser, de este modo, uno de los efectos de la sanción legal: el derecho de pedir que se declare nulo el acto que adolece de nulidad.

Ya mencionamos el Art. 1697 del Código Civil, el cual establece que: “Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes”. Lo volvemos a mencionar porque esta norma abarca a las dos clase de nulidades: absoluta y relativa, por ello dice que la nulidad puede ser absoluta o relativa.

La declaración de nulidad o por la rescisión es uno de los modos de extinguir las obligaciones (Art. 1583 No. 9)

En el Art. 1698 menciona cuando se produce nulidad absoluta, y al final establece que, en cualquier otra especie de vicio producirá nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato.

La nulidad relativa no puede ser declara por el juez sino a petición de parte, ni puede alegarse sino por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, o por sus herederos o cesionario; y pode sanearse por el transcurso del tiempo o por la ratificación de las partes.

Los actos del marido o de la mujer respecto de los bienes de la sociedad conyugal, sin el consentimiento del otro, cuando éste sea necesario, son relativamente nulos, y puede ser alegada por el cónyuge que no dio el consentimiento siendo necesario. De la misma manera, si uno de los cónyuges realiza actos o contratos relativos a los bienes del otro, se produce la nulidad relativa.

Al igual de lo que sucede con la nulidad absoluta, la rescisión es una sola, sea cual fuere el vicio que la produzca, es decir, no haya actos más nulos que otros, aún cuando sea causado por la concurrencia de varios vicios, el acto será siempre nulo, y esta nulidad producirá siempre los mismos efectos.

De lo que se ha dicho de la nulidad relativa y de las reglas que la rigen se puede determinan con claridad, que esta especie de nulidad proviene de infracciones que afectan a ciertas y determinadas personas, que por su calidad o estado, deben celebrar sus actos o contratos con sujeción a requisitos especiales. Por lo tanto, la rescisión no mira el interés general de la sociedad, como sucede con la nulidad absoluto; por el contrario, tiende a proteger directamente intereses particulares de personas determinadas.

La nulidad relativa es, por lo mismo, un beneficio jurídico que la ley ha establecido a favor de ciertas personas, a fin de que no sean perjudicadas por los efectos de un acto o contrato celebrado con un vicio que dice relación con el sólo interés de esas personas. Las causales que pueden dar origen a una rescisión son, por regla general vicios del consentimiento de alguno de los autores del acto o contrato, o bien, la omisión de requisitos que se exigen para proteger a los incapaces o a personas que se hallan en una determinada situación jurídica.

Las causas de nulidad relativa o rescisión son:

1.- Vicios del consentimiento (error, fuera dolo)

2.- Lesión

3.- Actos de los relativamente incapaces

4.- Incapacidades especiales

5.- Omisión de otras formalidades habilitantes

**NULIDAD DE CONTRATO Y DE ESCRITURA**

**Diferencia entre nulidad de contrato y nulidad de escritura pública.**

Como ya queda dicho la nulidad del acto o contrato se produce cuando falta alguno de los requisitos que ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes. Esta nulidad puede ser absoluta o relativa. Es absoluta la sanción impuesta por la ley a la omisión de los requisitos prescritos para el valor de un acto o contrato en consideración a la naturaleza de esos actos o contratos, y no a la calidad o estado de las partes que lo ejecutan o acuerdan. En cambio la nulidad relativa o rescisión es la sanción legal impuesta a las omisiones de los requisitos prescritos por la ley para la validez del acto o contrato en consideración a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan.

En concreto, la nulidad absoluta se refiere a la omisión de requisitos que debe contener el acto o contrato para su validez, y la nulidad relativa a la omisión de los requisitos respecto a la calidad o estado de las personas que intervienen en el acto o contrato; en cambio la nulidad de escritura pública se produce por la omisión o inobservancia de los requisitos previstos en la ley Notarial para la validez de esos actos o contratos.

Los artículos que establecen nulidades de las escrituras públicas por distintas razones son:

**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.

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

1.- Ser depositarios de cosas litigiosas o de dinero, salvo el que corresponda al valor de los impuestos que ocasione el acto o contrato;

2.- Permitir que por ningún motivo se saquen de sus oficinas los protocolos archivados;

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;

5.- Ejercer libremente la abogacía o ejercer un cargo público o privado remunerado a excepción de la docencia universitaria;

6.- Permitir que, mientras viva el testador alguien se informe de sus disposiciones testamentarias, si no fuere el mismo testador;

7.- Autorizar escrituras en que no se determine la cuantía del acto o contrato, o en que se estipule la alteración de ellas por cartas o documentos privados.

**Art. 45**.- Las que se hubieren otorgado según el ordinal 7 del Art. 20, no tendrán valor alguno si no se pagan los impuestos respectivos sobre el verdadero valor del acto o contrato. Si en éstos hubieren intervenido o intervinieren extranjeros, serán ellos los que pagarán tales impuestos, además de los daños y perjuicios.

Si la escritura original careciere de alguno de los requisitos expresados en el Art. 48, pero estuviere firmada por las partes, valdrá como instrumento privado.

**Art. 47**.- Es nula la escritura que no se halla en la página del protocolo donde, según el orden cronológico debía ser hecha.

**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 en el acto y la del notario o del que haga sus veces. La inobservancia de las otras formalidades no anulará las escrituras; pero los notarios podrán ser penados por sus omisiones con multas que no pasen de mil sucres.

La formalidad relativa a las procuraciones o documentos habilitantes, expresadas en el inciso anterior, quedará cumplida siempre que ellos se agreguen originales al registro del notario, o que se inserten en el texto de la escritura. Respecto de las escrituras otorgadas antes del 24 de diciembre de 1895, podrá subsanarse la omisión protocolizándose dichos documentos o procuraciones.

La nulidad de la escritura pública es siempre absoluta e inconfirmable y no necesariamente ostensible. La nulidad de la escritura pública es total.

Es importante señalar que, se distingue dos clases de escrituras: las públicas y las privadas. Cuando genéricamente la ley se refiere a “escritura” se entiende que puede ser cualquiera de las dos clases. La escritura privada no requiere de ningún requisito especial. Los instrumentos públicos son escrituras en las que interviene algún agente de las funciones del Estado: la administración Ejecutiva, la Función Judicial o la Legislativa. La escritura pública es el instrumento otorgado ante un notario público.

Instrumento público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente empleado. Si fuere otorga ante notario e incorporado en u protocolo o registro público, se llama escritura pública determina el Art. 164 del Código de Procedimiento Civil.

Cuando se demande la declaratoria de nulidad de la escritura pública, debe contarse en calidad de legítimos contradictores, con el notario que autorizó el instrumento impugnado y con todas las partes que intervinieron en el contrato cuya nulidad se demanda, además de fundamentar la acción en una o más de la causales de nulidad contenidas en el Art. 44 y más pertinentes de la ley Notarial. Por lo tanto, no puede prosperar en caso alguno la acción de nulidad de escritura si no se fundamenta conforme a derecho, y menos aún si no se acciona contra quien se debe hacerlo.

**CONSTITUCIÓN EN MORA Y REQUERIMIENTO NOTARIAL**

Previo a realizar cualquier análisis sobre este tema, debe tenerse presente que las promesas de celebrar un contrato generan una obligación de hacer para los contratantes: *otorgar el contrato prometido*. Adicionalmente debe considerarse que el contrato de promesa tiene razón de ser en cuanto al momento de otorgarse *no se puede o no se quiere celebrar de inmediato* *el contrato prometido*; “*si se pudiere celebrar de inmediato el negocio final, perdería todo sentido celebrar un contrato de promesa*.

El artículo 1570 del Código Civil señala que la promesa de celebrar un contrato, será ineficaz, es decir no producirá efecto alguno, salvo que concurran las siguientes circunstancias:

**1.** Que la promesa conste por escrito; y por escritura pública cuando se promete celebrar un contrato que para su validez requiere tal requisito;

**2.** Que el contrato prometido no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces;

**3.** Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época de la celebración del contrato; y,

**4.** Que se especifique de tal manera el contrato prometido, que solo falte para que sea perfecto, la tradición de la cosa, o las solemnidades que la leyes prescriban.

En virtud de lo señalado, puede afirmarse que es de la esencia del contrato de promesa el fijar el plazo o condición que determinen la época en la que se va a otorgar el contrato prometido, puesto que en caso de que las partes hayan omitido tal estipulación, la promesa de contrato no producirá efecto alguno, ya que la falta de condición o plazo que establezca la época de celebración del contrato no puede ser suplida por disposición legal alguna o decreto judicial.

Frente a esta realidad, existe una gran discusión doctrinaria, así como jurisprudencia contradictoria, en cuanto a cuál es la naturaleza del plazo que se fija en la promesa de compraventa, es decir, si se trata de un plazo extintivo o un plazo suspensivo.

Quienes sostienen que el plazo que se pacta en la promesa de compraventa es suspensivo, consideran que éste es un hecho futuro y cierto a cuyo vencimiento “*o llegada la fecha que se indica, podrá exigirse el cumplimiento de la promesa*”. Sin embargo si las partes voluntariamente celebran el contrato prometido antes del vencimiento del plazo acordado o el acaecimiento de la fecha estipulada, no habría ningún inconveniente, puesto que la obligación existe aunque no sea exigible mientras no venza el plazo suspensivo.

Los partidarios de que el plazo estipulado en una promesa de contrato es de naturaleza suspensiva, esgrimen principalmente los siguientes argumentos:

a) Según el artículo 1510 inciso primero del Código Civil, plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación, es decir que en esencia el plazo es suspensivo y por excepción extintivo, por lo que en caso de duda entre si el plazo es suspensivo o extintivo, debe optarse por el primero. Por lo tanto, en la promesa, “*como en toda* *obligación, el plazo es suspensivo, porque tal es la regla general en la* *legislación, y vencido nace el derecho a exigir el cumplimiento* *forzado*”.

b) Quienes sostienen que el plazo que se pacta en la promesa de contrato es extintivo lo confunden con el pacto comisorio calificado, lo cual es incorrecto, puesto que en el primero no se requiere una actitud del deudor, sino el simple paso del tiempo, mientras que en el segundo se requiere el incumplimiento del deudor para que se produzca la resolución ipso iure.

c) Si el plazo es considerarlo extintivo, ocurriría que la celebración del contrato prometido sería exigible desde el día mismo en que se celebró la promesa, lo cual atentaría a la naturaleza de la promesa, que, como quedó puesto de manifiesto, parte de la imposibilidad actual de celebrar el contrato por diversas circunstancias.

d) Como consecuencia del argumento anterior, si se considera al plazo como extintivo, ello acarrearía la nulidad del contrato de promesa, pues el mismo carecería de objeto y de razón de ser si las partes desde su suscripción están listas para celebrar el contrato o pueden ser compelidas inmediatamente a cumplirlo.

e) Si se acepta la posición de que el plazo fijado en una promesa de contrato es extintivo, el contrato nunca podría exigirse, pues a la verificación de éste el vínculo entre las partes desaparece. En consecuencia, si se considera al plazo extintivo, el efecto jurídico es que vencido el plazo pactado, la celebración del contrato ya no será exigible, ni siquiera forzadamente, sino que simplemente se podrá pedir una indemnización, de allí la necesidad de que éste sea excepcional, pues atenta contra la naturaleza misma de la promesa de compraventa, ya que la forma ordinaria en como debe extinguirse una promesa es con la celebración del contrato prometido. En efecto, si se considera al plazo como extintivo la promesa nunca podrá exigirse*… ya que antes de vencerse el plazo a la medianoche del* *último día del mismo, no puede exigirse su cumplimiento,* *porque aún no hay mora, y el deudor requerido se* *excepcionaría diciendo que puede todavía cumplir válida y* *oportunamente. Al día siguiente de vencerse el plazo, tampoco* *podrá ya exigirse el contrato, pues éste está extinguido*.

f) El plazo extintivo por lo general se establece en los contratos de ejecución sucesiva, no en los de ejecución instantánea como es el caso de la promesa de contrato, sobre todo en aquellos casos en que el contrato prometido debe celebrarse por escritura pública.

g) El plazo extintivo constituiría simplemente una cláusula de renuncia que establece hasta cuando los contratantes pueden exigir la ejecución del contrato, mas no cumpliría con el establecimiento de una condición o plazo para celebrarlo, lo cual, como vimos, va contra la esencia del contrato de promesa.

h) En caso de que se considere al plazo como suspensivo no es verdad que las partes estén vinculadas indefinidamente, puesto que **l**a acción para exigir el cumplimiento de una promesa, al no tener reglas específicas, sigue las reglas generales, 5 años para la acción ejecutiva y 10 años para la acción ordinaria. En tal virtud la vinculación de las partes perduraría mientras transcurre el tiempo de la prescripción y no de manera indeterminada como acusan quienes sostienen que el plazo en la promesa de contrato es extintivo.

En cambio quienes consideran que el plazo que se pacta en una promesa de celebrar un contrato es de naturaleza extintiva, sostienen que éste, si bien es un hecho futuro y cierto, su acaecimiento no determina la exigibilidad de la obligación, sino que por el contrario determina la extinción o caducidad de la obligación de las partes, es decir que cuando se cumple el plazo pactado se extingue la obligación que tienen las partes de celebrar el contrato prometido.

En tal virtud, los efectos jurídicos de considerar al plazo establecido en la promesa como extintivo son: **a)** La imposibilidad o improcedencia de exigir el cumplimiento de la promesa una vez vencido el término extintivo; y, **b)** su operancia de pleno derecho, es decir, en forma automática, sin necesidad de pronunciamiento judicial ni análisis de la conducta judicial de los contratantes, teniendo únicamente incidencia indemnizatoria, pero imposibilitando la ejecución forzosa del contrato.

Los principales argumentos de quienes sostienen esta tesis son:

**a)** La naturaleza de la promesa de celebrar un contrato es por definición transitoria y es contrario a tal naturaleza el que las partes estén vinculadas indefinidamente, por lo que a la verificación del plazo pactado el contrato debe caducar y en consecuencia extinguirse las obligaciones que se hayan originado en la promesa de contrato.

En tal sentido, de aceptarse que el plazo en la promesa de contrato es suspensivo existe el riesgo de que estén en el “limbo” de manera indefinida, un innumerable número de negocios jurídicos prometidos, pudiendo en cualquier momento ser exigida su ejecución, lo cual generaría inseguridad e incertidumbre jurídica.

**b)** La ley establece como elemento esencial de la promesa de contrato el fijar la época de la celebración del contrato prometido, por lo que el plazo que se estipula en la promesa se lo pacta exclusivamente para celebrar el contrato dentro del plazo fijado y no otro, por lo que vencido éste, las partes se han desligado.

En virtud de lo señalado, si se considera al plazo pactado en la promesa como suspensivo, ocurriría que no se estaría fijando la época de celebración del contrato conforme lo exige nuestra legislación, sino simplemente se estaría determinando desde cuando es exigible tal celebración, pudiendo prolongar la época de celebración prácticamente de manera indeterminada.

Pero la mora no es solamente para el caso de la promesa de compraventa, pues, de conformidad con el Art. 1567 de nuestro Código Civil, el deudor incurre en mora en los siguientes casos:

1. Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirle en mora
2. Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto espacio de tiempo, y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla; y,
3. En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor

Por la facultad que les concede el numeral 18 del Art. 18 de la Ley Notarial, las notarias y los notarios realizan los requerimientos para el cumplimiento de la promesa de contrato como para la entrega de cosa debida y de la ejecución de obligaciones. Pero, de registrarse controversia en los casos antes mencionados, la notaria o el notario se abstendrá de seguir tramitando la petición respectiva y enviará copia auténtica de todo lo actuado a la oficina de sorteos del cantón de su ejercicio, dentro del término de tres días contados a partir del momento en que tuvo conocimiento del particular, por escrito o de la oposición de la persona interesada, para que después del correspondiente sorteo se radique la competencia en uno de los jueces de lo civil del distrito.

**DACIÓN EN PAGO**

La dación en pago es una modalidad del pago, que consisten en que, con el consentimiento del acreedor, el deudor o un tercero soluciona la obligación realizando una prestación diferente de la debida.

El acreedor y el deudor pueden acordar la recepción de una cosa distinta de la estipulada originalmente; en esto consiste la dación en pago o pago por entrega de bienes, o prestación en lugar de cumplimiento. Actualmente la doctrina admite como casos de dación en pago todos aquellos en los que la prestación originalmente debida se sustituye por convenio de las partes con otra de dar, hacer o no hacer.

Si antiguamente la dación en pago estaba mesclara con otras instituciones como con la compraventa, la permuta, la compensación, etc., hoy en día se considera como una institución diferente, que reclama un tratamiento propio, independiente de otras figuras jurídicas, pero mientras tanto los problemas que se suscitan deben ser resueltos conforme a las reglas y principios que rigen el pago y la transferencia de dominio.

Nuestro Código Civil no tipifica la dación en pago, es decir, este modo de extinguir las obligaciones, aunque la contempla en varias disposiciones, como por ejemplo en el pago de las obligaciones facultativas (Art. 1521); en la cesión de un crédito litigioso que se da al acreedor en pago de lo que se deba al cedente (Art. 1854); en lo que estatuye el Art. 2284 que trata de la extinción de la fianza; y, en lo que establece el Art. 2337 que se refiere al anticresis, por el cual se entrega al acreedor una cosa raíz, para que se pague con sus frutos.

Los requisitos que deben estar presentes para que opere la dación en pago son: 1) existencia de una obligación destinada a extinguir; 2) diferencia entre la prestación debida y la nueva con la que se paga; 3) consentimiento de las dos partes; 4) capacidad de las dos partes; y, 5) la observancia de las solemnidades legales.

Los efectos de la dación en pago, principalmente son: la extinción de la obligación pagada erga omnes; y, si la deuda estaba garantizada con fianza, prenda o hipoteca, estas garantías accesorias también se extinguen.

Si existiera una subrogación, esto es, si el pago lo realiza un codeudor o un tercero, solamente satisface al acreedor, cuyo lugar es ocupado por quien paga, en cuyo caso el pago solo produce el cambio de acreedor, pero el vínculo obligatorio del deudor no se extingue, como tampoco los accesorios y garantías, que pasan a quien subroga.

Para la validez del pago y traspasar la propiedad, el que da una cosa en dación en pago se requiere que sea dueño o pague con el consentimiento del dueño, pues, la falta de este requisito, está sancionado con la nulidad del pago.

**CONTRATO DE COMPRAVENTA**

Es un contrato en virtud del cual una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero. La compraventa constituye el medio primordial de adquirir el dominio. Las formas de adquisición del dominio están representadas por el contrato, la herencia, la prescripción, la ocupación, la accesión, la adjudicación y la ley. El contrato es en el derecho moderno la forma principal de adquirir la propiedad dentro de los contratos translativos de dominio.

También podemos decir que, el concepto más exacto de la compraventa incluye las obligaciones recíprocas de las dos partes contratantes, de transferir la propiedad de la cosa y del pago de su precio. Se trata, pues, de una entrega de algo cuyo dominio o propiedad se quiere transferir. De aquí que no hay compraventa en la mera cesión de un derecho parcial sobre la cosa, como la facultad de usarla por un cierto tiempo (arrendamiento), o de disfrutar de ella y sus frutos (usufructo), pero sin transferir el dominio ni comprometerse a ello.

El artículo 1732 del Código Civil determina que: *“Compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa, y la otra a pagarla en dinero. El que contrae la obligación de dar la cosa se llama vendedor, y el que contrae el de pagar el dinero, comprador. El dinero que el comprador se obliga a dar por la cosa vendida se llama precio”.*

 La compraventa no es en realidad sino el intercambio de una cosa por dinero, intervienen en este contrato dos partes; el vendedor que es el que se obliga a entregar la cosa y el comprador, que es aquel que se obliga a pagar el precio.

## Características del contrato de compraventa

## Bilateral.- Porque engendra derechos y obligaciones para ambas partes.

**Oneroso.-** Porque confiere provechos y gravámenes también recíprocos

**Conmutativo.-**Generalmente es conmutativo, en cuanto que las prestaciones son ciertas y determinadas al celebrarse el contrato.

**Aleatorio.-** La compraventa puede ser un contrato aleatorio cuando se trata de una compra de esperanza, es decir, cuando se adquieren los frutos futuros de una cosa corriendo el comprador el riesgo de que no existan, pero pagando siempre su precio, independientemente de que no lleguen a existir.

**Consensual.-** La compraventa es un contrato consensual para muebles y formal (solemne) para inmuebles. En materia de muebles no se requiere formalidad alguna para la validez del acto; es decir, se aceptan las distintas formas de manifestación de la voluntad dentro del consentimiento tácito y expreso. En el tácito, se admite que por hechos indubitables la compraventa de bienes muebles se forme y constituya, generalmente en aquellos casos en que se tome la cosa y se deposita el precio: hecho indubitable de la manifestación de la voluntad para celebrar el contrato. En cuanto al consentimiento expreso, se acepta que verbalmente, la compraventa pueda celebrarse por señas, o por escrito si así se prefiere, sin que sea menester esta formalidad para los bienes muebles.

El carácter consensual de la compraventa se ha impuesto en tiempos relativamente modernos, habiendo anteriormente predominado el carácter de un contrato real, que se perfeccionaba por la entrega de la cosa, o como un contrato solemne.

Entonces, si bien la regla general es que la compraventa sea un contrato consensual, hay casos, sin embargo en que la compraventa, por excepción, es un contrato solemne; ello sucede en los casos taxativamente enumerados por la ley, y como se trata de preceptos de excepción, no pueden ser interpretados por analogía. Estos contratos son los señalados en el inciso 2º del artículo 1740 que dice: *“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.”*

**Obligaciones del vendedor**

* Transmitir la propiedad o título de derecho.
* Conservar el bien objeto de la compraventa hasta su entrega.
* Entregar el bien.
* Garantizar al adquiriente una posesión útil.
* Garantizar al comprador una posesión pacífica.
* Responder a la evicción.
* Responder de los vicios y defectos ocultos que tenga el bien.

**Obligaciones del comprador**

* Pagar el precio.
* Pagar intereses en caso de demora o de compraventa con precio aplazado.
* Recibir el bien comprado.
* Recibir en buen estado.

La necesidad de que exista un precio por el cual compra la cosa, hace de este contrato con carácter oneroso, como ya se dijo, pero es importante señalar además que, esto lo diferencia de la donación. Cuando el precio no se paga en dinero sino íntegramente con otra cosa, o por lo menos en su mayor parte con otra u otras cosas, deriva en permuta, pero tanto la compraventa como la permuta son títulos onerosos. Esta característica tiene mucha importancia para la regulación de lo relativo a los vicios redhibitorios y a la lesión enorme.

La causa jurídica para el vendedor es la obligación del comprador de pagarle el precio, y la causa jurídica para el comprador consiste en la obligación del vendedor de transferirle el dominio de la cosa. La reciprocidad de obligaciones guía toda la regulación equitativa de responsabilidades y de indemnizaciones que se deben las partes en caso de incumplimiento.

Si se desvirtúan las cualidades esenciales que se han señalado, el contrato de compraventa se degrada o convierte en otra relación jurídica más o menos análoga, o en ciertos casos, puede producirse la nulidad absoluta o relativa.

**Requisitos de la cosa vendida.-** Son los siguientes:

1. Debe ser comerciable;
2. Debe ser determinada;
3. Debe existir;
4. No debe pertenecer al comprador.

**La Cosa vendida debe ser comerciable.-** Se debe a que el objeto de la obligación debe ser lícito, porque el artículo 1477 no dice que el objeto de la obligación debe ser comerciable, de tal manera que si la obligación fuera incomerciable, adolecería de nulidad absoluta por ilicitud del objeto. El artículo 1749 agrega, por su parte que pueden venderse todas las cosas corporales e incorporales (derechos, acciones) cuya enajenación no esté prohibida por las leyes.

**La cosa vendida debe ser determinada.-** Es decir se aplica las reglas generales que rigen el objeto de las obligaciones, si la cosa que se vende es indeterminada, no hay contrato, porque o hay una cosa sobre la cual recaiga la obligación del vendedor; **solo resta agregar a dichas reglas generales que la cosa que se vende debe ser singular**, la ley no acepta que se venda una universalidad jurídica, porque no hay transferencias a título universal; puede sí una persona vender todo lo que tiene, pero entonces debe enumerarlas, y si algo se le escapa de la enumeración, se entenderá que eso no lo vende porque no se entienden comprendidos en la venta sino los objetos enunciados; y desde el momento que en el contrato se designan nominativamente las cosas vendidas, la venta es a título singular, aunque el vendedor venda todo su patrimonio.

A este respecto el artículo 1750 del Código Civil dice: *“Es nula la venta de todos los bienes presentes o futuros, o de unos y otros, y se venda el total o una cuota; pero será válida la venta de todas las especies, géneros y cantidades que se designen por escritura pública, aunque se extienda a cuanto el vendedor posea o espere adquirir, con tal que no comprenda objetos ilícitos. Las cosas no comprendidas en esta designación se entenderá que no lo son en la venta, toda estipulación contraria es nula.*

**La cosa vendida debe existir.-** Nuevamente la ley civil hace aplicación de las reglas generales que rigen el objeto de los contratos. A este respecto hay que hacer una distinción: si la cosa vendida no ha existido, pero se espera que exista, y si ha existido y dejó de existir.

Si la cosa ha dejado de existir al tiempo del contrato no puede formarse éste por falta de objeto sobre que recaiga la obligación del vendedor, lo dice el inciso 1º del artículo 1753: *“La venta de una cosa que al tiempo de perfeccionarse el contrato se supone existente y no existe, no produce efecto alguno.”*

Si al tiempo del contrato la cosa no existe, pero se espera que exista, el contrato de compraventa es válido y en este caso será condicional o puro y simple según la forma en que el contrato se haya celebrado:

1. Si lo que se ha vendido es la cosa misma que se espera que exista, el contrato es condicional, y la condición consiste precisamente en que la cosa llegue a existir; si la cosa en realidad llega a existir, la condición se habrá cumplido y el contrato surtirá sus efectos;
2. Si la condición no se cumple, esto es, si la cosa no llega a existir, el contrato se tendrá por no celebrado, conforme a la estipulación del artículo 1752.

Si lo que se vende no es precisamente la cosa misma que no existe, pero que se espera que exista, sino la contingencia de que la cosa llegue a existir o no, **la compraventa es pura y simple**, porque lo que se ha vendido en tal caso es la suerte; se trata por consiguiente de un contrato aleatorio; un ejemplo de este tipo de contrato de compraventa es: un agricultor vende toda su cosecha por mil dólares, el comprador hará un espléndido negocio, si la cosecha produce mucho, pero hará un negocio ruinoso si no produce nada.

**Que la cosa vendida no pertenezca al comprador.-** Finalmente, la cosa vendida no debe pertenecer al comprador; por eso, dice el artículo 1755 *“La compra de cosa propia no vale; el comprador tendrá derecho a que se le restituya lo que hubiere dado por ella”.* Una compraventa que recae sobre una cosa que pertenece al comprador es nula de nulidad absoluta porque falta la causa de la obligación del comprador.

**La compraventa es título traslaticio de dominio.-**

Dentro del sistema adoptado en nuestro Código Civil en orden a la adquisición del dominio, **la compraventa es título traslaticio de dominio; no es un modo de adquirir el dominio**, porque no hay más modos de adquirir el dominio que los señalados en el artículo 603. **La compraventa es un título que habilita al comprador para que pueda llegar a hacerse dueño de la cosa por medio e la tradición**; el mensaje lo dice expresamente cuando expone que mientras la tradición no se efectúe , un contrato podrá ser perfecto, podrá engendrar derechos y obligaciones para las partes, pero no transfiere el dominio.

La tradición se hará en conformidad a las reglas que conocemos, según que la cosa sea mueble o inmueble, y así, llegamos a establecer algo que nadie tiene el derecho de ignorar; que **la inscripción de la compraventa en el Registro de la propiedad no es solemnidad de este contrato, sino solamente la manera de hacer la tradición, cuando la cosa vendida es un bien raíz.** La única solemnidad de la compraventa es, en algunos casos, como lo expresa el inciso 2º del artículo 1740, el otorgamiento de la escritura pública.

De lo dicho, se desprende que aunque no se haga la inscripción en el Registro de la Propiedad, hay compraventa, lo que no habrá sin la inscripción, es adquisición del dominio por parte del comprador.

La transferencia del dominio puede coincidir con el mismo momento del contrato o bien producirse más adelante, es decir, que la obligación del vendedor o se cumple instantáneamente, o se realiza posteriormente, lo cual da cabida al plazo, la condición o la determinación ulterior del cuerpo cierto que se transfiere (y que puede inicialmente señalarse por su especie y número, peso o medida).

**Saneamiento por evicción.**

**Concepto.-** La garantía de evicción, significa que el vendedor ha de asegurar al comprador la justa indemnización si es despojado legalmente de la cosa, sea total o parcialmente. El artículo 1778 del Código Civil, dice: *“Hay evicción de la cosa comprada, cuando el comprador es privado del todo o parte de ella, por sentencia judicial”.* Según esto puede definirse la evicción como **la privación del todo o parte de la cosa comprada que sufre el comprador a consecuencia de una sentencia judicial.**

Evicción viene del latín “*evincere”* que quiere decir derrotar, despojar o vencer alguno en un litigio, y efectivamente la evicción es la derrota que sufre el comprador en un litigio.

Se parte del supuesto de que el comprador puede ser **“evicto”,** es decir, **vencido jurídicamente**, y privado de la propiedad o de la posesión del objeto de la compraventa. No está obligado el vendedor a garantizar contra posibles medidas de hecho, injurídicas, por las cuales el comprador puede sufrir desmedro; el vendedor no es ni policía ni autoridad para evitar esos abusos de terceros, lo que ha de garantizar el vendedor es que, ni él mismo, ni otro, privarán por vía legal al comprador de la propiedad o la posesión de la cosa. Todavía hay que añadir que la garantía de evicción se refiere a **causas anteriores a la venta**, o por las cuales sea responsable el vendedor. **De ninguna manera tendrá el vendedor que reponder por actos, omisiones, imprudencias, errores del comprador, o por hechos legales de terceros que no dependen de ninguna manera de su voluntad.**

El vendedor debe también garantizar al comprador por **un gravamen que desconocía** al momento de adquirir la propiedad, por ejemplo, una hipoteca o una servidumbre pasiva. Estos constituyen una disminución del valor útil de la propiedad, y en circunstancias extremas, pueden privar de toda utilidad, por lo cual ha de responder el vendedor.

**El caso más simple y común suele ser el de la reivindicación planteada y alcanzada victoriosamente por un tercero, que demuestra ser dueño de la cosa, como consecuencia de esta acción y sentencia judicial, el comprador pierde la posesión y propiedad de lo que adquirió; queda “evicto” y puede reclamar a su vendedor.**

El vendedor deberá garantizar contra la evicción y para ello puede actuar de os maneras:

1. **Defendiendo.-** Como parte en el juicio reivindicatorio u otro similar, para impedir que el comprador sea despojado judicialmente de la cosa; y,
2. **Indemnizando.-** Al comprador que realmente h sido privado de la propiedad o posesión de la cosa.

Tenemos entonces que dentro de la obligación de sanear la evicción van en realidad comprometidas dos obligaciones:

1. **Una obligación de hacer**, la de amparar al comprador en el juicio que el tercero le ha iniciado, que constituye el objeto principal de la obligación de sanear; y,
2. **Una obligación de dar,** terminada la primera etapa, resuelto el litigio en forma desfavorable al comprador, la obligación de hacer se transforma en obligación de dar, indemnizar al comprador los perjuicios que por la pérdida de la cosa ha experimentado.

A estas dos etapas se refiere el artículo **1780**, la primera etapa es una obligación de hacer, que consiste en defender en el juicio al comprador, y por lo tanto es **indivisible**, y puede intentarse contra cualquiera de los herederos del vendedor; pero la acción de indemnización es **divisible**, y cada uno de los herederos responde por su cuota hereditaria.

**EL MANDATO**

El mandato es un contrato por el cual una persona (mandante) confía la gestión de uno o más negocios a otra (mandatario), que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera. Este es el concepto que nos da el Art. 2020 del Código Civil.

Es un contrato consensual, bilateral imperfecto de buena fe y gratuito por lo cual una parte (mandante) encarga a otra (mandatario) la realización de una gestión.

**Características**

* Puede ser oneroso o gratuito.
* Es un contrato Típico/nominado.
* Es un contrato principal.
* Es un contrato conmutativo.
* Es un contrato de tracto sucesivo.
* Es un contrato bilateral
* Es un contrato de medios y no de resultado
* Será consensual según la naturaleza jurídica del acto o actos para el cual fue conferido.

**Clases de mandatos**

* Atendiendo al objeto encomendado, esto es, los negocios que puede celebrar el mandatario puede ser general o especial.
* Atendiendo a si el mandatario actúa a nombre propio o del mandante, puede ser "en nombre propio" o por "cuenta ajena"
* Atendiendo a sus efectos, puede haber mandato con representación o sin representación. En consecuencia, la representación no es de la esencia del mandato.

**Obligaciones del mandatario**

2. Debe ejecutar el mandato personalmente, si hay sustitución esta puede ser amplia o restringida.

3. Se debe sujetar a las instrucciones recibidas del mandante. En caso de que el mandatario no recibiera instrucciones concretas, debe actuar prudentemente, como si se tratara de su negocio propio.

4. Debe rendir cuentas acerca de la ejecución del mandato.

5. cabe destacar a su vez que el mandato exige por condiciones propias de las cuestiones patrimoniales que estemos adecuados a realizar dicha tarea.

**Obligaciones del mandante**

1. Pagar la retribución convenida.

2. Reembolsar las expensas o gastos que haya realizado el mandatario.

3. Indemnizar el mandante al mandatario por los daños y perjuicios que éste hubiera sufrido con motivo del cumplimiento del mandato.

**Terminación del mandato**

a) El agotamiento natural

b) Vencimiento del plazo

c) La conclusión del negocio para el que se otorgó el mandato

d) Por la rescisión del contrato, a causa del incumplimiento de una de las partes.

e) Por nulidad del contrato

f) Por revocación. (Hay países en los cuáles existe la figura del mandato irrevocable. No es el caso del Uruguay donde siempre el mandato puede revocarse [art. 2087 del Código Civil de la República Oriental del Uruguay])

g) Por la renuncia del mandato por voluntad unilateral del mandatario

h) Con la muerte del mandante o del mandatario. (Hay países en los que existe el mandato que subsiste aún luego de la muerte del mandante y ello sucede cuando el mandato fue otorgado en interés del mandante y del mandatario al mismo tiempo, caso del art. 2098 del Código Civil uruguayo. El mismo código permite el mandato para ejecutarse después de la muerte del mandante [art. 2096])

i) Por la interdicción del mandante o la del mandatario.

El mandato guarda estricta relación con la representación. Cuando ésta se establece por la ley, a favor de las personas que no pueden administrar sus bienes por sí mismos, es decir, a favor de los incapaces, entonces la representación es legal, mientras que se establece la representación voluntaria entre personas capaces mediante el contrato de mandato.

En nuestro medio se usa como sinónimos “mandato” o “poder”, aunque estrictamente, el mandato confiere un poder, el poder nace del mandato, cuando es un poder dado convencionalmente. Haya también poderes originados en la ley, como los que corresponden a las “potestades” paterna o marital.

El contrato de mandato se reputa perfecto por la aceptación del mandatario. La aceptación puede ser expresa o tácita.

El mandatario responde hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su encargo. Esta responsabilidad recae más estrictamente sobre el mandatario remunerado.

Si el mandato comprende uno o más negocios especialmente determinados, se llama especial, si se da para todos los negocios del mandante, es general, y lo será igualmente si se da para todos, con una o más excepciones determinadas. (Art. 2034 C.C.).

Según el Art. 2036 del Código Sustantivo Civil, el mandato no confiere naturalmente al mandatario más que el poder de efectuar los actos de administración; como son pagar las deudas y cobrar los créditos del mandante, perteneciendo unos y otros al giro administrativo ordinario; perseguir en juicio a los deudores; intentar las acciones posesorias e interrumpir las prescripciones, en lo tocante a dicho giro; contratar las reparaciones de las cosas que administra; y comprar los materiales necesarios para el cultivo o beneficio de las tierras, minas, fábricas, u otros objetos de industria que se le hayan encarado.

El mandatario podrá delegar en encargo si no se le ha prohibido, pero no estando expresamente autorizado para ello, responderá de los hechos del delegado, como de los suyos propios.

ARRENDAMIENTO

De acuerdo con el Art. 1856 del Código Civil, el arrendamiento es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado, salvo lo que disponen las leyes de trabajo u otras especiales.

De esta norma surge el carácter complejo del contrato. Se trata de una complejidad de origen histórico y que ha evolucionado hacia la disgregación del conjunto de situaciones contractuales, especificándose modernamente una variedad de figuras nuevas, desgajadas o derivadas del primitivo arrendamiento.

La definición de nuestro código engloba, pues, las tres figuras principales del arrendamiento: El de cosas, el de servicios y de obras. La primera es fundamental, la que ha dado origen a las demás, pero también la de menor nobleza, ya que muchas más que cualquiera cosa, valen los actos humanos: servicio u obras realizadas por el ser integrante y libre.

**SOCIEDAD CIVIL**

El término sociedad civil, como concepto de la ciencia social, designa a la diversidad de personas con categoría de ciudadanos que actúan generalmente de manera colectiva para tomar decisiones en el ámbito público que conciernen a todo ciudadano fuera de las estructuras gubernamentales.

Se concibe como el espacio de vida social organizada que es voluntaria, independiente, autónoma del estado y limitada por un orden legal o juego de reglas compartidas. Involucra a ciudadanos actuando colectivamente en una esfera pública para expresar sus intereses, pasiones e ideas, intercambiar información alcanzando objetivos comunes.

El Art. 1957 del Código Civil define de la siguiente manera: “Sociedad o compañía es un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común, con el fin de dividir entre sí los beneficios que de ello provengan.

La sociedad forma una persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados”.

De acuerdo con el Art. 1963 del mismo Código Civil.- La sociedad puede ser civil o comercial.

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

Art. 1965.- La sociedad, sea civil o comercial, puede ser colectiva, en comandita, o anónima.

Es sociedad colectiva aquella en que todos los socios administran por sí o por un mandatario elegido de común acuerdo.

Es sociedad en comandita aquella en que uno o más de los socios se obligan solamente hasta el valor de sus aportes.

Sociedad anónima es aquella en que el fondo social es suministrado por accionistas que sólo son responsables por el valor de sus acciones.

Es conveniente precisar que, en su más lata concepción sociedad tiene mucho de un sentido “Asociación” que según Eugene Pelit, se aplica a toda reunión de personas que se proponen conseguir un fin común (Tratado de Derecho Romano. Pág. 405)

La esencia de la sociedad es evidente, se trata de una unión de personas para conseguir una finalidad común, esta unión se verifica mediante aportaciones sea de dinero u otros bienes materiales, derechos o servicios.

La finalidad de obtener un beneficio económico para los propios socios, es elemento indispensable para la sociedad. Si falta éste no hay sociedad; podrá haber un asociación, una corporación con fines no lucrativos, por ejemplo beneficios científicos, religioso, etc. No se desvirtúa en cambio la sociedad por le hecho de no obtenerse en la práctica ningún beneficio, y tampoco, si los socios después de alcanzar una ganancia deciden cederla en beneficio de otros, haciendo donaciones de sus utilidades, incluso habitualmente.

Según la ley, doctrina y jurisprudencia, los elementos de la sociedad son:

1.- Reunión de dos o más personas que se proponen un fin común de manera estable;

2.- Aportaciones especiales en dinero;

3.- Obligación de dividir entre los socios la utilidades y las pérdidas (Art. 1959.C.C).

El contrato social puede introducir múltiples variedades en la forma de cumplir estos requisitos, pero no los puede suprimir. La aportación debe ser real, no simulada o simplemente imaginaria, puesto que en ese caso, también la sociedad sería fantástica.

Los requisitos de validez del contrato de sociedad son los generales de todos los contratos, es decir, se requiere: capacidad de las partes, consentimiento de vicio, objeto y causa lícita y forma adecuada, sin embargo, hay algunas particularidades. Como la sociedad implica un aporte de cada socio, estos han de tener capacidad de disponer de sus bienes, de enajenar o gravarlos. Quienes están bajo tutela, curaduría o patria potestad, solamente pueden actuar válidamente con la autorización de su representante legal o por medio de él, pero los guardadores no tienen la facultad de enajenar o gravar libremente los bienes del pupilo.

Es importante señalar que, en atención al contenido de las aportaciones las sociedades pueden ser: si los socios aportan todos los bienes sería la sociedad universal; si se aportan determinadas especies, dinero o servicios limitados, la sociedad es particular. En el Ecuador solo se admite la sociedad universal entre cónyuges. Una clasificación de mucha importancia es la de sociedades civiles o comerciales. Si se conforma observado ciertas solemnidades es civil, y otras formas determinan que la sociedad sea comercial. **El sistema ecuatoriano sigue el primer criterio: el fin para el cual se crea la sociedad, la actividad que desarrollará es la que determina que sea civil o comercia,** y según esta calidad, tendrá que cumplir con tales o cuales formas de constitución. Las solemnidades dependen de la naturaleza y no es la naturaleza la que proviene de las formas exteriores del consentimiento.

**DE LA DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD**

Art. 2002.- La sociedad se disuelve por la expiración del plazo, o por el cumplimiento de la condición que se ha prefijado para que tenga fin.

Podrá, sin embargo, prorrogarse por consentimiento unánime de los socios, y con las mismas formalidades de la constitución primitiva.

Art. 2004.- La sociedad se disuelve, asimismo, por su insolvencia, y por la extinción de la cosa o cosas que forman su objeto total.

Si la extinción es parcial, continuará la sociedad, salvo el derecho de los socios para exigir la disolución, si con la parte que queda no pudiere continuar útilmente, y sin perjuicio de lo prevenido en el siguiente artículo.

Art. 2019.- Disuelta la sociedad se procederá a la división de los objetos que componen su haber.

Las reglas relativas a la partición de los bienes hereditarios y a las obligaciones entre los coherederos, se aplican a la división del caudal social y a las obligaciones entre los miembros de la sociedad disuelta, salvo en cuanto se opongan a las disposiciones de este Título.

**MODOS DE EXTINGUIR LA OBLIGACIONES: LA PRESCRIPCIÓN**

La prescripción es un modo de adquirir el dominio, pero también es un modo de extinguir las acciones y los derechos, es decir, la prescripción es adquisitiva y extintiva. Por ello el Art. 2392 de nuestro Código Civil nos dice: “Prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones y derechos ajenos, por haberse poseído las cosas, o no haberse ejercido dichas acciones y derechos, durante cierto tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales.

La prescripción adquisitiva también la llaman “usucapión”, tiene una evidente relación entre el uso de un derecho y la tutela legal del mismo. Si una persona no hace uso de su derecho, probablemente es porque no le sirve o no quiere servirse de él, y si trascurre mucho tiempo, no parece razonable que el sistema jurídico siga protegiendo a quien no tiene ningún interés.

Originariamente la prescripción tiene esta función extintiva, pero simultáneamente a la pérdida de una cosa por la prescripción, alguien debe entrar en reemplazo del anterior titular del derecho de dominio; si no hay ninguna persona individual interesada, será el estado el que adquiera. Por la prescripción se da una especie de abandono presunto, por el largo tiempo de no ejercitar el derecho. Pero cuando se demanda la declaratoria de prescripción adquisitiva de dominio, se lo tiene que hacer en contra de la o las personas que constan como titulares del derecho de dominio en el Registro de la Propiedad, no se puede demandar a cualquier persona. Así lo dice la doctrina y lo ha resuelto la ex Corte Suprema de Justicia en fallos de triple reiteración, cuando dice: “Es verdad que el Art. 2434 del Código Civil en su numeral primero declara que cabe prescripción extraordinaria contra título inscrito, pero esta norma no puede llevarnos al error de considerar que se puede proponer la controversia contra cualquier persona (peor todavía que la se pueda plantear contra persona indeterminada) sino que necesariamente se lo debe dirigir contra quien consta en el Registro de la Propiedad como titular del dominio sobre el bien que se pretende ha prescrito, ya que la acción va dirigida tanto a alcanzar la declaratoria de que ha operado este modo de adquirir la propiedad a favor del actor, cuanto a dejar sin efecto la inscripción que aparece reconociendo el derecho de propiedad a favor del demandado porque ha operado la prescripción, “que ha producido la extinción correlativa y simultánea” del derecho del anterior dueño. De lo anterior de concluye que en los juicios de declaratoria de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio se ha de dirigir la demanda contra la persona que ha la época en que al proponerla, aparece como titular del dominio en el registro de la propiedad, ya que se va a contradecir su relación jurídica sustancial porque si se propone contra otra persona no habrá legitimación pasiva en el demandado, no habrá legitimatio ad causam, ya que no será la persona “a quien, conforme a la ley corresponde contradecir la pretensión del demandante o frente al cual permite la ley se declare la relación jurídica sustancial objeto de la demanda”. (Sentencia No. 129-99, publicado en el R. O. No. 161 de 01 de abril de 1999; sentencia No. 265-99, R. O. No. 215 de 16 de junio e 1999 y sentencia No. 754-97, R. O. No. 265 de febrero 2 de 1998 entre otras). Por las consideraciones que anteceden, se declara la nulidad del proceso desde la demanda, a costa del actor, sin lugar a reposición”.

Los derechos que pueden extinguir por prescripción son los patrimoniales, mientras que los derechos personales o inherentes a la personalidad, llamados también personalísimos, son inalienables e imprescriptibles.

La razón que justifica la prescripción, consiste en el interés social de que los derechos y las cosas, cumplan su función para el bien común y no solo para el interés individual, y la presunción de que quien no se interesa absolutamente por sus cosas, posiblemente desea abandonarlas. Esto se vincula con el sentido social de la propiedad, que no solo confiere atribuciones sino que también impone cargas, de modo que quien no aprovecha de ninguna manera de su propiedad, también está faltado al deber de cumplir las cargas que lleva consigo.

Para llegar a la conclusión de privar al propietario de su derecho, se requiere del transcurro del tiempo suficientemente largo como para constatar debidamente el total desinterés del titular, y poder presumir el daño real que causaría a la sociedad el abandono práctico del derecho; a la vez que se debe constatar el ejercicio real de ese derecho por parte de la persona que reclama la prescripción. Por ello el tiempo para que opere la prescripción ordinaria es de tres años para los muebles y cinco para los inmuebles; en tanto que para la prescripción extraordinaria es de quince años que se esté en posesión tranquila, pacífica, pública y con el ánimo de señor y dueño.

El que quiere aprovecharse de la prescripción debe alegarla. El juez no puede declararla de oficio.

Las reglas de la prescripción se aplican también a favor y en contra del Estado, los consejos provinciales, de las municipalidades, de los establecimientos y corporaciones nacionales, y de los individuos particulares que tienen la libre administración de lo suyo, conforme establece el Art. 2397 del Código Civil.

Las cosas que se ganan por prescripción deben estar en el comercio humano, ya que no cabe prescripción de cosas embargadas, de bienes comunes a todos los seres humanos, de bienes propios y bienes de uso público.

La regla general es que no cabe prescripción entre condóminos, esto es, entre quienes no existe aún división, porque la posesión de uno de ellos beneficia a todos. Sin embargo, la jurisprudencia ha establecido que al existir una partición aunque sea imperfecta, irregular o de hecho, sin cabe la prescripción, siempre que se demuestre plenamente que se está en posesión exclusiva, por el tiempo que manda la ley, de esa parte del bien en virtud de esa división imperfecta, irregular o de hecho.

**BIBLIOGRAFIA**

* - ALESSANDRI Besa Arturo, “LA NULIDAD Y LA RESCISIÓN EN EL DERECHO CIVIL CHILENO” 2ª Edición, Ediar Editores Ltda., Santiago – Chile
* - ALESSANDRI Rodríguez, Arturo, “DERECHO DE LOS CONTRATOS”, Editorial Zamorano y Caperan, Santiago, 1976.
* - ALESSANDRI RODRIGUEZ Arturo, “DERECHO CIVIL - TEORÍA DE LAS OBLIGACIONES” Ediciones Librería del Profesional, Bogotá Colimbia, 1983.
* - ALESSANDRI, Somarriva, Vodanovic, “DERECHO CIVIL”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998.
* - ALTERINI, Atilio Aníbal, *contratos*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1ª. Reimpresión, 1999.

BONIVENTO FERNANDEZ, José Alejandro, Los Principales contratos civiles, Librería Ediciones del Profesional, Décima séptima edición, Bogotá, 2008.

* - BORDA, Guillermo A., “MANUAL DE OBLIGACIONES”, 7ª Edición Actualizada y Ampliada, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1981
* - BORDA, Guillermo A. “MANUAL DE CONTRATOS” Duodécima Edición, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1985
* - BOSSERT, Gustavo – ZANNONI, Eduardo “MANUAL DE DERECHO DE FAMILIA” Editorial Astrea, Buenos Aires, 2003.

Constitución del Ecuador publicada lunes, 20 de Octubre de 2008 - R. O. No. 449.

Codificación del Código Civil Ley No. 2005-010 Registro Oficial No. S-46 24-JUN-2005 actualizado al 2013

Codificación No. 11 del Código de Procedimiento Civil de 12 de julio del 2005 publicada en Suplemento de Registro Oficial No. 58 actualizada al 2013

Código Orgánico de la Función Judicial Publicado en el Registro Oficial Suplemento, Registro Oficial Nº 544 lunes 9 de marzo del 2009.

* - DIEZ-PICAZO, Luis, “FUNDAMENTOS DEL DERECHO CIVIL PATRIMONIAL” Tomo I “Introducción Teoría del Contrato”, 6ª Edición, Civitas, Thomson Reuters, España, Reimpresión junio 2011
* - FUEYO, Laneri Fernando, “DERECHO CIVIL”, Im. Y Lito. Universo S.A., Valparaíso – Chile, 1959.
* - LARREA Holguín, Juan “DERECHO CIVIL DEL ECUADOR” 1ª Edición, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 1987.

Ley de Registro (Decreto Supremo No. 1405 del año 1964 modificada por Ley s/n (Suplemento del Registro Oficial 162, 31-III-2010).

Ley General del Registro Civil Identificación y Cedulación Decreto Supremo 278 Registro Oficial 70 FECHA: 21 de Abril de 1976 modificada por Decreto Ejecutivo No. 8, publicado en Registro Oficial 10 de 24 de Agosto del 2009, se adscribe la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación al Ministerio de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información.

Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos dada por Ley No. 0, Registro Oficial Suplemento 162 de 31 de Marzo del 2010

* - MAZEAUD Henry y León – Jean, “LECCIONES DE DERECHO CIVIL”, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, parte 2ª, Vol. IV, Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, 1960.
* - MERLYN, Sacoto Sonia “SUJETOS DEL DERECHO” Editorial Universidad Técnica Particular de Loja, 2011.
* - MONTOYA, Osorio Martha Elena y MONTOYA Pérez, Guillermo, “DERECHO DE FAMILIA”, Editorial L. Vieco S.A.S, Medellín- Colombia, abril 2013.

OSPINA FERNANDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo, Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico, Editorial TEMIS, Bogotá, 2005

* - PARRAGUEZ, Ruiz Luis, “MANUAL DE DERECHO CIVIL ECUATORIANO PERSONAS Y FAMILIA” Editorial Universidad Técnica Particular de Loja. 1999
* - PÉREZ Guerrero Alfredo, “LA SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE”, Edición Especial, Universidad Central del Ecuador, Editorial Universitaria, Quito- Ecuador, 2001.
* - PÉREZ Guerrero Alfredo, “FUNDAMENTOS DEL DERECHO CIVIL ECUATORIANO”, Edición Especial, Universidad Central del Ecuador, Editorial Universitaria, Quito- Ecuador, 1973.
* - RABINOVICH, BERKMAN, Ricardo, “DERECHO CIVIL PARTE GENERAL” Editorial Astrea, Buenos Aires, 2001.
* - RIVERA, Julio César. “INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL TOMO I Y II” Editorial Astrea, Buenos Aires. 1999.
* - ZEA Valencia, Arturo. “DERECHO CIVIL”, 12ª Edición, Editorial Temis, Bogotá -Colombia, 1989.

1. “Porque todo lo jurídico ha sido constituido a causa de los hombres ”, Hemogeniano, Digesto, 1,5,2. [↑](#footnote-ref-1)
2. En sitio: htp://teoria-del-derecho.blogspot.com [↑](#footnote-ref-2)
3. FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, “¿Qué es ser “persona” para el Derecho?, en “Derecho PUCP”, órgano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N°53, Lima, diciembre del 2001. [↑](#footnote-ref-3)
4. ALESSANDRI, SOMARRIVA, y VODANOVIC, Curso del Derecho Civil, ED Nascimento,Chile, 1971

Santiago, 1971. [↑](#footnote-ref-4)
5. ALESSANDRI, SOMARRIVA, y VODANOVIC, Curso del Derecho Civil, ED Nascimento,

Santiago, 1971 [↑](#footnote-ref-5)
6. BONNECASE, Julién, Tratado Elemental de Derecho Civil, 1989. [↑](#footnote-ref-6)
7. Obra citada. [↑](#footnote-ref-7)
8. CLARO SOLAR, Luis, “Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado”, Tomo V, Editorial Jurídica de Chile, Chile,1978, pgs. 396 ss. [↑](#footnote-ref-8)
9. Legislación Cataluña, en sitio www.ibertalleres.com [↑](#footnote-ref-9)
10. RAMOS Pazos, René, Derecho de Familia, Ed.Jurídica de Chile, Santiago, 1998, pag. 628 [↑](#footnote-ref-10)
11. MUSTO, Néstor Jorge, Derechos Reales, Editorial Astrea, Buenos Aires, tomo I, 2000, p16 [↑](#footnote-ref-11)
12. Idem p. 18 [↑](#footnote-ref-12)
13. CLARO SOLAR, Luis, Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, Editorial Jurídica de Chile, Volumen III, Tomo VI, p. 325 [↑](#footnote-ref-13)
14. Barbero, idem. p. 217 [↑](#footnote-ref-14)
15. Idem, p. 218 [↑](#footnote-ref-15)
16. Derecho Civil, Editorial Temis S. A. , Bogotá, novena edición, tomo II, 1990, p. 11 [↑](#footnote-ref-16)
17. CLARO SOLAR, Luis, idem p. 7 [↑](#footnote-ref-17)
18. FLÓREZ RONCANCIO, Jesús David, Derecho Civil Bienes, Editorial Temis S. A., Bogotá, 2012, P. 89 [↑](#footnote-ref-18)
19. ALBALADEJO, Manuel, “Derecho Civil”, Librería Bosch S.A., Barcelona, 9ª Edición, Tomo III, 2002, pp. 123, 124. [↑](#footnote-ref-19)
20. Idem. p. 191. [↑](#footnote-ref-20)
21. Idem. [↑](#footnote-ref-21)
22. Albaladejo, idem. p. 303 [↑](#footnote-ref-22)
23. MUSTO, Néstor Jorge, Derechos reales, Editorial Astrea, Buenos Aires, Tomo I, 2000, p. 359 [↑](#footnote-ref-23)
24. LARREA HORLGUÍN, Juan, Derecho Civil del Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones, Primera edición, tomo VII, 1987, p. 261 [↑](#footnote-ref-24)
25. ACEVEDO PRADA, Luis Alfonso Y ACEVEDO PRADA, Martha Isabel, La Prescripción y los Procesos declarativos de pertenencia, Editorial Temis S. A., Bogotá, cuarta edición 1999, p. 34 [↑](#footnote-ref-25)
26. “Derecho Civil del Ecuador”, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, Tomo VII, 1ª Edición, 1987, p. 188 [↑](#footnote-ref-26)
27. Albaladejo, Tomo III, p. 917 [↑](#footnote-ref-27)
28. MUSTO, Néstor Jorge, Derechos Reales, Editorial Astrea, Buenos Aires, Tomo I, 2000, pp 701 y 703 [↑](#footnote-ref-28)
29. ALBALADEJO, Tomo III p. 476. [↑](#footnote-ref-29)
30. RIPERT, Georges y BOUNLANGER Jean, Tratado de Derecho Civil, Según el Tratado de Planiol”, Ediciones La Ley, Buenos Aires, Tomo IV, 1ª Edición. 1ª Reimpresión, 2007, p. 598. [↑](#footnote-ref-30)
31. SOMARRIVA, Manuel, Tratado de las Cauciones, Ediar ConoSur Ltda., p. 309 [↑](#footnote-ref-31)
32. Manual de Derecho Civil Ecuatoriano, Universidad Técnica Particular de Loja, Loja, 1997, Volumen I, pp. 316- 317 [↑](#footnote-ref-32)
33. PARRAGUEZ Ruiz Luis, “Manual de Derecho Civil Ecuatoriano”, Universidad Técnica Particular de Loja, Loja, Vol. II, 1997, pp. 126 y 127. [↑](#footnote-ref-33)
34. Cabanellas, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual (Tomo V), Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1978, p. 605 [↑](#footnote-ref-34)
35. López Obando, Hugo. Los actos de jurisdicción voluntaria ejercidos por los jueces y notarios 2009 [↑](#footnote-ref-35)
36. López Obando, Karina. El Divorcio Notarial y la División de los Bienes Gananciales. UASB. 2008 [↑](#footnote-ref-36)
37. |  |  |
| --- | --- |
|  El Régimen Patrimonial de la Sociedad Conyugal en el Ecuador por Ab. Katia Murrieta |  |

|  |
| --- |
|  |

 [↑](#footnote-ref-37)
38. Cabanellas de Torres, Guillermo: Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Jurídica-Andina, Pág.45 [↑](#footnote-ref-38)