

Universidad Andina Simón Bolívar
Sede Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría
en Derecho Procesal

El Divorcio Notarial y la División de los Bienes Gananciales

Karina López Obando

2008

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis o de parte de ella, por una sola vez, dentro de los treinta meses después de su aprobación.

Karina López Obando.

19 de diciembre del 2008.

Universidad Andina Simón Bolívar
Sede Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría
en Derecho Procesal

El Divorcio Notarial y la División de los Bienes Gananciales

Karina López Obando

Tutor: Dr. FELIPE ITURRALDE DÁVALOS

Quito, 2008

ABSTRACT

Con la publicación a la Ley Reformativa a la Ley Notarial, en el Registro Oficial No 406 del 28 de noviembre del 2006, consideramos necesario realizar una investigación de las nuevas atribuciones que se le otorgan al notario, en los actos de jurisdicción voluntaria, entre ellos el divorcio por mutuo consentimiento y la aprobación de la liquidación de la sociedad conyugal, ya en la actualidad es objeto de aplicación en el sistema notarial, y es necesario poder establecer sus fortalezas y debilidades en la aplicación y procedimiento, dentro de nuestro sistema jurídico.

El motivo para el desarrollo de este tema es que como abogada en libre ejercicio de la profesión se observa que nuestro sistema judicial se encuentra atosigado de procesos contenciosos y no contenciosos generando retardo en la administración de la justicia, debido a la lentitud del proceso judicial; frente a ello, consideramos necesario realizar un estudio sobre el divorcio por mutuo consentimiento y liquidación de la sociedad conyugal, en sus procedimientos en el sistema judicial, así como también el divorcio notarial, ya que varios países han agilizado el trámite de divorcio mediante reformas a su procedimiento sin desconocer los efectos del mismo, sobretodo con relación a la situación de los hijos y bienes.

Actualmente nos encontramos trabajando en el ámbito notarial y frente a ello nuestro interés por dilucidar; y conocer mas sobre el presente tema, realizando un estudio sobre las atribuciones que posee el notario en los actos de jurisdicción voluntaria, específicamente en el divorcio por mutuo consentimiento y la aprobación de la sociedad conyugal, con el objeto de desentrañar las particularidades de estas instituciones jurídicas en el ámbito notarial para su aplicación.

El objetivo de esta investigación pretende justificar que algunos actos de jurisdicción voluntaria pueden ser resueltos con la intervención del notario, para ayudar al descongestionamiento de los procesos judiciales, debido al atosigamiento de causa que existen por conocer. Los estudios de Pro Justicia demuestran que un alto porcentaje de los procesos de jurisdicción voluntaria demandan de la misma cantidad de tiempo, esfuerzos y recursos que los actos de jurisdicción contenciosa.

Agradecimiento:

Con alta consideración, aprecio y respeto al señor doctor Felipe Iturralde Dávalos por su valiosa guía en la presente tesis.

Dedicatoria:

A mis padres por ser la razón de mi existencia y
a mi esposo por todo el amor y apoyo brindado.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCION.....	8
1 CAPÍTULO I – ACERCAMIENTO TEÓRICO	12
1.1 EL MATRIMONIO Y DIVORCIO	12
1.1.1 Matrimonio.....	12
1.1.2 Divorcio	16
1.2 EL DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO.....	19
1.3 EFECTOS JURÍDICOS DEL DIVORCIO RESPECTO DE LOS CÓNYUGES	27
1.4 EFECTOS JURÍDICOS RESPECTO DE LOS BIENES.....	29
1.5 EFECTOS JURÍDICOS DEL DIVORCIO RESPECTO DE LOS HIJOS	30
2 CAPÍTULO II DIVORCIO NOTARIAL	33
2.1 DEFINICIÓN.....	33
2.2 JURISDICCIÓN VOLUNTARIA.....	35
2.3 ACTO NOTARIAL	43
2.4 FUNCIONES DEL NOTARIO	45
2.5 ATRIBUCIONES DEL NOTARIO	48
3 CAPÍTULO III SOCIEDAD CONYUGAL.....	49
3.1 DEFINICIÓN	49
3.2 ANTECEDENTES	50
3.3 BIENES ADQUIRIDOS ANTES DE LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO.....	53
3.4 CAPITULACIONES MATRIMONIALES.....	54
3.5 DONACIONES POR CAUSA DE MATRIMONIO.....	59
4 CAPÍTULO IV BIENES DE LA SOCIEDAD CONYUGAL	62
4.1 BIENES ADQUIRIDOS DURANTE LA SOCIEDAD CONYUGAL	62
4.1.1 El haber absoluto y real	64
4.1.2 El haber relativo o aparente.....	69
4.1.3 Bienes propios de los cónyuges	72
4.2 SEPARACIÓN DE BIENES.....	74
4.3 LOS BIENES ADQUIRIDOS DESPUÉS DE LA SOCIEDAD CONYUGAL	78
4.4 LOS BIENES CONYUGALES DESPUÉS DE LA SOCIEDAD DEL FALLECIMIENTO DE UNOS DE LOS CÓNYUGES.....	81
4.5 PORCIÓN CONYUGAL.....	86
5 CAPÍTULO QUINTO DIVISIÓN DE LOS BIENES GANANCIALES	88
5.1 DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL	88
5.2 JUICIO DE INVENTARIO	92
5.3 LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.....	100
5.4 PARTICIÓN.....	108
5.4.1 Juicio de partición	110
5.5 PROTOCOLIZACIÓN	111
5.6 INSCRIPCIÓN.....	115
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	118

ANEXOS

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCION

El presente trabajo trata de examinar el divorcio por mutuo consentimiento ante el notario y la división de gananciales, en virtud de la promulgación de la ley reformativa a la Ley Notarial publicada en el Registro Oficial No 406 del 28 de Noviembre del 2006, en su Art. 18 numeral 22 se otorgan nuevas atribuciones a los notarios, entre ellas el divorcio por mutuo consentimiento, únicamente en los casos en que los cónyuges no tengan hijos menores de edad o bajo su dependencia; y la aprobación de la liquidación de bienes de la sociedad conyugal, todo ello sin perjuicio de la facultad jurisdiccional de los jueces de lo civil. Todo esto acompañado de cierta novedad del tema y en consideración a la función del notario en desempeño de su función y lo que significa o implica el ejercicio de los asuntos en el campo de la jurisdicción voluntaria.

Con la presente investigación se pretende dar un aporte al vasto campo de estudio que comprende la ciencia jurídica, y más concretamente al área del Derecho Notarial que va adquiriendo cada vez mayor reconocimiento y espacio en la sociedad moderna y por lo tanto en los diferentes ordenamientos jurídicos, lo que hace su estudio se vaya profundizando y especializando, es decir, se quiere despertar esas inquietudes intelectuales, incitando al estudio de los temas notariales, llamando la atención sobre todo en temas en que el Derecho ecuatoriano que apenas han sido tratados, a pesar de su importancia y de la experiencia de otros países cercanos, donde el Derecho Notarial constituye una rama de especialización, con todo lo que ésta categorización implica, en el estudio del derecho general.

Esta investigación pretende proporcionar razones de valor jurídico y de hecho que expliquen la tendencia actual para trasladar facultades de jurisdicción voluntaria, normalmente conocidos por los jueces de lo civil a los notarios.

Son varias las razones que hacen del notario un funcionario idóneo para tramitar asuntos de jurisdicción voluntaria, entre ellas, está investido de la fe pública, tiene la facultad de ser certificador, es un profesional

del derecho cuya función principal consiste en dar fe, informar y asesorar en forma imparcial el otorgamiento de actos y contratos otorgados ante él. Cabe señalar, que el desarrollo y crecimiento de las sociedades obligan también a una modernización de los procesos judiciales, y hoy por hoy, enormemente lógico y normal que la mayor parte de los trámites de jurisdicción voluntaria que actualmente presenten menor dificultad, sean conocidos por los notarios. Esta tendencia no la vivimos únicamente en nuestra patria; es un tema que va tomando cuerpo a nivel mundial como en Europa y América. Cabe señalar que entre los principios esenciales del derecho ecuatoriano se encuentra contemplada la justicia pronta y expedita; por tanto, al facultarse al notario esta nueva atribución se va a obtener el beneficio de la inmediatez y prontitud de esos trámites aprovechando las funciones que puede compartir un fedatario público.

De lo que podemos estar seguros es que a corto tiempo el notario va adquirir mayor relevancia en la vida jurídica de la sociedad, pues a él se le concederán, casi todas las facultades de jurisdicción voluntaria, no porque sea la solución ideal, sino porque el crecimiento de los problemas legales en relación al crecimiento poblacional, es incontenible y la estructura judicial actualmente, ya dejó de ser eficiente, entre otros, por el cúmulo de causas.

La presente tesis esta dividida en cinco capítulos, en el desarrollo del presente trabajo partiré de conceptos básicos sobre el matrimonio su definición, los antecedentes y generalidades del divorcio en general, empezando por establecer su etimología, para luego realizar una breve reseña histórica del divorcio, en forma ascendente, esto es, en la edad antigua, edad media y edad moderna, sin dejar de destacar una breve reseña histórica del divorcio en nuestro país, así como sus efectos jurídicos respecto de los cónyuges, bienes e hijos.

Analizaré el divorcio notarial, empezando por su concepto, requisitos y procedimiento. Adicionalmente la función del notario, sus atribuciones, el acto notarial y la jurisdicción voluntaria.

Consideramos necesario realizar un análisis sobre la sociedad conyugal, su definición, antecedentes, bienes adquiridos antes de la celebración del matrimonio, capitulaciones matrimoniales, y donaciones por causa de matrimonio; los bienes adquiridos antes, durante y después de la sociedad conyugal, separación de bienes, y la porción conyugal.

Nos remitiremos a la división de bienes gananciales, partiendo de la disolución sociedad conyugal, juicio de inventario, liquidación de la sociedad conyugal, partición protocolización e inscripción. Analizaré la partición de los bienes de la sociedad conyugal y diferenciaré de los bienes del patrimonio de cada cónyuge, estableceré cuáles son los bienes de dicha sociedad, ya que si bien la sociedad conyugal nace al momento de suscribir el acta en el que se celebra el matrimonio, sabemos que cada uno de los contrayentes pueden tener bienes antes de celebrar dicho matrimonio y es necesario saber que destino tendrán posteriormente los adquiridos a título gratuito.

Igualmente enfocaré en nuestro estudio los bienes que se adquieren durante el matrimonio, determinaré los gananciales que son los que se partirán en un momento dado, identificaré cuáles son los bienes de la sociedad conyugal y así mismo el pasivo de la sociedad.

En cuanto a los juicios de inventarios como antecedentes de la partición, en relación a la sociedad conyugal, estos, tienen que ajustarse al trámite determinado para el caso de herencias por causa de muerte, porque no existe un trámite especial para los bienes de la sociedad conyugal.

En consecuencia podemos decir que al ser la familia la célula de la sociedad es necesario establecer en forma clara, precisa los bienes que conforman el haber absoluto y relativo de la sociedad conyugal, así como el pasivo absoluto o social y el relativo y personal, estableciendo de esta manera una correcta y buena aplicación de las causas de disolución de la sociedad conyugal, por cuanto es un tema de conflicto

al no estar establecido en forma taxativa en nuestra legislación.

Al finalizar el actual estudio, estableceré algunas reflexiones finales, en las que incluiré posibles reformas al divorcio por mutuo acuerdo notarial, e innovaciones a las facultades, especialmente en cuanto a ciertos trámites administrativos o de lo que están de por medio acuerdos libres y voluntarios de las partes.

Hemos considerado necesario que la presente investigación ha sido examinada en el ámbito científico, a través de nuestra legislación vigente, doctrina, datos documentales, estadísticas, soportes informáticos que han contribuido en la elaboración de la presente tesis.

EL DIVORCIO NOTARIAL Y LA DIVISIÓN DE LOS BIENES GANANCIALES

1 CAPÍTULO I – ACERCAMIENTO TEÓRICO

1.1 El Matrimonio y Divorcio

1.1.1 Matrimonio

Respecto del matrimonio las definiciones se pueden sustentar básicamente en dos corrientes: la religiosa, que agrega al matrimonio la expresión eclesiástico, y la otra de tipo liberal, que denomina a esta institución como matrimonio civil, cada una con sus particularidades. Por cuanto son los efectos del matrimonio los que interesan analizar, me remitiré a las definiciones que diferentes autores proponen sobre el matrimonio civil.

Una explicación de tipo contractualista, es la propuesta por Pierre Adnés, quien indica que el matrimonio es un contrato solemne, la cual nos permite relacionar con la definición que trae nuestro Código Civil sobre esta institución civil. “Llámesse, de manera general, contrato el consentimiento o acuerdo por el que dos o más personas se comprometen a una cosa respecto de otra o de otras. Que el matrimonio, considerado en el acto por el que se constituye sea un contrato, resulta de lo que acabamos de decir, pues consiste en el consentimiento mutuo por el que dos personas legítimas se obligan recíprocamente a llevar vida común, a ayudarse mutuamente y a procrear una descendencia, o por lo menos se confieren este derecho”.¹

La explicación realizada por Pierre Adnés, coincide plenamente con la definición que trae nuestro Código Civil, en el Art. 81, que dice: “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”.

Con la actual Constitución vigente, se han introducido cambios que de conformidad con la teoría

¹ Adnés, Pierre: *El Matrimonio*, Barcelona, Editorial Herder, 1973, p.157.

contractual generaría contradicción con el Art. 81 del Código Civil, ya que en su Art. 67 tercer inciso establece “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”.

En la Constitución, respecto del matrimonio, se ha producido cambios que se ajustan con la realidad actual, ya que su definición se elimina las palabras contrato solemne, y se suprime una de las finalidades del matrimonio la procreación, ya que no necesariamente es una finalidad primordial dentro del matrimonio.

Otra corriente expresa que el matrimonio es una institución y al mismo tiempo un contrato. Así lo sostiene Pañol-Ripert, ante lo cual Tomas Caballero, se manifiesta en los siguientes términos:

“Se dice que es un contrato porque existe acuerdo de voluntades que solamente pueden los contrayentes prestar su consentimiento, que producido este, será la ley la que con prescindencia de la voluntad de las partes determinará las consecuencias legales. Se dice también que es una institución (ya civil, social, ya religiosa) partiendo de la falta de acomodación del matrimonio en el molde estrecho del contrato y en procura de otra solución que resuelva la interrogante de su naturaleza jurídica”.²

Sin embargo de la explicación de la dualidad del matrimonio, entre ser un contrato e institución, nuestra legislación en el Código Civil recoge el carácter contractual del matrimonio.

El matrimonio, de conformidad con el Código Civil tiene requisitos de fondo y de forma. Los requisitos de fondo se los puede dividir en requisitos generales del contrato que son los siguientes: consentimiento, capacidad, causa lícita y objeto lícito. En cuanto a los requisitos específicos, están en la otra parte de la definición, que son: relación entre un hombre y una mujer, convivencia, procrear y auxiliarse

² Caballero, Tomás: *Divorcio del Matrimonio Canónico*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1988, p. 50.

mutuamente.

El consentimiento es la expresión de la voluntad, que no debe estar viciada ya sea por error, fuerza o dolo, de acuerdo al Art. 1467 del Código Civil.

Respecto del matrimonio encontramos que si la expresión de la voluntad de uno de los contrayentes se encuentra viciada, quien se sienta perjudicado puede demandar la nulidad del matrimonio, o dicho de otra forma del contrato.

De acuerdo a la legislación civil ecuatoriana la capacidad se refiere a la de ejercicio y no a la de goce. El Código Civil en el Art. 1462, la define así: “Toda persona es legalmente capaz excepto las que la ley declara incapaces”. Y el Art. 1462 C. C. dice: “La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma y sin misterio o autorización de otra”.

En relación al contrato solemne del matrimonio ocurre que no es posible que lo celebren los impúberes (incapaces absolutos), pero sí los menores adultos, siempre y cuando al momento de la celebración los representantes legales, por lo general el padre, exprese su autorización para que su hijo o hija de 16 ó 17 años contraiga matrimonio.

A manera de referencia la Constitución incorpora una definición con elementos más contemporáneos, entre ellos el libre consentimiento, que coincide plenamente con lo referido en líneas anteriores.

La causa se considera el motivo por la cual se ejecuta una acción o realiza una actividad. Nuestro Código Civil lo define así de conformidad con el Art. 1483 “...Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público”.

En relación al matrimonio la causa puede referirse al amor y aprecio que existe entre un hombre y una mujer, respecto de ello también será procrear y ayudarse mutuamente.

Aunque la causa lícita generalmente en este tipo de contrato no es verificable ¿cómo podría saber el funcionario del Registro Civil que existe causa lícita?, ya que pertenece al interior de cada persona.

El profesor ecuatoriano, César Dávila, define al objeto así: “Objeto lícito es aquel que no contraría norma legal alguna, ni atenta contra el orden público o las buenas costumbres. En suma, lo que está socialmente permitido o tolerado”.³

Respecto del matrimonio, el objeto lícito es variado, pero al referirnos a lo que dice el Código Civil, el objeto es cohabitación, fidelidad, socorro y ayudarse cuando así alguno de los cónyuges lo necesite.

Nuestra legislación, a diferencia de las europeas, establece que el contrato de matrimonio solo lo pueden celebrar un hombre y una mujer, por lo que no será admisible que puedan contraer nupcias civil personas del mismo sexo. Sin embargo, la vigente Constitución define al matrimonio como “...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”.

La convivencia entre los cónyuges consta como el objeto que buscarán cumplir. Pero qué pasa si no lo hacen, se configura entonces la causal undécima del Art. 106, que se refiere al divorcio contencioso.

Los requisitos de forma del matrimonio son aquellos que por la naturaleza del contrato deben cumplirse para la validez del mismo, como es haberse llevado a cabo por funcionario competente de acuerdo a la Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación. El único competente en el Ecuador para celebrar un

³ Dávila, César: *Derecho Societario*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 1999, p. 24.

contrato de matrimonio es el funcionario del Registro Civil, por lo que ningún otro, podrá participar en su ejecución.

El carácter solemne que tiene el matrimonio, al ser un contrato está vinculado con lo que establece el Art.1459 CC que distingue a los contratos en reales solemnes y consensuales; en el caso de los solemnes, por expresa disposición del referido artículo son aquellos que están sujetos a la observancia de ciertas formalidades.

Su cumplimiento tiene por objeto que los contrayentes expresen de viva voz el deseo de contraer matrimonio, e impedir que una persona que tuviese algún impedimento - casado, hijos sin curador-, lo lleve a efecto, pero su cumplimiento se ciñe a la observancia de los siguientes puntos:

- a. La ausencia de impedimentos dirimentes.
- b. La expresión libre y espontánea del consentimiento.
- c. Presencia de dos testigos.
- d. El otorgamiento y suscripción del acta, con las formalidades que deba contener dicho documento, pudiéndose expresar en el acta capitulaciones matrimoniales.

1.1.2 Divorcio

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.

No existe una definición del divorcio en el Código Civil, pero el Art. 106 establece de la siguiente manera: “Juicio que disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud para contraer nuevo matrimonio, salvo las limitaciones establecidas en este Código. 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 efectúe con el último cónyuge”.

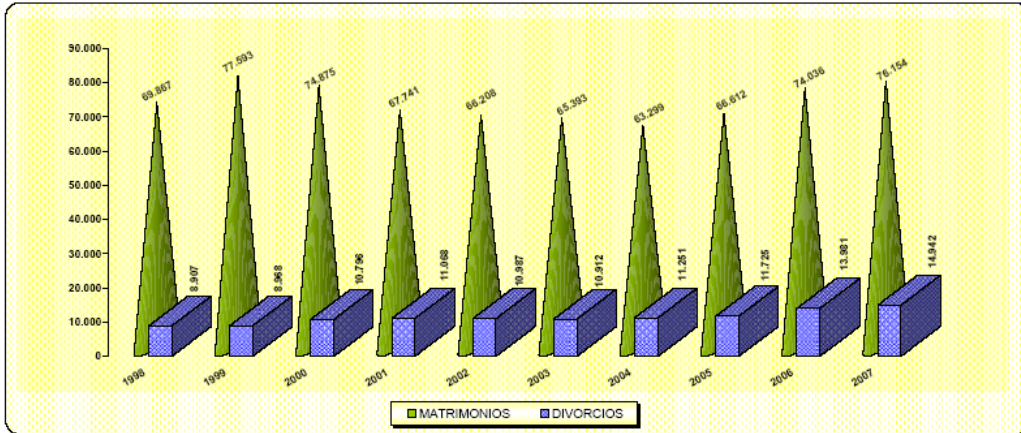
En definitiva, el divorcio es la institución jurídica que permite, conforme a derecho, la terminación o disolución del vínculo matrimonial, lo que trae consigo efectos en el estado civil de las personas, en la situación de los hijos habidos dentro del matrimonio y en el régimen jurídico sobre los bienes adquiridos dentro de la relación matrimonial.

El divorcio es una institución jurídica que a medida que avanza la sociedad ha adquirido una gran trascendencia, por cuanto es la mejor forma de dar por terminada la relación conyugal, ya que en la misma se discute la causal de separación, la situación de los hijos -alimentos, tenencia y régimen de visitas-, exista o no un acuerdo.

Según las estadísticas del INEC, en el siguiente cuadro se puede observar el número de matrimonios y divorcios producidos que existen en el Ecuador desde 1988 al 2007. Existe una tendencia al incremento de divorcios en los últimos años.

**MATRIMONIOS Y DIVORCIOS REGISTRADOS
AÑOS 1998 - 2007**

	AÑOS									
	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007
MATRIMONIOS	69.867	77.593	74.875	67.741	66.208	65.393	63.299	66.612	74.036	76.154
DIVORCIOS	8.907	8.968	10.796	11.068	10.987	10.912	11.261	11.725	13.981	14.942



Fuente INEC

Además debemos considerar que los divorcios por diversas causas son cada vez más frecuentes, ya sea por razones económicas, sociales, culturales, así como incompatibilidades en un corto tiempo después de casados. “La mayor parte de rupturas se presentan durante los primeros dos años de convivencia en pareja; entran aquí los ejemplos de parejas recién formadas que terminan separándose después de unos meses de convivencia”⁴. Se necesita que el Estado dé una solución al problema del exceso de ritualidad que deben cumplir las partes para obtener su divorcio.

Frente a ello, para descongestionar los actos de jurisdicción voluntaria, como el divorcio notarial, se facultó al notario, mediante ley publicada en el Registro Oficial No 406 del 28 de noviembre del 2006 en su artículo 18 numeral 22, a conocer de divorcios siempre y cuando los solicitantes no tengan hijos menores de edad o bajo su dependencia.

⁴ Mindek, Dubravka: *Familia y diversidad en América Latina: estudios de casos*, Buenos Aires, Editorial CLACSO, 2007, p.197.

1.2 El divorcio por mutuo consentimiento

Al divorcio consensual se lo puede definir como aquel en donde se decide por acuerdo entre los cónyuges, razón por la que comprende, además, otras denominaciones, como divorcio por mutuo consentimiento o divorcio por petición conjunta de los cónyuges.

En consecuencia, se desprende que para que exista el divorcio consensual, únicamente debe mediar la voluntad de los cónyuges, situación que es criticada por quienes consideran que el divorcio no puede darse únicamente por el simple deseo expresado por los cónyuges, unido a ello un trámite sencillo y fácil de acceder; sino que consideran que es necesario que pese al consentimiento y expresión de voluntad de los cónyuges, debe establecerse como obligación que exista una causa justa, la misma que debe ser calificada y aceptada a trámite.

Otros tratadistas no comparten lo antes indicado porque piensan que no se ajusta a la realidad; y que, además, esta situación viene desde la época del Derecho Romano en donde existían principios como “lo que el consentimiento contrae, el consentimiento lo disuelve”. Por lo tanto, aseguran que el divorcio por mutuo consentimiento representa una conformidad para separarse, sin que por ello se desconozca que detrás de esa voluntad para separarse puedan existir una o muchas causas motivantes para el divorcio, pero las mismas no desempeñan ningún papel en el procedimiento judicial del divorcio por mutuo consentimiento, ya que en la realidad de su proceso ni se plantea peor se analiza esas causales, las mismas que, por más importantes o trascendentes que sean, únicamente pueden ser respetadas pero no influyen en su trámite.

De conformidad con el Art. 81 del Código Civil, podríamos decir que al ser un contrato se debería disolver por la simple voluntad de los contrayentes, situación que acorde a nuestra legislación no es así, y se requiere necesariamente de un trámite judicial aspecto que en la actualidad es una facultad que se les ha atribuido a los notarios, siempre y cuando no existan bienes ni hijos menores de edad o bajo su

dependencia.

En el divorcio por mutuo consentimiento, según nuestra legislación, no se requiere expresar la causa o causas para el divorcio; además, el mismo no se puede dar por la simple voluntad de los contrayentes, por cuanto requiere de una sentencia judicial que declara disuelto el vínculo matrimonial. Esto es, nace su posibilidad de la voluntad conjunta de ambos cónyuges, pero requiere de un trámite judicial. Dentro de este proceso pueden existir discrepancias, así por ejemplo, cuando las partes no se ponen de acuerdo en la situación en que quedan sus hijos menores, ya sea en cuanto a la tenencia, cuidado, protección, alimentos, visitas, etc., por lo que ese aspecto se puede tornar contencioso.

El Código Civil no define a ésta institución, pero respecto de la misma dice: “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.

Es evidente que se constituye en una forma de dar por terminado el vínculo matrimonial en base del consentimiento conjunto.

El divorcio por mutuo consentimiento tiene un trámite especial, especialísimo, muy particularizado, pormenorizado al detalle y taxativamente dispuesto por el Código Civil.

La esencia de este divorcio es la manifestación expresa, voluntaria y de consuno, por parte de los cónyuges, para disolver su vínculo matrimonial. Los cónyuges así lo manifiestan ante el juez, pues el Código Civil no habla de demanda en estricto sentido, sino expresamente de “Manifestación” pura y simple de la voluntad.

Transcurridos los sesenta días cualquiera de los dos “manifestantes”, por sí o por medio de curadores especiales, pueden solicitar una audiencia en la que según el artículo 108 del Código Civil: “. . .Expresarán de consuno y de viva voz su resolución definitiva de dar (ellos) por disuelto el vínculo matrimonial”. Queda debidamente establecido que en el texto de la norma legal se atribuye a los cónyuges, y sólo a ellos, la facultad absoluta total y omnímoda de resolver en forma definitiva el hecho de “dar por disuelto el vínculo matrimonial”. Si así lo expresaron de consuno y de viva voz, ante el juez, esta resolución es, insisto, definitiva.

Consideramos que el legislador pudo haber ido más allá, y expresar que en este caso ni siquiera se requiera de sentencia, porque siendo el matrimonio un contrato, al resciliar tal contrato los propios cónyuges, que fueron los que establecieron el vínculo obligacional, no requieren, en estricto sentido doctrinario, ningún tipo de sentencia. Esta es y ha sido la concepción jurídica del contrato matrimonial al margen de toda sugerencia. Legislaciones de varios países europeos ha establecido el divorcio por simple notificación, el mismo que se perfecciona con la razón del fedatario público de que tal notificación se la hizo al otro contrayente. Es el divorcio que en doctrina lo han denominado “divorcio cartular”.

Sin que exista disposición legal alguna, nuestro sistema judicial, de una manera muy formalista, ha establecido que se deba “dictar sentencia” en el divorcio por mutuo consentimiento. Esto no se ajusta técnicamente a la doctrina procesal y resulta completamente erróneo, equivocado y hasta ilegal.

Ilegal porque se opone a lo establecido en el primer inciso del Art. 107 del Código Civil; y erróneo, porque jurídicamente una resciliación contractual no amerita ni requiere sentencia judicial.

Si son los cónyuges los que expresan su resolución definitiva de dar por disuelto el vínculo matrimonial, el juez (en caso de tener competencia para ello) lo único que tiene que hacer es solemnizar esa voluntad y así certificarlo ante la autoridad respectiva (el jefe del Registro Civil) para los fines consiguientes.

Por lo tanto, mi punto de vista es que el juez no debe dictar sentencia en el divorcio por mutuo consentimiento, sino únicamente solemnizar, junto con el secretario, la resolución de quienes manifiesten su voluntad definitiva de disolver el vínculo matrimonial y dar fe del acto respectivo.

Y si no, veamos desde el punto estrictamente procesal ¿qué es la sentencia? ... En términos latos y conforme al Art. 269 del Código de Procedimiento Civil: “Sentencia es la decisión del juez acerca del asunto o asuntos principales del juicio”.

Pero en el divorcio por mutuo consentimiento el juez no decide nada; no es al juez a quien compete la decisión de dar por disuelto el vínculo matrimonial sino a los cónyuges. Por otra parte no existe “juicio”, porque no hay contienda legal. Entonces, cualquier “sentencia” es impertinente si versa sobre un asunto que la ley ha atribuido como facultad específica y exclusiva de los cónyuges, resueltos a divorciarse por mutuo consentimiento.

La costumbre de dictar sentencia sobre los divorcios por mutuo consentimiento, no se ajusta a la doctrina procesal ni a la disposición expresa de la ley; simplemente se la ha establecido como costumbre, sin ningún fundamento jurídico y sin un real criterio doctrinario- procedimental.

Y es que el error proviene al haber dispuesto en el artículo 107, primer inciso del CC, que “los cónyuges manifestarán por escrito, por sí o por medio de procuradores especiales, ante el juez de lo Civil....”. Con esta disposición legal se atribuyó la competencia del divorcio por mutuo consentimiento a los jueces de lo Civil del domicilio de cualquiera de los cónyuges. Pero esta disposición no es muy apegada a la técnica legislativa.

Explicemos este punto: si profundizamos un poco el estudio, veremos que en derecho “las cosas se deshacen como se hacen”. Y el contrato matrimonial, es un acto jurídico solemne frente a una autoridad administrativa: el señor jefe del Registro Civil de la respectiva jurisdicción. No es ante el juez.

En la relación contractual para la celebración del matrimonio el juez no tiene competencia ni participación legal de ninguna naturaleza. Y si los contratantes (contrayentes), en uso de su facultad legal deciden

rescindir su contrato, sería la misma persona, el mismo sujeto de derecho o la misma autoridad administrativa que solemnizó la relación contractual, en estricto derecho, la única llamada a solemnizar tal “revocación de la voluntad” y dar fe de que así lo expresaron las partes interesadas.

Por consiguiente, el legislador debió conceder la facultad de solemnizar la resciliación del contrato matrimonial al jefe del Registro Civil, no al juez, para que la disposición legal del divorcio por mutuo consentimiento se ajuste a la doctrina jurídica.

El asunto de los hijos es una cuestión muy aparte, que requiere otro tipo de análisis y que no lo trataré en el presente trabajo pues amerita otras consideraciones jurídicas.

Cabe preguntarse ¿sobre qué está llamado el juez a pronunciar sentencia en los divorcios por mutuo consentimiento?

Desde el tercer inciso del artículo 108 del Código Civil, se expresa que “si no llegaren a un acuerdo sobre estos puntos...”, se refiere al cuidado y tenencia de los hijos; luego, el mismo artículo se remite a los alimentos congruos y a las providencias sobre estos pormenores.

Es sólo sobre estos aspectos que el juez tiene facultad para sustanciar una causa dentro del mismo trámite de divorcio y resolver. No sobre el divorcio, porque si los cónyuges en la audiencia ya pronunciaron su resolución que tiene el carácter de definitiva, el juez no tiene por qué entrar a considerar nada sobre este aspecto.

Pero las providencias que diriman asuntos como la tenencia, los alimentos y el cuidado de los hijos, es obvio que tenga su correspondiente recurso sólo con efecto devolutivo.

1.3 Reseña histórica del divorcio

La figura jurídica del divorcio se la relaciona desde la edad antigua con la conducta social del repudio, ya que existió mucha dureza de los judíos al rechazar a su mujer en ciertas circunstancias, las mismas que fueron cambiando de acuerdo al tiempo, época y diferentes ordenamientos jurídicos.

Los defensores de la figura jurídica del divorcio, sostienen y argumentan como tesis a favor, que fue el mismo Moisés quién llegó a permitir el repudio, palabra que originalmente se la conoció como “repudium” y que significaba la ruptura del matrimonio por decisión de uno de los cónyuges, la misma que se lo hacía mediante una notificación conocida en esa época como “libelo de repudio”, documento o escrito mediante el cual se lo hacía conocer, además se menciona que al momento que era entregado el repudio se lo conocía como “Dar libelote repudio” en el mismo se establecía la renuncia a la cosa o persona que se mencionaba.

Respecto de la edad antigua, lo que más se destaca en esta época, es el documento denominado “Libelo de repudio”, el mismo que servía al marido para repudiar a su mujer, siendo así la primera forma del divorcio o de disolver el matrimonio.

Dos de las principales causas para optar por la facultad del “repudio” eran el adulterio y la esterilidad, situación que se repite entre los judíos. Cabe señalar que tanto en el matrimonio como en el repudio no existían formalidades, se unían o se separaban el uno del otro como si fuera un bien suyo, pero precisamente estos excesos dieron nacimiento al libelo de repudio, que se fundamentaba en un documento escrito mediante el cual el marido podía repudiar a su mujer sin mayor formalidad como una facultad exclusiva del hombre. Posteriormente se establecieron ciertas formalidades que fueron controladas por los escribas, llegando al caso de conceder la facultad del repudio también a la mujer en caso de adulterio.

La edad antigua podemos mencionar que comprende, a la época de los primeros habitantes y de los pueblos más antiguos como Egipto, Mesopotamia, Fenicia, los Hebreos, los Persas, Grecia y Roma hasta su decadencia como imperio, pero en cuanto el tema planteado del divorcio, lo que más se destaca en la edad antigua es el documento llamado “libelo del repudio” el mismo mediante el cual se servía antiguamente el marido para repudiar a su mujer, convirtiéndose de esta manera en la primera forma de divorcio o de disolver el matrimonio.

En Roma el repudio dependía de la modalidad adoptada para el matrimonio así: En los matrimonios por coemptio o usucapión, el marido vendía a su mujer a un tercero y era liberada mediante manumisión. Y en los matrimonios libres o sine manus, se utilizaba procedimientos consensuales o contenciosos con causales.

En Roma existía la igualdad conyugal, destacándose por ello la facultad tanto del hombre como de la mujer, para poder repudiar al cónyuge valiéndose del libelo, se asimiló en cierta forma a la consideración actual del divorcio, tanto consensual como contencioso, pero para éste último debían causas debidamente justificadas, por lo que en cierta forma los divorcios fueron rarísimos en los primeros siglos de Roma, pero se fueron multiplicando en los últimos tiempos de la República y en los días del Imperio.

En la edad media en forma general, existió el divorcio por mutuo consentimiento pero con el repudio que le correspondía al marido, enfatizando especialmente entre las causas más comunes los casos de esterilidad de la mujer o de adulterio por parte del hombre. Pero independiente de lo anterior se dieron también casos de repudio sin que exista de por medio causa justificada, trayendo como consecuencia la necesidad de compensaciones pecuniarias.

Durante la edad media, cuando ejercieron su dominio los emperadores cristianos, entre ellos Constantino, se produce una tendencia a frenar el divorcio, ya que se consideraba al matrimonio como indisoluble, en el sentido de que “lo que Dios ha unido no puede separarlo el hombre”.

En la edad moderna el divorcio se mantiene en los países cristianos, sobre todo de Europa central y meridional, especialmente cuando se da la reforma protestante desde comienzos del siglo XVI, mostrándose al divorcio como una institución jurídica válida.

El derecho canónico considera como absolutamente indisoluble el matrimonio rato y consumado, o sea, el

matrimonio válidamente contraído entre bautizados, ya que lo considera sacramento, y por lo tanto, es indisoluble.

Los movimientos liberales propugnaron varias reformas, las mismas que se plasmaron en la Revolución Francesa, donde se determinó al matrimonio como un contrato civil, como algo contractual. Consecutivamente a ello entra en vigencia la Ley del Divorcio el 20 de septiembre del año 1792, introduciendo en la legislación el divorcio; además, Francia fue uno de los países en que se permitió el divorcio consensual, ratificado posteriormente por el Código de Napoleón. Después de innumerables reformas jurídicas y aceptaciones de los diferentes países, a partir del siglo XX pocos estados no admiten el divorcio como institución jurídica válida.

La vigencia del divorcio en el Ecuador ha suscitado intensos debates, especialmente por encontrarse nuestro país influenciado por la religión católica que considera al matrimonio como indisoluble, de carácter sacramental, lo que se traduce en la unidad e indisolubilidad del vínculo y en la competencia exclusiva de la Iglesia en este tema. Para su regulación y defensa se creó el Derecho canónico sustentado en el derecho divino natural.

Con la influencia de la Revolución Francesa es cuando se establecen cambios liberales, en la mayor parte de legislaciones incluida la nuestra, apareciendo así la institución jurídica del divorcio. Para la mayor parte de estudiosos se lo ve como una solución, en oposición a la postura de otros, entre los que se cuenta el tratadista y religioso Dr. Juan Larrea Holguín, para quien el divorcio representa una decadencia a la moral de los pueblos.

Antes de que se dicte la primera Ley de Matrimonio Civil en 1902, en nuestro país únicamente existía la posibilidad de la separación de cuerpos, como fórmula parecida a lo que hoy es el divorcio, y era la autoridad eclesiástica a quien le correspondía resolver según el Código Civil de esa época.

Cabe señalar que la primera ley que estableció el matrimonio civil data aproximadamente de 1902, en donde admite ya la posibilidad del divorcio por adulterio de la mujer. A partir del año 1904 se introducen en la ley otras tres causales para el divorcio, estas son: el adulterio de la mujer, el concubinato del marido y el atentado contra la vida de uno de los cónyuges contra el otro, incorporándose recién a partir del año de 1910 la posibilidad del divorcio por mutuo consentimiento.

Como vemos es desde 1902 en que se introdujo por primera vez el divorcio, coexistiendo inicialmente el divorcio denominado pleno o perfecto y el divorcio denominado semipleno o imperfecto, o lo es lo mismo, el divorcio que admite la disolución del vínculo y el otro que acepta las relaciones conyugales con mantenimiento del vínculo, pero ello no por mucho tiempo, ya que con el pasar del tiempo se llegó a suprimir el divorcio pleno en sus modalidades por causal y por mutuo consentimiento.

1.3 Efectos jurídicos del divorcio respecto de los cónyuges

Una explicación clara sobre el efecto de la sentencia de divorcio por mutuo consentimiento la podemos encontrar en la Gaceta Judicial IV, Serie No. 135, págs. 1075-1076, que dice: “La sentencia que declara el divorcio por mutuo consentimiento no crea un derecho preexistente, sino contribuye a crear un nuevo estado civil, el mismo que si bien produce sus efectos y produce obligaciones entre los divorciados tales efectos y obligaciones no son materia del juicio de divorcio, sino consecuencias del fallo que lo ha declarado”⁵.

Un efecto muy trascendente se refiere a que una vez que se ejecutorie la sentencia y se inscriba, los solicitantes adquieren un nuevo estado civil que es el de divorciados y les permite celebrar actos y contratos, cuyos beneficios no se incluyen en la sociedad conyugal que también se extingue como efecto del divorcio.

Una vez que la sentencia de divorcio se ha ejecutoriado es obligación de las partes inscribir la sentencia de divorcio en el Registro Civil, a fin de que se margine la sentencia en el acta de matrimonio, para que posteriormente las partes puedan obtener una cédula de ciudadanía, en la que constará el nuevo estado civil de divorciado.

El principal efecto del divorcio respecto de los cónyuges, es la ruptura del vínculo civil, dejándoles en aptitud de contraer nuevas nupcias, así lo establece el Art. 106 del Código Civil. Este efecto, y los demás por regla general que admite excepciones, se produce solamente desde la inscripción en el Registro Civil. No basta, pues, que la sentencia esté ejecutoriada.

El divorcio pone fin a la sociedad conyugal, además, en el mismo juicio de divorcio se puede solicitar la liquidación de la sociedad conyugal, y desde la reforma de 1970 cualquiera de los cónyuges puede hacer uso de este derecho.

Este efecto es tan importante que ha llegado a sostenerse que la ejecución de la sentencia de divorcio consiste en la liquidación de la sociedad conyugal; pero este parecer es inexacto. En realidad la ejecución de la sentencia de divorcio consiste en su inscripción en el Registro Civil, y desde ese momento se producen sus efectos, más o menos importantes, pero simples efectos.

El Art. 113 del Código Civil permite que uno de los cónyuges pida la liquidación de la sociedad conyugal en el mismo juicio de divorcio; pero, como la jurisprudencia lo ha aclarado muy bien, esto no significa que deba necesariamente liquidarse la sociedad conyugal después del divorcio y en juicio aparte(Gaceta Judicial IX, 7, p. 830).

Con el divorcio, al disolverse el vínculo civil, terminan los deberes de convivencia, protección,

⁵ Gaceta Judicial IV, Serie No. 135, Quito, Ecuador págs. 1075-1076.

cumplimiento, sucesión legítima y los derechos y deberes conexos con ellos, como el domicilio legal de la mujer, mas no desaparece la afinidad conforme el Art. 23 del Código Civil.

Lógicamente, que con esto la ley civil se aparta de los dictados del derecho natural si subsisten esos deberes como obligación moral. Este es uno de los casos en que la ley crea graves problemas de conciencia, por apartarse de las normas de justicia natural.

Aunque el derecho de alimentos termina con el divorcio, sin embargo, la ley protege a los cónyuges. En caso de carecer uno de los cónyuges de lo necesario para su congrua sustentación tiene derecho a que se le entregue la quinta parte de los bienes del otro, salvo que sea el causante del divorcio, pero el cónyuge que se hallare en los casos previstos en la causal 11ª del Art. 110 del CC., conservará este derecho.

Si tuviere bienes, pero no de tanto valor como esa quinta parte, solo tendrá derecho al complemento. Entre esos bienes se tomará en cuenta, para ese efecto, el valor de sus gananciales en la sociedad conyugal.

1.4 Efectos jurídicos respecto de los bienes

Con el estado civil de divorciado, hombre o mujer pueden celebrar contratos en los que los bienes que adquieran sólo le pertenecerán a él o ella y ya no a la sociedad conyugal. Pero en muchos casos sin que se hayan divorciado los cónyuges pueden tener un régimen independiente al de la sociedad conyugal, mediante la disolución de la sociedad conyugal que contempla nuestra legislación civil.

Terminada la sociedad conyugal ya sea a través del divorcio o mediante el procedimiento de disolución; si hubieren bienes comunes que deban repartirse, los mismos deberán entrar a un procedimiento de inventario para posteriormente pasar a la repartición de dichos bienes. En razón de la amplitud del tema no lo desarrollaré en este subtítulo sino que se le destinará un capítulo completo.

Una consecuencia de que la sentencia de divorcio se haya ejecutoriado y se haya inscrito en el Registro

Civil radica en que las partes quedan en libertad de contraer nuevas nupcias. Pero con ciertas condiciones estipuladas en nuestro Código Civil.

1.5 Efectos jurídicos del divorcio respecto de los hijos

Las primeras leyes de divorcio no mencionaban a los hijos. Así, en 1940 se agregó una minuciosa reglamentación para regular la situación económica y jurídica en la que los hijos quedan después del divorcio. Con el pasar del tiempo se ha ido regulando y corrigiendo los defectos de cada una de las leyes.

Cabe señalar que actualmente rigen principios generales tales como: a) debe prevalecer la convención de los padres respecto del futuro de los hijos; b) a falta de convenio, resuelve el juez de conformidad con reglas rígidas; c) la situación respecto de los hijos puede modificarse por hechos posteriores, como el nuevo matrimonio de los padres; d) en todo caso, la regulación de esta situación es condición imprescindible para que el divorcio pueda inscribirse y surtir efectos civiles.

Lo que los padres convengan en la audiencia de conciliación o después, decide la situación de los hijos. Bien pueden acordar algo que no sea conveniente para los hijos, el juez no tiene en este caso la facultad de modificar lo resuelto. La ley le da poderes al juez solamente en caso de falta de acuerdo entre los padres. Esto desde luego es altamente inconveniente. Los padres que no tienen escrúpulo en dejar a sus hijos sin hogar, no merecen la confianza absoluta de la ley; en estos casos el juez debería poder modificar lo resuelto por los padres, aunque estén ellos plenamente de acuerdo.

Los efectos jurídicos son absolutamente diferentes, respecto de quién tiene la tenencia de los menores, en relación de quién no la tiene. Ya que, quién se queda con los hijos tiene mayores derechos, responsabilidades y obligaciones, sobre ellos.

La patria potestad en el Art. 105, del Código de la Niñez y Adolescencia, conceptúa a esta importante institución del Derecho de familia, así: “La patria potestad no solamente es el conjunto de derechos sino

también de obligaciones de padres respecto a sus hijos e hijas no emancipados, referentes al cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos de conformidad con la Constitución y la ley”.

Por su parte el Código Civil en el Art. 283, dice: “La patria potestad es el conjunto de derechos que tienen los padres sobre sus hijos no emancipados. Los hijos de cualquier edad, no emancipados, se llaman hijos de familia; y los padres, con relación a ellos, padres de familia”.

De ambos artículos se desprende que la patria potestad otorga derechos a los padres respecto de los hijos, pero el Código de la Niñez y Adolescencia, con un criterio más moderno y humano, determina que la patria potestad también genera obligaciones de los padres respecto de sus hijos.

Con relación a la tenencia la legislación de la niñez y adolescencia no define a esta institución, tampoco el Código Civil. Por lo que se puede definir a la tenencia como aquella que es otorgada por el juez al padre o madre para que el hijo o hija se encuentre bajo su custodia y convivencia diaria.

Sobre los alimentos el Art. 127 de la Código de la Niñez y Adolescencia, indica que: “Este derecho nace como efecto de la relación parento-filial, mira al orden público familiar y es intransferible, intransmisible, irrenunciable, imprescriptible y no admite compensación. Tampoco admite reembolso de lo pagado, ni aun en el caso de sentencia judicial que declare inexistente la causa que justificó el pago”.

Por lo que “la filiación, como relación jurídica familiar básica y primordial, tiene un sustento legal muy rico establecido a nivel nacional y supranacional. En el ámbito internacional tenemos la Declaración de los Derechos del Niño; el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; la Convención Americana de Derechos Humanos; el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales; la Convención sobre Derechos del

Niño”⁶.

En tal virtud, los derechos de alimentos de niños y adolescentes, no solamente tienen un sustento nacional sino supranacional, en base de los diferentes tratados y convenios que han sido firmados y ratificados por el Ecuador.

Otro convenio que tiene trascendencia en esta materia es la Convención sobre la obtención de alimentos en el extranjero, que está publicado en el Registro Oficial No 545, del 8 de mayo de 1974, que facilita el cobro de alimentos a otra que se encuentra sujeta a la jurisdicción de otro país.

Respecto a la nueva atribución otorgada a los notarios para tramitar el divorcio notarial, siempre y cuando no tengan hijos menores de edad o bajo dependencia, considero que existen aspectos que la normativa no ha regulado en relación a un caso concreto que puede ocurrir en la práctica, y se refiere a la manifestación de la inexistencia de hijos en la petición, con el objetivo de cumplir el requisito; es decir, de dar por terminado lo más pronto posible con el matrimonio. En efecto, se presenta la petición, el notario la admite a trámite, en el acta de divorcio se hace constar una declaración juramentada en la que ambos cónyuges, manifiestan no tener hijos, el fedatario obra de buena fe, la ley no le obliga a constatar o cerciorarse si efectivamente tienen hijos o no y resuelve el divorcio de los solicitantes.

Respecto a como quedan esos hijos, cuya existencia no fue expresada en la petición de divorcio, quien quede con los hijos, en algún momento presentará una demanda de alimentos. En el proceso que se tramite ante el juez de la Niñez y Adolescencia, en la prueba de parte del demandado se demostrará el acta de divorcio tramitada ante el notario en la que ambas partes manifiestan no tener hijos y en cambio el actor en su demanda adjuntará las partidas de nacimiento, el juez al valorara la prueba ante tan evidente

⁶ Henríquez, Guillermo: *Brújula*: Revista de ideas de la Asociación de Egresados y Graduados de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Año 5- No 6, Perú, Graffiti Promotores Unidos S.A., s.a., p. 32.

contradicción de la misma, a cuál dará mayor valor, sobre todo si son las únicas pruebas aportadas, generándose un grave problema en la administración de justicia. Considero que es un aspecto que en la práctica puede suceder, pues no se obliga a los notarios, ni tampoco a los jueces de lo Civil que conocen un juicio de divorcio de mutuo consentimiento; a que constaten si efectivamente los solicitantes tienen hijos, ambos funcionarios se ciñen a lo que indican las partes.

En mi opinión debería implementarse un certificado emitido por el Registro Civil, en el que se justifique a ciencia cierta la existencia de los hijos y este sea un requisito necesario para dar paso al divorcio; ya que la Constitución establece que reconocerá y protegerá a la familia como célula fundamental de la sociedad y garantizará las condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines.

El derecho a régimen de visitas se establece en el Código de la Niñez y Adolescencia. Se incorpora esta institución tan importante para una buena convivencia entre los ex cónyuges y los hijos y se encuentra regulado en los Arts. 122 al 125.

Por el régimen de visitas se puede entender que es el derecho que tiene uno de los padres que no goza de la patria potestad y de la tenencia, para ocuparse de sus hijos, por un tiempo determinado.

2 CAPÍTULO II DIVORCIO NOTARIAL

2.1 Definición

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 agilizar su trámite y descongestionar los tribunales de justicia.

Así el Art. 18 numeral 22 de la Ley Reformatoria Notarial establece: “Tramitar divorcios por mutuo consentimiento, únicamente en los casos en que los cónyuges no tengan hijos menores de edad o bajo su dependencia. Para el efecto, los cónyuges expresarán en el petitorio, bajo juramento, lo antes mencionado y su voluntad definitiva de disolver el vínculo matrimonial, mismo que deberá ser patrocinado por un abogado en libre ejercicio, cumpliendo adicionalmente en la petición, lo previsto en el artículo 107 del Código Civil. El notario mandará que los comparecientes reconozcan sus respectivas firmas y rubricas y fijará fecha y hora para que tenga lugar la audiencia, dentro de un plazo no menor de sesenta días, en la cual los cónyuges deberán ratificar de consuno y de viva voz su voluntad de divorciarse. 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 sentar 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 diez días posteriores a la fecha en la cual debió celebrarse originalmente. De no darse la audiencia, el notario archivará la petición”.

Respecto del mencionado artículo, cabe señalar que esta mal establecida la facultad del notario, ya que no tramita ningún tipo de diligencia, no se realiza un proceso como tal, debido a que el notario solemniza, declara disuelto el vínculo matrimonial de los cónyuges.

En consecuencia el divorcio notarial es una de las facultades otorgadas al notario para disolver el vínculo matrimonial de mutuo acuerdo, siempre y cuando no existan hijos menores de edad o bajo su

dependencia, el mismo que solemniza y declara el divorcio en virtud de la fe pública de la que se halla investido.

Otro punto que debería ser objeto de reforma o ampliación es que debe establecerse como requisitos para el divorcio por mutuo consentimiento notarial, en el Art. 18 numeral 22 de la ley Reformatoria Notarial se mencione bajo juramento lo siguiente:

- a) Situación actual de existencia del vínculo conyugal;
- b) Inexistencia entre los cónyuges de hijos menores de edad;
- c) Inexistencia entre cónyuges de hijos bajo su dependencia económica, entiéndase como tal a los hijos que aunque sean mayores de edad puedan encontrarse por discapacidad bajo su dependencia económica; y,
- d) No encontrarse la cónyuge en estado de gravidez..

Respecto del procedimiento como debe desarrollarse el divorcio notarial, considero que el plazo que la ley establece para que los comparecientes reconozcan sus respectivas firmas y rubricas para que tenga lugar la audiencia, dentro de un plazo no menor de sesenta días, en la cual los cónyuges deberán ratificar de consuno y de viva voz su voluntad de divorciarse. Es innecesario debería establecerse en un solo acto la disolución del vínculo matrimonial, ya que lo que se busca es disminuir términos y sobretodo al ser un acto libre voluntario de mutuo acuerdo no necesita de ratificación del mismo.

2.2 Jurisdicción Voluntaria

El ejercicio de la jurisdicción implica dos grandes momentos. Por una parte, el juzgar, es decir, el dirimir el conflicto planteado y tomar una decisión, y por otra, el ejecutar, el hacer cumplir la decisión adoptada en ejercicio de la jurisdicción. La identificación de estos dos grandes momentos, cuando se habla de

“jurisdicción” es precisamente el principal argumento que se utiliza para cuestionar la naturaleza de la jurisdicción voluntaria como una verdadera jurisdicción, pues se dice que los órganos competentes ejercen jurisdicción cuando en realidad no juzgan, no dirimen conflictos y tampoco existe controversias, pues precisamente en la jurisdicción voluntaria no existen partes que tienen intereses en conflicto; más bien, se trata de procesos en los cuales las partes acuden ante el juez o el notario para solemnizar determinados actos, por ejemplo, la designación de un tutor o curador o la posesión efectiva de los bienes.

El Código de Procedimiento Civil define a la jurisdicción voluntaria como “aquella que ejerce en los asuntos que, por su naturaleza o por razón del estado de las cosas, se resuelven sin contradicción”. Muchos de los asuntos de jurisdicción voluntaria son los encomendados al notario, por lo que es primordial determinar la verdadera naturaleza de la jurisdicción voluntaria, ya que de esta manera desentrañaremos el significado de la “jurisdicción notarial” y de esta manera concluir si el notario ejerce o no jurisdicción con el principio de unidad jurisdiccional.

Si bien, el notario tiene un poder legitimador, solemnizador y formalizador que desemboca en la certeza, firmeza, autenticidad y la publicidad de los actos generadores de las relaciones jurídicas, que a su vez confluye en la seguridad jurídica, es difícil comprender el por qué al notario no se le ha otorgado todas las facultades que son propias de su naturaleza ya que este funcionario no solo tiene una función tutelar sino también preventiva, destinada a evitar conflictos.

De tal manera que, debido a la exigencia de la sociedad y a la gran carga de causas que los jueces civiles deben despachar, la función que ejercen los notarios es la solución a una tendencia universal de descargar en los notarios algunas atribuciones que han sido tradicionales en los jueces, como una respuesta a la saturación de la justicia y para descongestionar de trabajo a los funcionarios judiciales.

El proceso de modernización que se vive a nivel mundial ha generado nuevas exigencias al sistema

jurídico ecuatoriano, el cual busca soluciones alternativas a sus problemas jurídicos que a la vez se convierten en problemas de la comunidad. La solución que exige el sistema tiene que ser ágil y eficaz para que la justicia no se convierta en injusticia debido a la tardanza. Por lo que, los actos extrajudiciales o de jurisdicción voluntaria buscan independizarse de las funciones propias de la administración de justicia en los actos que requieren de la intervención del juez.

En el Ecuador, y quizá en la mayoría de sistemas jurídicos latinos, la jurisdicción voluntaria ha sido considerada por muchos autores como aquella que sin existir una litis que resolver se someten ante los jueces de la función Jurisdiccional, mientras que todo asunto que se lo ejecuta ante autoridades del órgano ejecutivo o independientes de la función Jurisdiccional, se estima son simples actos administrativos. Esta distinción que podría ser práctica para efectos materiales trae muchas confusiones, aparte de las ya existentes, acerca de la naturaleza, fines, características y demás de jurisdicción voluntaria, por lo que creo conveniente sintetizar las distintas posiciones doctrinales sobre este punto para armonizar la mayor cantidad de elementos posibles y llegar a una conclusión.

Son varias posiciones básicas que asumen los tratadistas respecto de la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria, sin embargo, el punto medular de discusión está en quiénes lo consideran un ejercicio pleno de jurisdicción y quiénes la sumergen en el campo de una actividad administrativa, sin olvidar por supuesto aquellos que le otorgan una naturaleza propia.

El autor Michelli se refiere a ella como a la administración pública del derecho privado. Para De Martine, es la administración pública de la negociabilidad, en tanto que para Carnelutti, es la administración pública de la prevención de la litis. Enrico Allorio enuncia esta noción tradicional de la jurisdicción voluntaria como la actividad administrativa desplegada por órganos judiciales.

Las diferentes tendencias que en torno a la naturaleza de la jurisdicción voluntaria y en especial al aspecto

en que concierne a su proximidad o lejanía del concepto de jurisdicción, se enlistan o encuentran ubicación específica como grupos y escuelas de acuerdo con la noción más o menos amplia que hubieren adoptado para definir la naturaleza de la jurisdicción.

De tal manera que para el efecto se pueden distinguir tres tendencias:

- a) “La jurisdicción voluntaria es una jurisdicción especial que Carnelutti la incrusta en su idea de jurisdicción, adicionalmente el fin subyacente en la composición de la litis, el de su prevención. Es así que la afirmación carnelutiana consiste en que la jurisdicción voluntaria es tan jurisdicción como lo es la ejecutiva.
- b) La jurisdicción voluntaria es una función administrativa.- Esta es sin duda la opinión dominante en la doctrina, insiste Allorio que jurisdicción y cosa juzgada son términos esencialmente ligados y que donde no hay cosa juzgada no hay jurisdicción, siendo así que la jurisdicción llamada voluntaria tiene que plantearse dentro de actividades administrativas. De esta manera, el pensamiento de Allorio es entonces el que la jurisdicción voluntaria es una actividad administrativa, es desprovista de cosa juzgada por ser el resultado de un procedimiento no idóneo para justificar este último efecto, pero asignado, en cuanto a la competencia, a órganos habitualmente jurisdiccionales; es decir, que normalmente cumplen una actividad jurisdiccional en sentido propio, productora de la cosa juzgada”.⁷ De esta manera plantea así toda distinción entre jurisdicción y administración como la presencia o ausencia de la cosa juzgada.
- c) La jurisdicción voluntaria es una función especial.- Esta tercera tendencia considera a la jurisdicción voluntaria como una función especial, ni administrativa ni jurisdiccional. Esta tendencia señala que, en virtud de sus características, la jurisdicción voluntaria es una nueva actividad estatal que constituye una categoría autónoma declarativa.

⁷ Allorio, Enrico: *Problemas Procesales*, II Edición, pág. 14

De tal manera que la clasificación sistemática de la jurisdicción voluntaria ha sido por mucho tiempo objeto de discusión. Sin embargo, se trata de proveer al cuidado y protección de intereses privados que son muy queridos al Estado, o se confíe, precisamente por este motivo, a un órgano público la tarea de cooperar con los particulares. El solo hecho de que esta actividad se confíe al órgano jurisdiccional no puede caracterizársela como materia jurisdiccional. Por lo tanto, más acertado parece decir que la jurisdicción voluntaria es la administración pública confiada a los órganos jurisdiccionales.

Actualmente se observa una tendencia universal, que es la de trasladar la denominada “jurisdicción voluntaria”, o mejor dicho, otorgar nuevas facultades a las notarías como órganos administrativos.

Sin embargo, cuando la jurisdicción voluntaria conserva el carácter de protección de especiales intereses, por ejemplo de menores o incapaces mentales, las legislaciones se vuelven reacias a efectuar ese desplazamiento, siempre en consideración a las especiales cualidades que reviste el juez.

Además, afirmamos que este acto judicial no jurisdiccional del que se encuentra investido el notario, no tiene partes en sentido estricto, ya que no contiene el primer elemento de forma de la jurisdicción. Es así que el peticionario no pide nada contra nadie ya que no cuenta con adversario, de tal manera que él no es parte en sentido técnico ya que no es contraparte de nadie.

Tampoco encontramos controversia dentro de sus características, ya que si esta apareciera, si a la pretensión del peticionario se opusiese alguien que se considera lesionado por ella, el acto judicial no jurisdiccional se transforma en contencioso y por lo tanto, en jurisdicción. Por ejemplo, en el caso de las diligencias notariales, al convertirse estas en materia litigiosa, inmediatamente el notario pierde su facultad para hacerse cargo de dicho trámite. Es así que el Art.18 de la Ley Notarial, numeral 18, segundo párrafo, ordena lo siguiente: “...de registrarse controversia en los casos antes mencionados, 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 que después del correspondiente sorteo se radique la competencia en uno de los jueces de lo civil del distrito”.

De igual manera el Art. 4 del Código de Procedimiento Civil declara que: “la jurisdicción voluntaria se convierte en contenciosa, desde que se produce contradicción en las pretensiones de las partes”.

En materia de jurisdicción, voluntaria la condición del juez es diferente que en su actuación en materia de jurisdicción contenciosa, ya que normalmente la sentencia en la jurisdicción voluntaria se dicta bajo la responsabilidad del peticionario. El juez, cuando se pronuncia en procesos de jurisdicción voluntaria no realiza una comprobación de la tesis, ya que no conoce más verdad que la que dice la parte interesada, por la que esta es una manera muy relativa de conocer la verdad.

Es por eso que el contenido de los pronunciamientos en jurisdicción voluntaria son de carácter documental, probatorio, fiscalizador. Dice la doctrina que tiende a suplir una prueba, a dar notoriedad a un hecho que no lo era, a requerir una demostración fácilmente accesible a todos.

En este tipo de actos el trabajo del juez o del notario, según sea el caso, es acordar o negar la autorización con los elementos que tienen a la mano, ya que la ley no le exige más que eso; su decisión se pronuncia en sentido meramente lógico o formal.

Un importante punto que debemos destacar dentro del ejercicio de esta clase de jurisdicción es su carácter excepcional, no puede ejercerse sino en los casos expresamente determinados en la ley, a diferencia de lo que ocurre con los actos de jurisdicción contenciosa esta puede ejercérsela sobre cualquier clase de asunto, sobre cualquier clase de controversia sin que la ley establezca o pueda establecer una enumeración de los casos en que la autoridad judicial puede o no ejercer esta jurisdicción.

El notario es un funcionario que solo puede legitimar un acto dentro de su propia esfera de acción, pero esta esfera no es sinónimo de jurisdicción. No todas las relaciones jurídicas son de otorgamiento forzoso ante el notario, hay relaciones que por su naturaleza no entran en el límite de las atribuciones notariales.

De tal manera que es indudable que las funciones notariales han de ser delimitadas, tanto en el orden de los principios como en el de su efectiva práctica, ya que así lo exige su coordinación y armonía con las demás funciones del Estado para obtener como resultado el buen gobierno, sin embargo, como lo señalamos anteriormente, esta delimitación de las funciones notariales no compromete a la competencia jurisdiccional.

Entendiendo así que la función notarial tanto en su razón fundamental de ser, cuanto en el ejercicio de su actividad, es función de ceñidos límites. En primer lugar, porque ella no tiene otro objetivo que la autenticación de actos y contratos extrajudiciales; y en segundo lugar porque solo son subsumidos en su esfera de acción aquellos actos y contratos que para su pleno existir jurídico necesitan documentarse en escritura pública.

Bellver Cano, en cuanto se refiere a los límites de la función notarial expresa lo siguiente: "...por razón de la materia la jurisdicción notarial alcanza a dar forma exterior y permanente a toda clase de declaraciones de voluntad de las cuales se levanta un acto jurídico, de contenido propio e independiente ...y a los hechos humanos o notariales de los cuales pueda deducirse o con los cuales pueda enlazarse una relación jurídica"⁸. ¿Es posible que la función notarial encierre un tipo especial de jurisdicción? Si bien es cierto, el notario cumple en su mayoría una función pública ¿pero esto implica que ejerce un tipo de jurisdicción?

Si bien la función notarial se admite dentro del proceso de fe judicial referido a asuntos voluntarios

⁸ Velásquez, Restrepo, Gabriel: *La Jurisdicción Coactiva y los Servicios Públicos Domiciliarios*, www.derecho.org.1999.

incuestionados, esto es, sin litis y se ajusta y encaja emana de los tres poderes primordiales del Estado, ya que siendo los poderes del Estado “presupuestos de seguridad” para la coexistencia jurídica, pública y privada, la función notarial debe juzgarse como un instituto de garantía de la organización impuesta por uno de esos poderes. En este sentido, la función notarial es seguridad jurídica, pues solo el Estado es quien delega la facultad de ejercer esa función

De tal manera que sería del todo errado negar al notario su capacidad jurisdiccional, por lo que hablar de jurisdicción notarial es del todo correcto ya que estaríamos hablando de una clase de jurisdicción voluntaria. Sin embargo, la pregunta en cuestión es ¿la jurisdicción voluntaria es una verdadera jurisdicción? Después del análisis expuesto, hemos determinado que no, y es por eso que no es correcto hablar de una jurisdicción notarial. Si bien es cierto la jurisdicción voluntaria es un tipo de jurisdicción que se encuentra identificada en nuestro Código de Procedimiento Civil pero como lo hemos venido analizando, al momento de definirla muchos autores niegan que esta clase de jurisdicción sea una verdadera jurisdicción por su falta de elementos jurisdiccionales, que según Velásquez Restrepo son: la terceridad, es decir, la necesaria imparcialidad que se predica del juzgador frente al litigio; la exclusividad, ya que la jurisdicción, salvo excepciones de orden constitucional, es el juez quien tiene la potestad de juzgar y ejecutar lo juzgado; declara derechos en discusión; es un proceso jurisdiccional un proceso ínter partes; y el acto donde se materializa la jurisdicción a través de la sentencia y lo fundamental producir el efecto de cosa juzgada.

Sin embargo, por los varios elementos analizados y por los fundamentos en este trabajo desarrollado, hemos concluido que la jurisdicción voluntaria carece de elementos primordiales básicos y primarios para poder caracterizar como parte del poder jurisdiccional. Por lo tanto, concluimos en esta investigación que la naturaleza de la función notarial es mixta pues conlleva a la aplicación tanto del derecho público como del derecho privado. Además su producción legal son actos de naturaleza sui géneris ya que no constituyen ni actos administrativos, ni actos jurisdiccionales y tampoco actos estrictamente privados.

Creemos que la jurisdicción voluntaria cumple con una función administrativa más no con una función jurisdiccional, sin embargo, su producción legal no constituye actos administrativos, ya que ellos deben haber sido dictados de modo unilateral, en relación de subordinación respecto del destinatario del acto, en el ejercicio de su facultad de imperio y coercitividad. La producción legal de la jurisdicción voluntaria son, simplemente, actos en general que podríamos llamarlos actos sui géneris, ya que ellos no constituyen ni actos estrictamente privados ni actos administrativos, ni actos jurisdiccionales. Además, estos actos sui géneris son siempre susceptibles de revisión en vía jurisdiccional y su función es productora de derecho y contribuye al desenvolvimiento gradual y jerárquico del orden jurídico.

De tal manera que, creemos que los procedimientos de jurisdicción voluntaria tienen naturaleza administrativa, ya que se dictan a petición de parte interesada, se encaminan a la efectividad de la ley, y de no pasar en autoridad de cosa juzgada permiten siempre su revisión en sede jurisdiccional. Por lo que, es preciso aclarar que el argumento fundamental por el que los actos judiciales no contenciosos no forman parte de los actos jurisdiccionales es la falta del elemento cosa juzgada.

2.3 Acto notarial

Para que exista un acto notarial se exige el cumplimiento de ciertas condiciones de forma obligatoria para su validez y eficacia como son:

- a) La presencia del notario, ya que su función principal consiste en dar fe, atestiguar el otorgamiento de actos o contratos que él ha presenciado;
- b) Que el acto sea autorizado y celebrado en presencia del notario;
- c) Que el acto que se autoriza este facultado conforme a la ley;
- d) Que se observen las formalidades establecidas por la ley, por ejemplo, que se redacte en español, se enumere las matrices, etc.
- e) Que el acto se autorice en el lugar en que el funcionario ejerce sus atribuciones, es decir, que el notario actúe dentro de su jurisdicción territorial.

Para la celebración del acto notarial, el notario debe escuchar a sus requirentes y determinar, en primer lugar, la posibilidad legal de efectuar lo que aquellos pretenden, y en segundo lugar, determinar con precisión jurídica, cuál es el contrato o acto jurídico que pretenden celebrar las partes.

El notario redacta el contrato correspondiente, de acuerdo con las necesidades de las partes, pero siempre de conformidad con las disposiciones legales aplicables. Ya redactado el contrato, el notario tiene la obligación de explicar su alcance y fuerza legales a la partes, para que una vez leído íntegramente y explicado, previa identificación plena de los contratantes, lo firmen en su presencia y él pueda autorizarlo, al certificar y dar fe que así se ha hecho. Con esto nace el acto notarial, documento que tendrá valor probatorio pleno.

“El documento notarial es el resultado del acto notarial. La fe pública nace del notario pues el legislador le ha concedido al notario la potestad de imponerla”⁹.

La observación completa de estos pasos dotará al documento notarial de un objetivo fundamental: evitar el litigio futuro o dirimir el presente.

El acto notarial, entonces, culmina en el documento o instrumento público notarial, pero en sí configura una actividad o función que es la demostración interna del proceso para la paz social, porque resuelve o evita el conflicto antes de que se presente, y garantiza y afirma los derechos de los particulares.

El notario contribuye a la creación y formación de actos y contratos, en relación con los asuntos que se someten a su dictamen, en cuanto las partes recurren a su presencia para que los revista de forma legal y dé la solemnidad que en algunos casos se requiere, y en cuanto ilustra a las partes sobre la mejor manera

⁹ Zinny, M: *El Acto Notarial*, Buenos Aires, Editorial Desalma, 1990, p.11

de ajustar a derecho dichos actos y contratos.

En el ejercicio de su actividad, el notario confiere eficacia legal en sus efectos a los derechos y obligaciones contenidos en el instrumento notarial, pues, asegura la autenticidad del acto realizado la confiabilidad de garantizar su legalidad y determinar con exactitud los efectos que se deriven en aplicación de éste, tanto para los otorgantes como para terceros interesados; es decir, garantiza el libre ejercicio de los derechos y obligaciones instaurados en el documento.

Para Pelosi el acto puede ser considerado en su noción material, es decir, con respecto al contenido, o en su aspecto formal, a la concreción física, objetiva y visible con que se hace perceptible el hecho jurídico. Técnicamente hay que separar la idea de la operación jurídica del escrito destinado a constatarla. Son dos momentos diferentes. El acto es anterior y el documento le sigue. Es común decir que el acto es el contenido y el documento el continente.

Así, el documento notarial es todo escrito original o reproducido, autorizado por el notario y resguardado por él conforme la ley de su organización procurando los fines de seguridad, valor y permanencia de la función.

2.4 Funciones del notario

Para poder realizar un análisis sobre la función notarial es primordial definir al sujeto activo de esta actividad: el notario.

Doctrinariamente existen diferentes opiniones sobre la definición del notario, por lo que a continuación vamos a presentar un breve análisis del profesional del derecho.

Como lo mencionaba, el notario es un funcionario muy antiguo, se lo conoce, su concepción es muy

variada, ya que depende de tal o cual sociedad, así como de la época a la que nos refiramos. Sin embargo, su actividad siempre se ha identificado por lineamientos comunes que lo identifican.

Notario, según Enrique Giménes Arnau “es un profesional del Derecho que ejerce una función pública para robustecer, con una presunción de verdad, los actos en que interviene, para colaborar en la formación correcta del negocio jurídico y para solemnizar y dar forma legal a los negocios jurídico privados, y de cuya competencia sólo por razones históricas están sustraídas los actos de la jurisdicción voluntaria”.¹⁰

El notario es un sujeto privado que ejerce automáticamente por atribución expresa de la ley y previa habilitación administrativa que se concreta en el título del notario, una función pública en sentido técnico-jurídico: la fe pública en el ámbito de las relaciones jurídico-privadas.

Esta función pública, atribuida por la ley la ejerce el notario en el seno de una actividad privada. El notario ejerce dicha función movido por un interés propio y particular, sin embargo, junto al interés propio de esta figura que ejerce la función notarial satisface un interés público que corresponde a la función que ejercita.

Precisamente por el interés público que persigue y la naturaleza de la función notarial, los notarios no se encuentran abandonados a su suerte, sino que están vinculados con obligaciones de derecho público, así como sometidos a un poder central de dirección y de disciplina.

Por lo que, el hecho de que el notario sea un sujeto privado no lo encasilla en cuanto al régimen jurídico aplicable, es decir, que su naturaleza privada no conlleva necesariamente un régimen jurídico privado, al igual que el ejercicio de funciones públicas no convierten al sujeto que las ejerce, necesariamente, en parte de la administración pública.

¹⁰ Arnau Giménes, Enrique: *Derecho Notarial*, Pamplona, 1976, Pág. 52.

Como consecuencia de sus actuaciones, a los notarios se los califica como funcionarios públicos, sin embargo, el régimen jurídico en el que se encuentran inmersos habrá de ser mixto, tanto con reglas de derecho privado como de derecho público.

El Art. 6 de la Ley Notarial define a los notarios como “los funcionarios investidos de fe pública para autorizar a requerimiento de parte, los actos contratos y documentos determinados en las leyes”.

El Art. 6 los señala como funcionarios sin aclarar ¿qué tipo de funcionario es? Tal vez debió decir que son funcionarios públicos, lo que a veces no resulta muy claro dada la condición sui generis que tiene el notario.

Además de los elementos que hemos señalado, existen otros factores que podrían categorizar al notario como un profesional libre, como que percibe sus retribuciones mediante aranceles y no con cargo a los presupuestos generales del Estado, a más de no estar incorporado a la administración pública.

En consecuencia ¿podríamos afirmar que el notario es un funcionario público que goza de independencia, autonomía y se encuentra investido de fe pública? Existen diferentes posturas al momento de definir la naturaleza jurídica de la figura notarial. Unas afirman que es un funcionario público, otras lo consideran un profesional liberal, y las eclécticas o mixtas sostienen que su formación es pública desarrollada por un profesional liberal. Guillermo Cabanellas afirma “es funcionario público autorizado para dar fe conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales”.¹¹

Es evidente que no existe uniformidad en el campo doctrinal respecto de si debe o no considerarse al notario como funcionario público. Sin embargo, nosotros sostenemos en este estudio que el notario es un funcionario público con rasgos de naturaleza privada, investido de fe pública, cuyo nombramiento y

¹¹ Cabanellas, Guillermo: *Diccionario Jurídico Elemental*, Argentina, Editorial Heliasta, 1998, pág. 270.

posesión le habilita para autorizar, a requerimiento de la voluntad particular o por disposición de autoridad competente, los actos, contratos y documentos determinados en las leyes.

Finalmente, cabe decir que el legislador ecuatoriano a quien le ha acompañado la jurisprudencia no ha dudado en atribuir al notario la condición de funcionario público, a la vez que le asigna al notario la doble naturaleza: profesional y funcionario público. Además de esta doble naturaleza jurídica que se le atribuye al notario nos atrevemos a decir que el notario es funcionario judicial ya que, por lo menos en nuestra legislación, está inmerso en la función jurisdiccional.

Respecto a las funciones del notario cabe señalar que posee una triple función que cumplir en el ejercicio de su actividad, a saber: dar forma, probar y dar eficacia legal a los actos e instrumentos sometidos a su ministerio.

La labor del notario da forma a los negocios jurídicos, tanto en el caso que la intervención notarial sea exigida como requisito de existencia o validez, o cuando legitima las relaciones jurídicas mediante la eficacia que otorga al contenido del instrumento público.

En el ejercicio de su actividad, el notario confiere eficacia legal en sus efectos a los derechos y obligaciones contenidos en el instrumento notarial, pues, asegura la autenticidad del acto realizado al garantizar su legalidad y determinar con exactitud los efectos que se deriven en aplicación de éste, tanto para los otorgantes como para terceros interesados; es decir, garantiza el libre ejercicio de los derechos y obligaciones instaurados en el documento.

2.5 Atribuciones del notario

El Art. 18 de la Ley Notarial contempla en forma general y amplia las atribuciones del notario, pero a pesar de hacer una enumeración que aparentemente es taxativa, deja abierta la posibilidad, como sería el atribuirse funciones totalmente alejadas de la realidad o que están encomendadas a otro funcionario, al

usar expresiones, como por ejemplo, en el numeral 1) “Autorizar los actos y contratos a que fueren llamados y redactar las correspondientes escrituras, salvo que tuviere razón o excusa legítima para no hacerlo”; 7) Incorporar al Libro de Diligencias, actos de remates, de sorteo y de otros actos en que hayan intervenido a rogación de parte y que no requieran de las solemnidades de la escritura pública. La actuación del notario deberá ser siempre ejecutada dentro de la naturaleza fedataria autenticante, certificante de hechos, actos o negocios propia del mismo. Esa naturaleza de actuación, esto es, pacífica, sin controversias rogada, y deberá estar siempre enmarcada en la licitud de su accionar, por lo que su actuación frente a un acto contrario a las leyes, a la moral o a las buenas costumbres no solo deberá ser causa de excusa de prestación de servicio sino debe ser, de llegarse a efectuar, sancionado.

Dentro del ejercicio de la actividad notarial, existen casos en que la atribución conferida al notario, respecto de un determinado asunto se encuentra en manos de otros funcionarios, en este caso se actuará a requerimiento de parte, se hará efectivo si las circunstancias y requisitos legales así lo ameritan. Tal es el caso, en nuestro país por ejemplo, de ciertos trámites como la disolución de la sociedad conyugal, reconocimiento de firmas, que se pueden proponer ante el juez de lo civil o solicitar la intervención del notario.

3 CAPÍTULO III SOCIEDAD CONYUGAL

3.1 Definición

Se la llama también sociedad de bienes, el Código Civil, respecto de esta institución, dice: “Por el hecho de matrimonio celebrado conforme a las leyes ecuatorianas, se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges”.

El matrimonio es la base para que se generen una serie de derechos y obligaciones entre los cónyuges, entre ellos una sociedad de bienes, en la que se acumulan una serie de posesiones que les pertenecen a ambos y que en algún momento deberá repartirse cuando se dé por terminada ya sea unilateral o

bilateralmente.

Según José García Falconí, la sociedad conyugal es la sociedad de bienes que se forma entre los cónyuges por el hecho de contraer matrimonio y a la falta de pacto contrario, como lo señala el Código Civil.

Se concluye que la sociedad conyugal es una sociedad de bienes que se forma a partir del matrimonio, cuya unidad permanece en el matrimonio y cuya pluralidad se aprecia de manera especial al momento de su disolución y liquidación.

3.2 Antecedentes

Antes de establecer los bienes de la sociedad conyugal es necesario mencionar las reformas surgidas en el matrimonio, ya que a través de esta institución nace tácitamente la sociedad de bienes.

Hasta antes de promulgarse las reformas, el Código Civil definía al matrimonio como: “un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente y por toda la vida, con el fin de vivir juntos de procrear y de auxiliarse mutuamente”.

Como conocemos, el matrimonio, por el hecho mismo de ser un contrato, y por cuanto en la práctica, posiblemente por una serie de circunstancias, son pocas las parejas que han vivido juntos por toda su vida, existen en los juzgados y tribunales de justicia una gran cantidad de juicios de divorcios, y la citada norma no se cumple.

Posteriormente se introdujeron reformas al Código Civil mediante las cuales se eliminó las palabras “actual e indisoluble y por toda la vida”, porque se contradecía con el contenido del párrafo 2do del Título III del libro Segundo del indicado cuerpo legal, pues al tratar sobre la terminación del matrimonio, no podía sostenerse por un lado que el matrimonio era indisoluble y por toda la vida cuando en el Art. 105 se establece que el matrimonio termina por muerte de uno de los cónyuges, por sentencia ejecutoriada, por

sentencia ejecutoriada que concede la posesión definitiva de los bienes del desaparecido y por divorcio.

José García Falconí en cuanto se refiere a la naturaleza de la sociedad conyugal, se remite a los tratadistas en términos generales, quienes han expresado que ésta sociedad que en vida no lo es, nace como tal al instante de disolverse, pues solamente entonces marido y mujer aparecen con derechos igualitarios, y que según el aforismo “el marido vive como dueño y termina como socio.

Según el Código Civil en su Art. 81 el matrimonio, se define como “un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente”.

El matrimonio, se basa en el acuerdo de dos voluntades, por lo que la sociedad conyugal tiene un aspecto contractual, pero distinto de la generalidad del resto de contratos, “ninguno de los esposos podrá hacer donaciones al otro por causa de matrimonio, sino hasta el valor de la cuarta parte de los bienes propios que aportare”, por estos motivos, tampoco pueden considerarse a la sociedad conyugal como un contrato de sociedad, ya que son diferentes.

Por un lado la sociedad 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 ellos provengan, es decir, se supone que los socios forzosamente deben hacer un aporte; en cambio la sociedad conyugal, subsiste aun cuando ninguno de los cónyuges haga aportes.

José García Falconí , cita a Enrique Rossel Saavedra, quien encuentra como características de la sociedad conyugal las siguientes:

1. “Para los terceros no hay más que dos patrimonios: el del marido y el de la mujer, no existe el patrimonio social;

2. Para los cónyuges existen tres patrimonios: el social y el propio de cada uno;
3. La sociedad conyugal nace por la ley, por el solo hecho del matrimonio, salvo pacto en contrario;
4. La sociedad conyugal solo existe entre marido y mujer y se disuelve ipso facto, si falta uno de ellos;
5. En la sociedad conyugal uno de los cónyuges puede renunciar a los gananciales;
6. La sociedad conyugal no necesita estipulación de aporte ni tampoco que se haga aporte alguno;
7. En la sociedad conyugal, los gananciales se dividen por mitad, cualquiera que sea el monto de los aportes y aunque uno de los cónyuges no haya aportado nada;
8. En la sociedad conyugal, solo el marido responde ilimitadamente, la mujer solo responde con los gananciales y solo con sus bienes propios cuando reporta beneficios al acto o contrato, si renuncia a sus gananciales cesa en su responsabilidad;
9. En la sociedad conyugal solo administra el marido; la administración ordinaria de la sociedad conyugal puede hacerla cualquiera de los cónyuges, previo acuerdo, pero puede el uno autorizar al otro para que realice actos relativos a tal administración;
10. En la sociedad conyugal, el patrimonio se confunde con el patrimonio del marido y es así, señala el tratadista mencionado, que el Código Civil dispone que el marido es respecto a terceros, dueño de los bienes sociales como si ellos y sus bienes formarían un solo patrimonio”.¹²

Otras características de la sociedad conyugal, es que tiene una vida subordinada, porque nace de la Ley, automáticamente al celebrarse el matrimonio. Terminado el matrimonio, termina también esta sociedad, es decir, lo que en derecho se conoce como lo accesorio.

Consecuentemente, puede tener igual o menor duración y en ningún caso puede subsistir más allá desde el momento en que se disuelve el vínculo matrimonial, porque el matrimonio, que es lo principal, subsiste por sí solo, pues, por el contrario, no necesita que exista la sociedad conyugal porque esta puede ser declarada disuelta en cualquier momento a pedido de cualquiera de los cónyuges, mediante sentencia

judicial.

Por tal motivo, la sociedad es una institución de orden público, al requerir de la sentencia dictada por el juez de lo Civil; por lo tanto, no es un acto de voluntad de los cónyuges.

3.3 Bienes adquiridos antes de la celebración del matrimonio

Los bienes que una persona puede adquirir están establecidos en el Libro Segundo del Código Civil; su dominio, posesión, uso, goce y limitaciones, por lo tanto, al hablar de los bienes adquiridos antes de la celebración del matrimonio, una persona puede adquirir el dominio a través de la ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión por causa de muerte y la prescripción. Adicionalmente, a través de las donaciones y concesiones que haya adquirido.

Los derechos de la criatura que está en el vientre materno, están claramente protegidos, se encuentran suspensos hasta que se efectúe el nacimiento, luego de lo cual, inmediatamente entra el recién nacido en el goce de sus derechos, como si hubiese existido al tiempo en que le correspondieron; pero si muere en el vientre materno o antes de haberse separado completamente de su madre, estos derechos pasan a otras personas como si la criatura no hubiese existido jamás

El Código Civil protege el derecho de quien se está formando en el vientre materno, porque el “rigor técnico cede paso a la realidad incuestionable de que en el vientre materno palpita una forma de existencia -para algunos una verdadera vida- en torno a la cual pueden estar concentrándose intereses jurídicos que el derecho no puede ignorar absolutamente”, conforme lo afirma Luis Parraguez, por lo que esta es la situación jurídica del que está por nacer.

Consecuentemente, queda establecido que el que está por nacer aún no tiene derechos, no es una persona,

¹² Falconí, García José: *Práctica Procesal Civil, Los juicios de Inventarios, tasación, liquidación de la sociedad conyugal*, tomo I, Quito, Pág.49

pero tendría derechos si nace vivo, pues si se trata de una asignación hecha por el causante, entonces luego de este acontecimiento gozará de la asignación; los derechos del que está por nacer, solo constituyen una expectativa de derecho, por lo que Luis Parraguez los califica como derechos condicionales.

Los bienes adquiridos antes del matrimonio, es decir, bienes adquiridos desde el nacimiento de una persona cabe señalar que no ingresan al haber de la sociedad conyugal, por lo que constituyen un patrimonio propio y exclusivo del cónyuge.

3.4 Capitulaciones matrimoniales

De conformidad con el Art. 150 del Código Civil las capitulaciones matrimoniales son “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”.

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”.¹³

Manuel Osorio, las denomina también convenciones matrimoniales; como aquellas que, en escritura pública hacen los futuros contrayentes antes de la celebración del matrimonio civil. Tienen por objeto establecer el régimen económico de la sociedad, determinando los bienes que cada uno aporta; las donaciones que el esposo hace a la esposa y otras cláusulas patrimoniales de presente y para lo futuro. En algunas legislaciones se admite o se admitía la reserva de la a mujer administrar los bienes raíces legados por ella al matrimonio, así como las donaciones que los esposos se dejaren por su fallecimiento. En la

¹³ Cabanellas de Torres, Guillermo: *Diccionario Jurídico Elemental*, Editorial Jurídica-Andina, Pág.45

Argentina se han derogado los dos objetivos señalados anteriormente, y la ley declara nula cualquier convención que no sea de las taxativamente enunciadas.

A través de esta institución, los que van a contraer matrimonio o los cónyuges, pueden modificar el régimen de la sociedad conyugal de la que está por formarse, o de la que está ya constituida, para sustituirlo por un régimen diferente, como puede ser de comunidad universal o de separación parcial o total de los bienes. A estas convenciones, son las que se conocen como capitulaciones matrimoniales.

Las capitulaciones son solemnes ya que deben otorgarse mediante escritura pública, y pueden ocurrir antes o durante el matrimonio. Se debe marginar en la partida de matrimonio en el Registro Civil y si se trata de inmuebles, debe inscribir en el Registro de la Propiedad.

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.

Las capitulaciones matrimoniales tienen como objeto limitar los bienes, por lo que son estrictamente patrimoniales, se encuentra normado, a partir del Art. 152 al 156 del Código Civil. Por estas razones, los cónyuges no pueden introducir pactos que puedan generar efectos personales, en cuanto a derechos y obligaciones extrapatrimoniales, por lo que de ocurrir, se lesionaría el orden público nacional, y resultaría afectado el régimen de bienes por las capitulaciones matrimoniales.

Si examinamos el contenido del reformado Art. 152 del Código Civil, encontramos que los esposos o cónyuges pueden libremente estipular los siguientes posibles pactos:

1. La designación de los bienes que uno o ambos esposos aportan al matrimonio, con expresión de su valor.
2. La enumeración de las deudas de cada esposo.
3. El ingreso a la sociedad conyugal de ciertos bienes que de acuerdo a las reglas generales no ingresaría a la sociedad.
4. El que permanezca en el haber propio de un esposo, un bien que ordinariamente ingresaría a la sociedad.
5. Modificaciones a las normas sobre administración de la sociedad conyugal, siempre que ello no sea en perjuicio de terceros.
6. Los esposos pueden designar al administrador ordinario de la sociedad conyugal.
7. En las capitulaciones matrimoniales los esposos pueden hacerse donaciones o concesiones de presente o de futuro.
8. Los cónyuges pueden destinar valores propios para subrogaciones de inmuebles.
9. Puede pactarse que la mujer reciba por una vez o periódicamente una cantidad de dinero para que disponga a su arbitrio.

De lo anotado podemos identificar la administración extraordinaria, contenida en el numeral 5to del Art. 152, en concordancia con el Art. 180 del Código Civil, por lo que queda establecido que en las

capitulaciones matrimoniales, se puede imponer obligaciones adicionales en relación al administrador, como la de enajenar bienes, que para tal efecto necesita autorización de su cónyuge; y, la administración ordinaria de acuerdo al inciso primero del Art. 180 del citado Código Civil, “Tendrá la administración ordinaria de la sociedad conyugal, el cónyuge que, por decisión de los contrayentes conste como tal en el acta de matrimonio o en las capitulaciones matrimoniales, a falta de estipulación, se presumirá que el administrador es el marido”.

Se distingue, además, que existen limitaciones para modificar las normas de la administración de la sociedad conyugal. “El cónyuge a cuyo cargo esta la administración ordinaria de los bienes sociales necesitará de la autorización expresa del otro cónyuge para realizar actos de disposición, limitación, constitución de gravámenes de los bienes inmuebles, de vehículos a motor y de las acciones y participaciones mercantiles que pertenezcan a la sociedad conyugal”.

Las prohibiciones que pueden darse en las capitulaciones matrimoniales, son las siguientes:

- a) Los cónyuges no podrán renunciar a los derechos y obligaciones declarados irrenunciables por la ley, como la acción de nulidad, la acción de divorcio, el derecho a alimentos, etc, o inherentes a la naturaleza del matrimonio, como los de cohabitación o de auxilio mutuo;
- b) Tampoco tendrán valor estipulaciones contrarias a la moral, a las buenas costumbres o al orden público ecuatoriano, como el acuerdo de destinar bienes para fines ilícitos o el compromiso de someter las contiendas que resultaren del régimen de bienes a una jurisdicción extranjera. Por esta misma razón, no sería válida una capitulación que altere la presunción de dominio de ambos cónyuges sobre los bienes sociales y a la que nos hemos referido más arriba; tratándose de capitulaciones celebradas por los cónyuges, es decir, durante el matrimonio y estando vigente el régimen de sociedad conyugal, no se puede pactar un régimen de bienes que importe poner término a esa sociedad, pues, como

lo expresamos más arriba, ello importaría crear una causal de disolución que no se encuentra prevista en el Art. 189 del Código Civil.

Las capitulaciones matrimoniales pueden ser revocadas o modificadas por los cónyuges en cualquier momento a su arbitrio, y podrá modificarse antes o durante el matrimonio, de común acuerdo entre los cónyuges.

Para que pueda oponerse a terceros las adiciones o alteraciones que se hagan en las capitulaciones matrimoniales, debe anexarse 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.

A pesar de que se haya cumplido con ese requisito, las alteraciones no afectarán los derechos de los acreedores constituidos con anterioridad” a ellas para “perseguir sus créditos en los bienes cuyo régimen se modificó.

Finalmente, es necesario establecer la capacidad de los otorgantes que intervienen en las capitulaciones matrimoniales, para lo cual Parraguez distingue dos tipos de incapaces:

1. Los menores hábiles para contraer matrimonio que son las mujeres mayores de 12 años; y los varones mayores de 14 años, pueden estipular todas las capitulaciones matrimoniales que la ley les permite, como si fueren mayores de edad, contando desde luego con la aprobación de la persona o personas cuyo consentimiento le haya sido necesario para el matrimonio.
2. Los sometidos a curadurías por otra causa que no sea la de menor de edad, en este caso, necesitan la autorización de su curador para capitulaciones matrimoniales, y en lo demás estará sujeto a las mismas reglas que el menor. Las personas a que se refiere este numeral corresponden a los dementes los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito y los disipadores.

La misma norma, establece que toda estipulación en contrario es nula; la falta de las autorizaciones analizadas acarrea la nulidad relativa de las capitulaciones matrimoniales, esta especie de nulidad es saneable por el transcurso del tiempo (4 años) o por ratificación; las capitulaciones viciadas se convalidan por cualquiera de las formas anotadas.

3.5 Donaciones por causa de matrimonio

Antes de abordar el presente tema considero necesario señalar las diferencias esenciales entre las donaciones por causa de matrimonio y donaciones entre cónyuges. Así las donaciones entre cónyuges son donaciones entre vivos y son donaciones revocables, pero que no se sujetan a las formas propias de estas; no es un acto testamentario sino un acto entre vivos y que puede revertirse de las solemnidades propias de los contratos aunque, eventualmente, también podría hacerse en forma de testamento.

Muy distinta es la figura de las donaciones por causa de matrimonio. Estas son donaciones entre vivos, y por lo tanto irrevocables y no se asimilan a las donaciones entre los cónyuges. Esta donación puede ser realizada por los esposos (antes del matrimonio) o a favor de los cónyuges (por terceros, pueden ser anteriores al matrimonio o durante él) en consideración al matrimonio, de conformidad con el Art. 208 del Código Civil.

El Art. 209 del Código Civil establece que: “Las promesas que el un esposo hace al otro antes de celebrarse el matrimonio y en consideración a él, o que un tercero hace a uno de los esposos en consideración al matrimonio, se sujetaran a las mismas reglas que las donaciones de presente, pero deberán contar por escritura pública, o por confesión del tercero”.

En las donaciones por causa de matrimonio una de sus principales características es que tienen el carácter de condicional, están sujetas a que se cumpla el hecho incierto que se celebre, o se haya celebrado el

matrimonio, ya que si se hubiere declarado la nulidad del matrimonio se podrá revocar las donaciones que, por causa del mismo matrimonio, se hayan hecho al que contrajo de mala fe, con tal que la donación y de su causa haya constancia por escritura pública.

El Art. 212 C.C. señala que “En la escritura del esposo donante se presume siempre la causa de matrimonio, aunque no se exprese”.

Carecerá de esta acción revocatoria el cónyuge putativo que también contrajo de mala fe.

Las donaciones por causa de matrimonio se asimilan a las donaciones entre vivos en cuanto que no se entenderá la condición resolutoria de faltar el donatario o asignatario sin dejar sucesión, ni otra alguna que no se exprese en el respectivo instrumento, o que la ley no prescriba. Esto origina que en caso de morir el esposo al que hubiere hecho una donación revocable, antes del matrimonio, sí puede transmitir el derecho a sus sucesores a diferencia de lo que sucede en las donaciones mortis causae, en las que, si fallece el donatario antes que el donante, no trasmite derecho alguno a nadie.

Si el matrimonio resultare nulo la donación tampoco tendría valor, y la sentencia que declare la nulidad, producirá también el efecto de dejar sin valor la donación condicional.

La forma de estas donaciones corresponde a las que se hacen por acto entre vivos. Ha de ser solemne si se refiere a inmuebles, pero puede no serlo, en caso de bienes muebles bastando la manifestación de voluntad incluso verbalmente. Por esto se permite realizar una confesión del tercero donante. No se admite en cambio, la simple confesión de una de las partes.

Cuando se realizan este tipo de donaciones entre esposos, la ley limita su cuantía, así el Art.210 C.C. establece “Ninguno de los esposos podrá hacer donaciones al otro por causa de matrimonio, sino hasta el

valor de la cuarta parte de los bienes propios que aportare”.

La ley limita la cuantía, la cual guarda relación con la que tiene el causante de sucesión hereditaria con sus descendientes: solamente puede disponer libremente de la cuarta parte de su patrimonio a favor de cualquier persona.

En la práctica actual no se realiza la donación por causa de matrimonio, e incluso en años pasados contados casos se han celebrado, mas bien ha ido tomando fuerza las capitulaciones matrimoniales, ya que son actos jurídicos mediante el cual los cónyuges o futuros cónyuges pueden estipular, modificar o sustituir el régimen económico de la sociedad conyugal que ha de regir durante el matrimonio.

Las capitulaciones matrimoniales pueden modificarse en cualquier tiempo, antes o durante el matrimonio, de común acuerdo entre los cónyuges, pero será nula cualquier estipulación contraria a las leyes, a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge o aquellas que perjudiquen a terceros. Las capitulaciones matrimoniales, producen efecto siempre y cuando se celebre el matrimonio.

Mediante las capitulaciones matrimoniales también se puede hacer constar el ingreso de bienes que según la ley no pasan a formar parte de la sociedad conyugal. Por ejemplo: Si uno de los cónyuges es propietario de un bien inmueble que adquirió de soltero, puede realizar capitulaciones matrimoniales para que el inmueble pase a formar parte de la sociedad conyugal, este acto no genera impuesto de alcabala, pero sí el impuesto correspondiente a la donación, ya que se toma como una donación que realiza uno de los cónyuges en favor del otro, ya que según el Reglamento para la aplicación de la Ley de Régimen Tributario en el Art. 41 señala ”Son objeto del impuesto a la renta los acrecimientos patrimoniales de personas naturales o sociedades provenientes de herencias legados y donaciones.

Este impuesto se aplica en las donaciones que hayan incrementado su patrimonio a título gratuito, sean estos de bienes o derechos situados en el Ecuador o en el exterior y serán transferidos a favor de residentes en el país.

Solo se pagará si el monto recibido por la donación supera la base imponible para el cálculo del impuesto a la renta. Las personas naturales pagarán el cinco por ciento del valor en exceso, y se cancelará previa inscripción de la escritura o contrato.

4 CAPÍTULO IV BIENES DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

4.1 Bienes adquiridos durante la sociedad conyugal

Siendo la familia anterior al Estado, es por lo tanto el matrimonio una creación del Estado, quien a través del Derecho Civil se encarga de regular los efectos del matrimonio en dicho plano jurídico.

El matrimonio es una institución que se origina por medio de un contrato solemne, y tiene por objeto la ayuda mutua de los cónyuges, la procreación y educación de la prole.

En cuanto a esta ayuda mutua que tiene como finalidad el bien común, el jurista ecuatoriano Juan Larrea Holguín manifiesta que "... el bien común temporal, es evidente que compete al Estado una amplia jurisdicción sobre los efectos civiles del matrimonio. Al regular estos efectos, dentro de las normas de la moral, con justicia y prudencia, el Estado promueve eficazmente el bien común, que es su finalidad...".¹⁴

“Hay que recalcar que sin matrimonio no existe sociedad conyugal, pues es una sociedad *suigeneris*, que

¹⁴ Larrea Holguín, Juan. Derecho Civil del Ecuador: *Derecho Matrimonial*. Quito, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones. Tercera Edición. Tomo II, 1978. Pág. 22, 28.

se forma con el matrimonio y permanece latente hasta que este se disuelva”.¹⁵

El doctor José García Falconí de manera muy clara manifiesta que para que exista sociedad conyugal como tal es requisito previo la celebración de un contrato matrimonial con las solemnidades establecidas por la ley, por lo tanto, para que nazca esta institución jurídica, la ley no prevé ninguna otra opción.

En la legislación ecuatoriana, esta sociedad es una sociedad de gananciales a título universal entre los cónyuges, de tal manera que sin un matrimonio los bienes adquiridos por una pareja que no sean marido y mujer no pueden ser considerados como bienes de una sociedad conyugal ya que jamás existió como tal.

La sociedad conyugal se inicia el día de la celebración del matrimonio y termina el día de su disolución.

Por consiguiente los bienes que están comprendidos dentro de esta sociedad suigéneris, son los adquiridos por los cónyuges desde la celebración de su matrimonio hasta la terminación del mismo. Es una institución importantísima por cuanto regula los intereses pecuniarios de los cónyuges entre sí y respecto de terceros.

La sociedad conyugal está formada por el patrimonio social y el patrimonio particular de los cónyuges, por lo tanto se comprende que el patrimonio de la sociedad conyugal son los bienes, derechos y acciones, así como las obligaciones adquiridas, de tal manera que está compuesto por el haber y el pasivo social, desde el matrimonio hasta la disolución mediante los procedimientos determinados en la ley.

Es importante para comprender qué bienes son los que constituyen la sociedad conyugal según la legislación civil ecuatoriana, citar el Art. 157 del Código Civil de la República del Ecuador, el mismo

¹⁵ García Falconí, José: *Manual de Práctica Procesal Civil*. Tomo I. Quito, 2006. Pág. 49.

que reza lo siguiente: “El haber de la sociedad conyugal se compone:

1. De los salarios y emolumentos de todo género de empleos y oficios, devengados durante el matrimonio;
2. 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;
3. Del dinero que cualquiera de los cónyuges aporte a la sociedad, o durante ella adquiriere; obligándose la sociedad a la restitución de igual suma;
4. De las cosas fungibles y especies muebles que cualquiera de los cónyuges aporte 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,
5. 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 lo dispuesto en el Art. 152”.

El patrimonio de la sociedad conyugal, está constituido por los bienes propios de la mujer, por los bienes propios del marido y por los bienes gananciales.

En la sociedad conyugal se encuentran confundidos estos patrimonios, los particulares así como los de la comunidad social, las deudas sociales y las legítimamente contraídas por el cónyuge administrador o por el no administrador pero hábil para contratar y obligarse. Estos patrimonios son los que mantienen la armonía y la subsistencia de la familia que usufructuará de ellos mientras subsista la sociedad conyugal.

4.1.1 El haber absoluto y real

Son los bienes que ingresan a la sociedad conyugal de manera definitiva e irrevocable, por acuerdo de las partes, sin derecho a restitución de ninguna clase. Conforme lo dispone el artículo 157 del Código Civil ecuatoriano son parte del haber absoluto:

En esta categoría están comprendidos los bienes que se devengan cuando son originarios del trabajo. Se refiere a la remuneración que perciben los cónyuges por su trabajo como empleados u obreros; sin que la denominación de estas remuneraciones influya para que sean consideradas dentro de esta clase de haber. A este grupo pertenecen los honorarios, los sueldos, las gratificaciones, etc.; lo esencial es que se hayan generado durante la vigencia del matrimonio y de la sociedad conyugal.

Sin embargo de lo dicho los tratadistas también consideran que son bienes de la sociedad conyugal, en cuanto a remuneraciones, si el trabajo se realizó cuando esta ya estaba constituida, sin embargo, el dinero lo recibieron como anticipo al trabajo o luego de disuelta la misma, en estos casos es importante determinar si el trabajo es o no divisible.

En el caso de que el trabajo sea divisible y se inició antes del matrimonio, la remuneración que pertenece a la sociedad conyugal será por la parte de remuneración que ha sido devengada durante ella, pero si es indivisible se entiende que ha sido devengado cuando el trabajo está completamente terminado.

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

Aunque aparentemente existe una contradicción con el principio jurídico de accesión mediante el cual solo el dueño de la cosa se beneficia de lo que ella produce, al tratarse de la sociedad conyugal cuya existencia tiene como finalidad garantizar y salvaguardar el bienestar y gastos que requiera la familia, es por esta razón que de los frutos se beneficia la sociedad conyugal.

El Código Civil determina que los frutos son aquellos bienes que producen los bienes principales. De lo bienes principales surgen los bienes accesorios, y pasan a propiedad del dueño del bien principal a través

de la figura jurídica de la accesión, ya que el dueño del bien principal también lo es de lo que aquel bien produce.

Por lo tanto al existir el matrimonio y estar vigente la sociedad conyugal a través de esta institución todos los frutos que nazcan de los bienes particulares y sociales de los cónyuges pasan a pertenecer a la sociedad conyugal.

A los bienes accesorios la ley los denomina frutos. Los frutos en el derecho ecuatoriano son de dos clases: frutos civiles, son los que se generan día a día; y, frutos naturales se clasifican en pendientes y percibidos.

De tal manera que pertenece a la sociedad conyugal los frutos y mientras subsista gozará del usufructo, aclarando que es inembargable este derecho a disfrutar de estos bienes y de sus frutos.

Los ingresos provenientes de la propiedad intelectual pertenecen al haber absoluto de la sociedad conyugal. Eso significa que el derecho como tal pertenecerá al haber absoluto si este nace durante el matrimonio, más si este se constituye antes del matrimonio y de la sociedad conyugal pasa a formar parte del haber relativo con derecho a restitución, por haber surgido por el trabajo de uno de los cónyuges.

En cuanto a las utilidades que genere este derecho adquirido de la propiedad intelectual, pertenecerán al haber absoluto de la sociedad conyugal, aun cuando este derecho haya nacido antes del matrimonio.

Existe cierta divergencia entre varios autores con respecto a si ingresa los derechos de autor, al ser producto de su intelecto, al haber de la sociedad conyugal. Muchos sostienen que sin embargo, existe un considerable grupo de tratadistas que no comparten esta afirmación ya que ellos se fundamentan en que la Ley de Propiedad Intelectual determina que la propiedad intelectual es un derecho exclusivo del autor.

De lo indicado se deduce que este derecho, como tal, únicamente forma parte de los bienes propios del cónyuge que lo generó, al ser su autor su único titular, lo que no ocurre con las utilidades pues estas sí forman parte del haber absoluto de la sociedad conyugal.

“5. De todos los bienes que cualquiera de los cónyuges adquiriera durante el matrimonio, a título oneroso”.

Son bienes de la sociedad conyugal, los adquiridos durante el matrimonio siempre que su adquisición sea a título oneroso, pero no entran a formar parte de la misma aquellos bienes que poseía el cónyuge antes del matrimonio y cuya propiedad la adquiere durante el matrimonio por prescripción o transacción.

La prescripción es uno de los modos de adquirir la propiedad de una cosa ajena. Uno de los requisitos que la ley exige para ejercer la acción y para obtenerla es la posesión. Por lo tanto, si la posesión fue antes de la existencia de la sociedad conyugal consecuentemente sin embargo que la sentencia judicial sea dictada durante la misma, el bien pasa a formar parte del patrimonio particular del cónyuge que la obtuvo.

La transacción, Art. 2348 del Código Civil puede ser para obtener la propiedad y puede ser de manera litigiosa o también pueden ser no disputados. Si hay disputa esta acta transaccional pondrá fin al litigio, si la transacción se efectúa durante la sociedad conyugal, el bien no ingresa al haber social por cuanto el antecedente que motivó a la transacción es anterior al matrimonio, pero si el bien no es disputado el acta es traslativa de dominio y este bien sí pasa a formar parte del haber social.

No pertenece a la sociedad conyugal el derecho de usufructo de la propiedad que pertenece a uno de los cónyuges, solo los frutos pertenecerán a la sociedad.

El usufructo es un derecho real mediante el cual el dueño del bien goza de sus frutos. El usufructo puede subsistir separado de la propiedad y cuando vuelven a reunirse se produce la consolidación del usufructo. Por lo tanto, solo al cónyuge que tiene este derecho, solo a él le pertenecerá el usufructo, pero los frutos pertenecerán a la sociedad conyugal. Así lo dispone el numeral 2 del artículo 157 de nuestro Código Civil.

Son bienes de la sociedad conyugal los contratos aleatorios, estos son los bienes adquiridos a través de rifas, sorteos, loterías etc. Son contratos onerosos en los que cada parte obtiene beneficios al dar o hacer algo equivalente, sea al vender el boleto y sea al pagar por un premio incierto.

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

Son bienes de la sociedad conyugal también los que dispone el artículo 168 del Código de Procedimiento Civil, según el cual son bienes de la sociedad conyugal aquellos que se adquirieron después de disuelta, si la adquisición posterior se realizó por embarazos que impidieron que ese bien ingresara oportunamente a la sociedad conyugal o por ignorancia de su existencia del bien de uno de los cónyuges, no pasó durante ella al patrimonio de la sociedad conyugal.

Son bienes de la sociedad conyugal aquellos frutos que se hubieran percibido durante la sociedad conyugal si no hubiese ocurrido ciertos embarazos para su inmediata adquisición o goce, o no sucedió en su tiempo, debido a la ignorancia de uno de los cónyuges o de sus herederos.

Los dineros ganados en juegos, ingresan al haber absoluto sin que se tome en consideración si se originan de alguna destreza física o intelectual del cónyuge que los haya generado.

La parte del tesoro encontrado en terrenos de la sociedad conyugal y que según la ley corresponde al

dueño del terreno, así el Art. 642 del Código Civil reza lo siguiente: “El tesoro encontrado en terreno ajeno se dividirá, por partes iguales, entre el dueño del terreno y la persona que haya hecho el descubrimiento.

En los demás casos, o cuando sea una misma persona el dueño del terreno y el descubridor, pertenecerá todo el tesoro al dueño del terreno”.

El tesoro encontrado en el bien que corresponda a la sociedad conyugal formará parte del haber absoluto social, si el bien pertenece a persona distinta se dividirá en partes iguales entre el dueño del terreno y la persona que lo descubrió, pero si se trata de la misma persona pertenecerá todo el tesoro a la sociedad conyugal.

4.1.2 El haber relativo o aparente.

El haber relativo o aparente, se refiere a los bienes que entran a la sociedad conyugal, con la condición de que el cónyuge dueño adquiere un crédito o recompensa por su valor contra la sociedad y que se hace efectivo al momento de su disolución.

Se lo denomina aparente ya que está compuesto por los bienes que ingresan al haber social en forma transitoria, ya que son el aporte que hace o si lo adquirió durante la sociedad, lo importante es que el cónyuge conserva su derecho pues lo recuperara al disolverse la sociedad conyugal.

Los bienes que conforman el haber relativo de la sociedad conyugal son los siguientes:

- Los dineros aportados a la sociedad conyugal o adquiridos durante ella, con exclusión de los que corresponde al haber absoluto (No. 3 Art. 157 CC).
- Las cosas fungibles y las especies muebles aportadas a la sociedad o adquiridas durante ella a título gratuito (No. 4 del Art. 157 CC).
- La parte del tesoro que corresponde al cónyuge descubridor (Art. 163 CC).

- Los inmuebles aportados a la sociedad, con cargo de recompensa, en las capitulaciones matrimoniales (No. 1 y 3 del Art. 157 CC).

Los dineros aportados a la sociedad conyugal o adquiridos durante ella, con exclusión de los que corresponde al haber absoluto.

El haber de la sociedad conyugal se compone del dinero que cualquiera de los cónyuges aportare a la sociedad quedando por lo tanto obligada a la restitución de estos bienes al cónyuge que pertenece y aportó este dinero.

Se refiere a los dineros que adquirió el cónyuge antes de constituirse la sociedad conyugal, y cuando nace pasan a formar del haber relativo, situación que puede ser cambiada si se efectúa las capitulaciones matrimoniales mediante la cual se efectúa la reserva de estos dineros para el haber propio o de ambos cónyuges.

Forman parte de este haber también los dineros que se han adquirido por un premio o recompensa, herencia, legado, donación, en general aquellos que han sido adquiridos a título gratuito.

Estos bienes ingresan al haber absoluto y la restitución al cónyuge que los generó se determinará en la fase de liquidación de la sociedad conyugal.

En relación con los bienes muebles que los cónyuges los adquirieron a título gratuito y con respecto a la clase de bienes que se reputan fungibles, la sociedad conyugal queda obligada a la restitución de su valor, pero este valor será en el mismo con el cual fue adquirido e ingresó a la sociedad conyugal.

Las cosas fungibles y las especies muebles aportadas a la sociedad o adquiridas durante ella a título gratuito (No. 4 del art. 157).

Son fungibles las cosas que pueden remplazarse con otras del mismo género y estos bienes tienen que ser adquiridos a título gratuito y pasan al haber relativo por cuanto en el momento de la liquidación de la sociedad deben ser restituidos su valor al cónyuge que fue el que los recibió a título gratuito, existiendo una contradicción aparente con los artículos 158, 164 y 169 por ello hay que indicar que no pasan al haber del cónyuge beneficiario directamente sino al momento de la liquidación.

La parte del tesoro que corresponde al cónyuge descubridor artículo 163, numeral 4 del art. 157.

Al tratarse de bienes que han sido adquiridos a título gratuito se comprende que pertenecerá al cónyuge que lo descubrió, sin embargo, estos bienes pasan a formar parte del haber relativo y luego, al efectuarse la liquidación de la sociedad, serán restituidos al cónyuge que los descubrió.

Los inmuebles aportados a la sociedad con cargo de recompensa, en las capitulaciones matrimoniales, artículo 152 numerales 1 y 3.

A través de las capitulaciones matrimoniales se hace constar los bienes raíces que por efecto de la ley están ingresando al haber social pero para efecto de restitución es importante hacer constar el valor real de bien.

Los bienes con los que responde quienes cometieron un delito o cuasidelito.

El administrador de la sociedad conyugal es el marido, y si existe alguna deuda pendiente los acreedores del marido podrán perseguir no solo sus bienes sino también los sociales, quedando obligado el marido a la restitución correspondiente.

En el caso de los delitos y de los cuasidelitos cometidos por uno de los cónyuges el Código Civil dispone lo siguiente: “Art. 2214.- El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito.

4.1.3 Bienes propios de los cónyuges

“Se llaman bienes propios de los cónyuges aquellos que no ingresan al haber de la sociedad conyugal. Su dominio pertenece al marido o a la mujer, aunque la administración ordinariamente compete al marido... Algunos de ellos pertenecen ya a cada cónyuge desde antes del matrimonio, otros son adquiridos durante él, y finalmente algunos, aunque adquiridos durante el matrimonio, llegan a individualizarse una vez terminada la sociedad conyugal.”¹⁶

Son los bienes propios que no ingresan a la sociedad conyugal, pues quedan en el patrimonio particular del marido o de la mujer; y a la sociedad le corresponde el derecho especial del goce de esos bienes.¹⁷

Por lo tanto estos bienes son aquellos que por la naturaleza a través de la cual fueron adquiridos, la ley única y exclusivamente dispone que pasen a formar el patrimonio particular del cónyuge que los generó y en la mayoría de los casos son aquellos que han sido adquiridos a título gratuito y por excepción encontraremos ciertos bienes adquiridos a título oneroso.

Los bienes que forman el haber particular de los cónyuges son los siguientes:

a) Los bienes inmuebles que los cónyuges poseían con anterioridad a la sociedad conyugal adquiridos por cualquier título para lo cual se considerará la fecha del título de adquisición, mas no se tomará en cuenta la fecha de la posesión o entrega material del bien. Adicionalmente se refiere a los bienes que tenía el cónyuge antes del matrimonio por prescripción o transacción y que se complete durante el matrimonio; aquellos bienes que el cónyuge los tenía antes del matrimonio pero cuyo vicio se purgó durante la existencia de la sociedad conyugal; aquellos que integran los bienes que vuelven a uno

¹⁶ Larrea Holguín, Juan. Derecho Civil del Ecuador. Pág. 397.

¹⁷ García Falconí, José. Manual de Práctica Procesal Civil. Págs. 141 y 142.

de los cónyuges por nulidad o resolución de un contrato; los bienes litigiosos que se adquirieron por la posesión pacífica. El derecho de usufructo que se consolidó con la propiedad perteneciente al mismo cónyuge.

Estos casos se refieren a bienes que en esencia jamás salieron del poder y propiedad de los cónyuges.

b) Los inmuebles adquiridos a título gratuito, son aquellos a título de donación, herencia o legado. Estas adquisiciones no aumentarán el haber social, sino exclusivamente el patrimonio de cada cónyuge. Cabe recalcar que puede suceder que el bien adquirido a título gratuito exceda al valor de la cuota que le corresponde en la herencia, en este caso solamente ingresa al haber propio del heredero, la parte que corresponde a su cuota hereditaria y el excedente, por ser adquirido a título oneroso, pasará a formar parte del haber social.

c) Los bienes excluidos a través de las capitulaciones matrimoniales, por la simple razón de que a través del pacto celebrado mediante las capitulaciones se ha acordado qué bienes formaran parte del patrimonio de cada cónyuge y cuáles formarán parte del haber social.

En esta categoría también están considerados los bienes que adquieren los cónyuges que han celebrado su matrimonio en nación extranjera y mediante la cual existe separación de bienes, esta separación por lo tanto también surte efecto en el Ecuador y cada bien formará el patrimonio del cónyuge que los adquiera.

d) Los aumentos que experimentan los bienes propios, en relación a este caso existe la distinción si este aumento depende de causas naturales y por lo tanto, de acuerdo al principio de la accesión, el dueño del bien principal también lo es de la parte accesorio. Pero si los aumentos dependen de la industria humana el beneficio del bien será de igual manera a favor del cónyuge titular del bien.

e) Los vestidos y muebles de uso personal, se refiere a vestimenta y demás prendas accesorias de uso común, sin embargo, si dichos bienes están avaluados con cantidades cuantiosas es considerado por los tratadistas que deben ser separados del patrimonio particular.

f) Los inmuebles subrogados a bien propios de los cónyuges.- La subrogación de bienes consiste en que exista un bien inmueble propio y que dicho bien se venda y con el producto de la venta se adquiera otro nuevo, para lo cual es indispensable que entre el bien que se venda y el que se adquiera exista proporcionalidad, pues si existe diferencia excesiva entre los bienes no se tendrá como subrogación.

g) Las recompensas que los cónyuges tienen en contra de la sociedad conyugal.- Este punto se refiere a los créditos que un cónyuge tiene contra la sociedad. Naturalmente que estos créditos no entran en la sociedad porque al llegar a convertirse en deudora y acreedora, se produciría una confusión, entonces si sus bienes se han empleado para cubrir obligaciones de la sociedad, el cónyuge tiene derecho a la recompensa que se hará efectiva con la liquidación de la sociedad, antes solo se lo contará como titular del crédito.

En cuanto a los frutos diremos que sí ingresan a la sociedad mientras que los productos no periódicos, forman parte del patrimonio individual del cónyuge titular del bien.

4.2 Separación de bienes

Cada miembro del matrimonio es propietario de sus bienes y puede actuar con tal independencia, administrándolos y disponiendo de ellos con total libertad. La única obligación es contribuir a las cargas del matrimonio en proporción a los recursos de cada uno.

Este régimen se produce cuando los bienes del matrimonio se separa en bienes privativos de uno de los cónyuges y bienes privativos del otro, de tal manera que a cada cónyuge le pertenece la propiedad, administración, disfrute y disposición de sus propios bienes.

La separación de bienes se fundamenta en la necesidad de garantizar la protección de los intereses patrimoniales de los cónyuges.

De tal manera que puede darse el caso que esta separación de bienes sea la consecuencia de un acuerdo de voluntades entre los cónyuges quienes, de mutuo consentimiento, ponen fin a la sociedad conyugal a través de la disolución voluntaria de la misma.

El Art. 217 del Código Civil dice: “Cualquiera de los cónyuges en todo tiempo, podrá demandar la disolución de la sociedad conyugal y la liquidación de la misma.”

Conforme lo establece la ley, por la celebración del matrimonio se constituye la sociedad de bienes entre los cónyuges, salvo que exista pacto que determine lo contrario, siempre que sea realizado por escrito y marginado en la partida de matrimonio.

En el caso de las capitulaciones matrimoniales, su celebración tiene como finalidad determinar los bienes que aportan los cónyuges al matrimonio y su valor; las deudas de cada uno de ellos; autorizar el ingreso de bienes que según las reglas generales pertenecerán solo al patrimonio particular de cada uno; o que permanezcan separados bienes que por la ley ingresarían al patrimonio de la sociedad conyugal.

Por lo tanto las capitulaciones matrimoniales también ocasionan la existencia de la correspondiente separación de bienes y además regula el régimen de bienes que continuarán formando el haber social entre los cónyuges, pero con la salvedad de que puede celebrarse antes, al efectuarse el matrimonio o durante el matrimonio.

De lo indicado, cualesquiera sea el modo en el que la sociedad conyugal llegó a su fin el trámite

subsiguiente es llegar a determinar cuáles son los bienes que le corresponde a cada cónyuge, para lo cual la ley establece la realización de una liquidación de la sociedad conyugal.

El doctor José García Falconí, manifiesta lo siguiente: "...la LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL, significa ajustar la cuentas entre los cónyuges o ex cónyuges; y, para llegar a esto deberá determinarse el valor de los bienes, pagar la deudas y fijar la compensaciones que pudieran existir entre ellos lo que también se llaman recompensas."¹⁸

Los bienes de la sociedad conyugal más no los frutos de esta, son susceptibles de separación, de tal manera que todos aquellos que se encuentren en poder de los cónyuges, inclusive los que les pertenezca a cada uno, ya que la separación de los bienes que sean de terceros y los que pertenezcan solo a uno de ellos se hará en el procedimiento de inventario y avalúo que determina las respectivas ganancias.

La separación de los bienes puede ser legal, judicial y convencional. Es legal cuando se efectúa por mandato legal; es judicial si se la obtuvo a través de la acción correspondiente y mediante la correspondiente sentencia; y, es convencional cuando se la efectúa por el acuerdo y consentimiento de las partes.

De lo indicado nos encontramos con la situación no aceptable que sin motivo alguno se puede llegar a poner fin a la sociedad conyugal de manera arbitraria, sin causa legal ni motivo alguno a través de un acto voluntario y libre, se puede pedir su terminación y liquidación.

Respecto a la disolución voluntaria de la sociedad muchos de los tratadistas consideran que nos encontramos ante una causa que ha debilitado notablemente el principio de la invariabilidad del régimen de bienes a partir de la celebración del matrimonio, al disolver la sociedad conyugal sin un justo motivo.

¹⁸ García Falconí, José: *Manual de Práctica Procesal Civil*. Tomo I, Quito, Pág.57.

Con respecto a la existencia de un matrimonio con separación de bienes se propugna por parte de algunos autores, reformas más radicales, tendientes a hacer desaparecer el régimen de sociedad conyugal, al menos como legal supletoria, de tal manera que quienes desearan acogerse a él, tendrían que establecerlo expresamente en capitulaciones.

El régimen citado procura una separación patrimonial dentro del matrimonio, lo cual no es aceptado en nuestra sociedad ecuatoriana como regla general, por lo tanto no se “puede erigir en norma ideal” pues no existe ningún caso en que la población solicite este cambio, ya que uno de los fines del matrimonio es socorrerse mutuamente y al existir la sociedad conyugal esta favorece la satisfacción de las necesidades económicas que demanda la vida matrimonial.

No obstante de lo indicado es positivo que la sociedad conyugal se pueda disolver existiendo las razones suficientes para efectuarlo, como en el caso de insolvencia del marido, o por administración fraudulenta, o en el caso de contraer nupcias personas de diversa fortuna, para evitar con justeza el enriquecimiento del cónyuge más pobre.

En el Ecuador solo contamos con la “...separación de bienes voluntaria y la legal: en las capitulaciones matrimoniales se establece la primera, y la segunda se producen en el caso de donaciones, herencias o legados...”¹⁹

El Código Civil ecuatoriano establece que la separación de los bienes en el Ecuador puede ser total y parcial. La separación total de bienes entre los cónyuges se produce en los siguientes casos:

1. “Los que se haya 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

¹⁹ Larrea Holguín, Juan: *Derecho Civil del Ecuador*, Quito, Pág. 496

casaron, no haya habido entre ellos sociedad de bienes”.

2. “En virtud del decreto de posesión provisional, quedará disuelta la sociedad conyugal, si la hubiere con el desaparecido”;
3. “Los matrimonios respecto de los cuales se decretó la separación conyugal judicialmente autorizada mientras ella estuvo vigente, es decir, hasta el 18 de agosto de 1989 en que se promulgo la Ley No. 43 que suprimió esta institución; siempre que no hayan solicitado y obtenido el restablecimiento judicial de la sociedad conyugal, en virtud de lo dispuesto por el artículo innumerado agregado por la misma Ley No. 43 a continuación del Art. 239”.

La separación de bienes es parcial en los siguientes casos, establecidos en el párrafo noveno del Código Civil, de las excepciones relativas a la separación parcial de bienes.

1. “Si a uno de los cónyuges se hiciera una donación o se dejare una herencia o legado, con la condición precisa de que en las cosas donadas, heredadas o legadas, no tenga la administración el otro, y si dicha donación, herencia o legado fueren aceptados por el beneficiario”.
2. Si en las capitulaciones matrimoniales se hubiere estipulado que uno de los cónyuges administre separadamente alguna parte de sus bienes”.

La separación de bienes confiere capacidad a los cónyuges para gozar de los beneficios que obtengan de los bienes y supone la subsistencia del matrimonio que no se altera sino en cuanto al régimen de bienes.

4.3 Los bienes adquiridos después de la sociedad conyugal

El Código Civil ecuatoriano establece los casos para que proceda la disolución de la sociedad, así lo determina el “Art.189: La sociedad conyugal se disuelve:

1. Por la terminación del matrimonio;
2. Por sentencia que concede la posesión definitiva de los bienes del desaparecido;
3. Por sentencia judicial, a pedido de cualquiera de los cónyuges; y,

4. Por la declaración de nulidad del matrimonio.
5. En los casos de separación parcial de bienes continuará la sociedad en los bienes no comprendidos en aquella”.

El divorcio disuelve el vínculo civil, cesan los deberes y derechos conexos, pues al terminar el matrimonio, también termina la sociedad conyugal de manera automática, y a pesar de que se manifiesta que no se requiere ningún otro acto jurídico o formalidad, hay que indicar que en el caso del divorcio procede, siempre que dicho fallo esté ejecutoriado, e inscrito en el Registro Civil.

En el caso de nulidad del matrimonio, la sociedad conyugal también llega a su fin. En este caso se analiza si los dos procedieron de mala fe, si efectivamente lo hicieron con conciencia y voluntad en este caso se considera que jamás existió sociedad conyugal; pero si ambos cónyuges obraron de buena fe, nace el matrimonio putativo y por consiguiente sí existe sociedad conyugal; por último, se encuentra el tercer caso en cuestión, cuando solo uno de ellos obró de buena fe en este caso también existe sociedad conyugal y la misma llega a su fin.

Con lo indicado se determina que los casos citados en el Art. 189, cualquiera de los cónyuges pueden pedir libremente la terminación y liquidación de la sociedad conyugal, y para que exista esta disolución, existe el antecedente legal correspondiente que fija el Derecho, produciendo el efecto jurídico respecto de los cónyuges y sus bienes.

Por consiguiente son estas las causales establecidas por la ley para poner fin a la sociedad conyugal, si se procede de otra manera cualquier acto distinto a los ya señalados carecen de validez y adolecen de nulidad absoluta.

Al realizarse los trámites legales para la disolución de la sociedad conyugal, subsiste una masa indivisa,

poscomunitaria de bienes hasta el ajuste de las cuentas de liquidación, pudiendo aplicarse las reglas del condómino para la administración del patrimonio.

“Desde que se disuelve la sociedad conyugal y mientras no haya partición, ninguno de los comuneros, ni sus herederos pueden enajenar los bienes de la sociedad conyugal, si lo hacen están vendiendo cosa ajena.”²⁰

El fundamento jurídico para que ninguno de los cónyuges o sus herederos dispongan de aquellos bienes es que los mismos no son de su propiedad sino que la única y exclusiva propietaria es la sociedad conyugal, y ninguno de ellos puede contrariar el mandato de la ley y disponer a su arbitrio de bienes ajenos.

La disolución de la sociedad conyugal deja en facultad a cualquiera de los cónyuges o ex cónyuges para que con plena independencia adquieran bienes, derechos y obligaciones, los mismos que pasan a formar parte del patrimonio de quien lo adquiera.

Existiendo tal independencia para la adquisición de bienes, ésta se extiende también a su administración para lo cual quien es titular puede gravarlos, donarlos, enajenarlos libremente sin que para cualquiera de estos actos requiera la firma del otro cónyuge en el caso de que subsista el matrimonio.

De tal manera que si subsiste el matrimonio los bienes que los cónyuges adquieran durante su matrimonio son bienes propios de cada uno de ellos, sin que puedan ser objeto en lo posterior de partición, pero para el efecto de la liquidación se requerirá de manera obligatoria que se proceda previamente con un inventario y avalúo, para que siguiendo los respectivos pasos procesales sean entregados a sus dueños.

²⁰ García Falconí, José: *Manual de Práctica Procesal Civil*. Tomo I, Quito, Pág. 220.

Estos bienes propios acrecentarán sus patrimonios particulares razón por la cual ellos comparecen individualmente para la adquisición, administración, goce, disposición de sus bienes y de los gananciales que obtengan luego de la liquidación de la sociedad conyugal.

El doctor José García Falconí con respecto a la adquisición de los bienes después de efectuada la disolución de la sociedad conyugal afirma que existe una excepción a la regla general según la cual estos bienes pertenecen exclusivamente a quien los adquiere, y se fundamenta en el hecho de que los bienes, sin embargo de haberse adquirido después del matrimonio o encontrándose disuelta la sociedad conyugal, pertenecen a esta debido a que fueron generados o debieron devengarse durante su vigencia.

“Luego de disuelta la sociedad conyugal... se refuntan adquiridos durante el matrimonio, los bienes que durante él debieron adquirirse por uno de los cónyuges y que de hecho no se adquirieron sino después de disuelta la sociedad conyugal, por no haberse tenido noticia de ellos por haberse embarazado injustamente su adquisición o goce.”²¹

4.4 Los bienes conyugales después de la sociedad del fallecimiento de unos de los cónyuges.

La sucesión por causa de muerte es uno de los modos de adquirir el derecho de dominio de los bienes, ya sea por la muerte de uno o de ambos cónyuges, la consecuencia inmediata es la terminación del matrimonio, así como también cesa la sociedad conyugal.

Con relación a la sucesión por causa de muerte, nuestra legislación considera dos clases de sucesión y pueden ser sucesión testada y sucesión intestada. Así, el Art. 994.dice: “Si se sucede en virtud de un

²¹ García Falconí, José. Manual de Práctica Procesal Civil. Tomo I, Quito, Página 156.

testamento, la sucesión se llama testamentaria; y si en virtud de la ley, intestada o abintestato.”

Con relación a la sucesión testamentaria, los bienes que forman la sociedad conyugal se proceden a asignar de la siguiente manera: los gananciales que en un cincuenta por ciento del patrimonio conyugal corresponde a cada uno de los cónyuges o ex cónyuges, y el restante cincuenta por ciento, corresponde a las asignaciones forzosas.

Las asignaciones forzosas son las que el testador está obligado a hacer, y que se suplen cuando no las ha hecho, aun con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas asignaciones forzosas son: la porción conyugal, las legítimas y la cuarta de mejoras, en las sucesiones de los descendientes.

Se las denomina asignaciones forzosas ya que no pueden dejar de ser instituidas a quienes la ley ordena.

La mitad de legítimas constituye el cincuenta por ciento del patrimonio del testador, que en forma obligatoria deben asignarse a sus legitimarios. Son legitimarios los hijos del testador y solo en el evento de no existir hijos adoptan esta calidad los padres, y la porción que le corresponde a cada legitimario se denomina legítima rigurosa.

En cuanto a las mejoras esta asignación también es forzosa y no puede abarcar más del veinticinco por ciento del acervo patrimonial y debe ser instituida en línea descendente; esto es, a favor de uno o varios o de todos sus descendientes.

Los bienes del causante se transmiten y reparten conforme a los órdenes de sucesión establecidos por la ley. En el caso de la sucesión que procede sin testamento la asignación del haber patrimonial se realizará de la siguiente forma: el primer orden opera en línea descendente; en este orden se encuentran los hijos por derecho personal y los nietos por derecho de representación, entendiéndose que los primeros

excluyen a los segundos.

Con relación al hijo adoptivo en el Art.326 del Código Civil“...no excluye a los padres del adoptante, en el caso de concurrir uno o más menores adoptados, exclusivamente, la herencia se divide en dos partes iguales, la una para los padres del adoptante y la otra para el o los hijos adoptivos.”

Las personas que suceden por derecho personal lo hacen por cabeza, esto quiere decir que cada persona tiene una cuota fija, igual y exclusiva, con respecto al derecho de representación indirecto la sucesión se hace por estirpe, para lo cual recibirán la cuota que recibe una cabeza pero se dividirá para el número de personas que conforman la estirpe.

El segundo orden procede cuando no existe ni hijos ni nietos, y es en línea ascendente; encontramos a los ascendientes de grado más próximo y son sus padres en unidad de acto con el cónyuge sobreviviente; o el conviviente sobreviviente en igualdad de condiciones, toda vez que en la actualidad la unión libre es reconocida en el Ecuador, y el acervo patrimonial se dividirá en partes iguales cincuenta por ciento para los padres y el cincuenta por ciento para el cónyuge o conviviente.

Puede acontecer que el causante no tenga padres o ascendientes de grado más próximo, en este caso el gran heredero universal será el cónyuge o conviviente. Si los padres del causante se encuentran divorciados, cada uno recibe el cincuenta por ciento si son universales o el cincuenta por ciento si concurre a la sucesión el cónyuge o conviviente. Si la filiación solo es con respecto a uno de los padres, solo aquel será llamado por la ley a ocupar el segundo grado de sucesión.

Tercer Orden: corresponde cuando no existen, ni nietos, ni ascendiente de grado mas próximo, ni cónyuge ni conviviente sobreviviente en este tercer orden de sucesión abintestato, procede en línea colateral; y, en este orden encontramos a los hermanos por derecho personal y a los sobrinos por derecho de

representación.

“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 de acuerdo con el artículo 1025 del Código Civil”.

Cuarto Orden: en el evento que no existan todos los anteriormente designados, opera el cuarto y último orden de sucesión testamentaria, en el cual encontramos al Estado en su calidad de heredero universal; indebidamente representado por la Junta de Defensa Nacional.

Cuando en una sucesión intervienen los sobrinos necesaria e imperativamente debe tomarse en consideración al Estado. El Estado interviene como un sobrino más, recibiendo igual cuota, y como sobrino de mejor calidad desde el cuarto sobrino, y el Estado siempre recibirá la cuarta parte del acervo líquido y del restante se repartirá entre el número de sobrinos.

En el caso de muerte, puede darse el caso que fallezca uno de los cónyuges o ambos, y que esto sea de conocimiento de quienes los conocen, en este caso no existe ninguna duda del fallecimiento dando como consecuencia la disolución tanto del matrimonio así como también queda disuelta la sociedad conyugal.

Pero si no existe la certeza de la muerte del o de los cónyuges y solo después de un tiempo consta su realidad, en este caso se debe considerar terminada la sociedad en la fecha de la muerte, y se dará efecto retroactivo a la liquidación, hasta tal fecha.

En el caso de muerte presunta en un inicio se concede la posesión provisional de los bienes, lo que ocasiona la disolución de la sociedad conyugal, en lo posterior se concederá la posesión definitiva de los bienes del desaparecido a sus herederos presuntivos, de tal manera que a través de la posesión

provisional o definitiva se disuelve la sociedad conyugal pero en relación a los bienes, es solo cuando se declara la posesión definitiva que se puede proceder conforme a lo ya indicado anteriormente.

En cuanto a los derechos de terceros de buena fe quedan a salvo después de la fecha de la disolución, para los créditos pendientes originados con anterioridad a la demanda, subsisten los principios generales de responsabilidad.

Los Artículos 191 y 195 del Código Civil del Ecuador se refieren al derecho que tiene cada cónyuge de sacar de la masa común los bienes que forman su haber y rezan lo siguiente:

“Art. 195.- Cada cónyuge, por sí o por sus herederos, tendrá derecho a sacar de la masa las especies o cuerpos ciertos que le pertenezcan, y los precios, saldos y recompensas que constituyan el resto de su haber.

La restitución de las especies o cuerpos ciertos deberán hacerse tan pronto como fuere posible, después de la terminación del inventario y avalúo, y el pago del resto del haber deberá hacerse dentro de un año, contado desde dicha terminación. Podrá el juez, sin embargo, ampliar o restringir el plazo, a petición de los interesados, previo conocimiento de causa”.

En el caso de bienes que no han precedido a la constitución de la sociedad conyugal, y que luego de su disolución uno de los cónyuges continuó pagando parte del precio con posterioridad al fallecimiento del otro esposo, así lo determina el Art. 1245 del Código Civil, este bien reviste el carácter de ganancial, sin perjuicio del crédito que contra esa sociedad pueda tener el esposo que siguió pagando parte del precio con posterioridad al fallecimiento del otro esposo.²²

Además, no obstante la existencia de testamento en la sucesión testada para ejercer todos los actos de

²² Código Civil. Legislación Codificada. Pagina 372.

dominio de los bienes asignados a través de la carta testamentaria, es necesario que se efectúe la inscripción del justo título en el o los registros de la Propiedad en los cuales se encuentren los bienes.

La posesión efectiva es una figura inserta en la sección XI, del Libro II, del Título II, pero por su naturaleza, para evitar confusión y por cuanto se trata de un procedimiento encaminado a proporcionar a quienes tienen el título de herederos la posesión ficta de los bienes, en la práctica es de mucha importancia, y por lo tanto debe al igual que el testamento ser inscrita en el registro correspondiente.²³

4.5 Porción conyugal

Para definir a la porción conyugal podemos tomar como referencia el Art. 1196 que dice: “Porción conyugal es la parte del patrimonio de una persona difunta, que la ley asigna al cónyuge sobreviviente, que carece de lo necesario para su congrua sustentación”. Para aclarar el concepto legal, que, si lo congruo quiere decir lo que habilita a subsistir modestamente, según la posición social del beneficiario, la porción conyugal habilita al cónyuge sobreviviente para subsistir modestamente, según su posición social.

“Existen requisitos que deben cumplirse para que el cónyuge sobreviviente tenga derecho a la porción conyugal, y estos son:

- a) Que tenga el carácter de supérstite;
- b) Que sea capaz y digno; y,
- c) Que sea pobre.”

Se la define como la cuarta parte del patrimonio dejado por el causante y la ley asigna al cónyuge sobreviviente o supérstite, por lo tanto el cónyuge sobreviviente será beneficiado de esta asignación forzosa, siempre y cuando logre demostrar que cumple con los requisitos enunciados.

Es decir, que una vez practicada la separación de patrimonios, para obtener el acervo líquido y hechas las rebajas inherentes a gastos de última enfermedad, de impuestos fiscales que gravaren toda la masa sucesoria, por otra parte, se obtiene un acervo líquido tentativo, del cual debe calcularse la cuarta parte.

El cónyuge o conviviente sobreviviente debe demostrar que existe vínculo jurídico, que lo una con el causante, ya sea por matrimonio o unión de hecho legalmente reconocida.

En cuanto a la capacidad se debe ostentar y demostrar que es capaz para el efecto, resultando esta capacidad una idoneidad no de tipo general sino más bien de índole especial, especialísima; pues se circunscribe solo y exclusivamente al ámbito de la sucesión por causa de muerte por lo cual se la define como la aptitud jurídica que tiene una persona para suceder a otra.

De tal manera que en este caso esta capacidad es sinónimo de existencia, por lo cual solo si el cónyuge existe al tiempo mismo de la apertura de la sucesión, es decir, existencia al tiempo del fallecimiento del otro cónyuge, se considera al cónyuge como capaz.

En cuanto a la dignidad, será digno si no se encuentra dentro de las causales tipificadas en los artículos 1010, 1011, 1012, 1013, 1014; del Código Civil ecuatoriano, que determinan cuales son las clases de indignidad.

El último requisito, "...nos hace pensar que se trata de una cuota de caridad o de beneficencia; y, esto es cruel y duro, incompatible con los principios que decimos proclamar y defender.

Esta última condición se refiere a que el cónyuge carezca de bienes para su congrua sustentación; de tal manera que este antecedente, además de ser una condición bastante deshumana, también la torna

²³ Ibidem. Página 170.

inefectiva, puesto que por mandato de nuestra codificación vivimos bajo el régimen de la sociedad conyugal, el que determina que solo en concepto de gananciales el cónyuge supérstite posea ya bienes más que suficientes para la congrua sustentación.

Tal vez y quizás podría llegar a operar una denominada porción conyugal de complemento que constituye la diferencia que existe entre el caudal de bienes que posee el cónyuge supérstite y el monto a que asciende la porción conyugal.

De tal manera que según las condiciones establecidas en la legislación ecuatoriana, puede darse dos casos: el primero si el cónyuge cumple con los requisitos solicitados y posteriormente alcanza una posición económica buena, en este caso los bienes adquiridos por porción conyugal seguirán permaneciendo en su poder, ya que en el momento que la ley así lo exigía cumplió con todos los requisitos mencionados, inclusive el de pobreza.

Si al momento del fallecimiento del cónyuge, quien sobrevive se encuentra en buenas condiciones económicas y en días posteriores su situación empeora y se encuentra en extrema pobreza, ya no puede beneficiarse y adquirir la porción conyugal puesto que su situación fue posterior a lo que determina la ley.

Por lo tanto esta porción tiene como finalidad lograr la protección del cónyuge sobreviviente, pero por la situación de existencia de la sociedad conyugal y que corresponde al cónyuge el cincuenta por ciento de gananciales es casi imposible el cumplimiento de esta asignación denominada forzosa.

5 CAPÍTULO QUINTO DIVISIÓN DE LOS BIENES GANANCIALES

5.1 Disolución de la sociedad conyugal

Disolver viene de latín “disolvere”, cuyo significado es desatar. Así la disolución significa terminación por deshacerse o desatarse el lazo o vínculo de orden patrimonial que une a los cónyuges.

La disolución de la sociedad conyugal es la terminación de la sociedad conyugal que se constituyó entre los cónyuges en virtud del matrimonio.

Con la disolución de sociedad conyugal, se produce una terminación del efecto patrimonial del matrimonio, pero se mantiene el estado pro indiviso, hasta el momento en que se produce la liquidación de la sociedad y recién entonces se precisa y se distribuyen los gananciales que es una operación de cálculo.

La disolución de la sociedad conyugal genera efectos para los cónyuges ya que existe una separación de bienes; subsiste la masa indivisa, posteriormente se produce el inventario, tasación, partición, liquidación y distribución de bienes; y, con respecto a los derechos de terceros de buena fe quedan a salvo después de la fecha de la disolución, pero en relación a aquellos originados antes de la demanda subsiste su responsabilidad.

Otros efectos que se producen a consecuencia de la disolución son: no existen ya gananciales, sino utilidades que corresponden en proporción a la cuota de cada uno; los frutos acrecen el patrimonio individual; puede enajenar libremente sus bienes y cuota; el activo y pasivo quedan fijados en la fecha de la disolución; se puede y generalmente se procede a la liquidación de la sociedad conyugal.

La sociedad conyugal se disuelve por las causas establecidas en el Art. 189 del Código Civil que son las siguientes: por la terminación del matrimonio; sentencia que conceda la posesión definitiva de los bienes del desaparecido; sentencia judicial, a pedido de cualquiera de los cónyuges; y por declaración de nulidad de matrimonio.

La disolución de la sociedad puede darse durante el matrimonio, sin que esto signifique que el matrimonio termine, sino que cada uno de los cónyuges tendrá la administración individual de los bienes que adquiera luego de la disolución de la sociedad conyugal. Además, recobran la capacidad jurídica de contratar y obligarse por su propia cuenta.

Según el Art. 217 del Código Civil cualquiera de los cónyuges, en cualquier tiempo, podrá demandar la disolución de la sociedad conyugal y la liquidación de la misma. Así mismo, de consuno, o de mutuo acuerdo podrán demandar ante el juez, o solicitarla al notario de conformidad con el Art. 18 de la Ley Notarial

En el suplemento del Registro Oficial No 64 del 8 de noviembre de 1996 se introducen importantes reformas al Art. 18 de la Ley Notarial, otorgándole facultades al notario que antes no las tenía; entre ellas la señalada en el Art.18 numeral 13, esto es la de disolver la sociedad de gananciales de consuno de los cónyuges.

Hay que puntualizar que siempre que exista acuerdo de las partes para disolver la sociedad conyugal, se puede acudir ante el notario, pues de no haber acuerdo cualquiera de los cónyuges pueden demandar ante un juez de lo Civil.

El procedimiento para disolver la sociedad conyugal ante el notario público es el siguiente:

Se debe presentar un petitorio firmado por los cónyuges y por su abogado patrocinador al notario en el cual expresan su voluntad de disolver la sociedad conyugal, al cual se adjunta la partida de matrimonio o sentencia con reconocimiento de la unión de hecho dependiendo del caso, posteriormente el notario levanta el acta de reconocimiento de firma y rúbrica de los cónyuges en el petitorio ante el mismo notario y se convoca a los cónyuges para luego de diez días hábiles, a la audiencia de conciliación, donde deberán

ratificar su voluntad de disolver la sociedad conyugal.

Una vez transcurridos los diez días hábiles, se realiza el acta de audiencia de conciliación para disolver la sociedad conyugal, en la cual en forma libre y voluntaria de consuno y de viva voz los cónyuges ratifican su voluntad de declarar disuelta la sociedad conyugal que tienen formada, en la que el notario dará únicamente fe de la declaración de voluntad de los comparecientes de declarar disuelta la sociedad conyugal.

El acta, junto con las copias de cédulas y papeletas de votación, partida de matrimonio y el petitorio con el reconocimiento de firmas se protocoliza y se emite copias certificadas a los interesados.

Finalmente, una vez sub inscrita el acta en el Registro Civil, se tomará nota al margen en el original del acta de este hecho, para que surta sus efectos jurídicos, es decir a partir de lo cual los bienes y obligaciones que adquieran serán administrados individualmente y serán de propiedad de cada uno de los cónyuges o ex cónyuges.

Cabe recalcar que la facultad prevista en el numeral 13 del artículo 18 de la Ley Notarial, faculta al notario, para que tramite la disolución de gananciales de consuno de los cónyuges, previo reconocimiento de la firma ante el notario, pero es preciso enfatizar que el notario sólo está facultado para tramitar la disolución de la sociedad conyugal cuando hay acuerdo entre las partes y voluntariamente, sin litigios, y caso contrario el juez competente será el juez de los Civil.

En la práctica se observa que esta atribución conferida al notario como es la disolución de la sociedad conyugal, en la actualidad su tramitación es rápida y eficaz, debido a que este régimen de bienes garantiza la plena igualdad de la mujer y el hombre ante la ley y otorga la capacidad real a las partes para que puedan administrar y disponer libremente de sus bienes, por lo que es muy acertado la atribución

conferida al notario para atender los actos de jurisdicción voluntaria, pero considero que debería suprimirse el término de diez días para que se ratifiquen la voluntad de declarar la disolución de la sociedad conyugal en la audiencia de conciliación, ya que existe mutuo acuerdo y en mi opinión es innecesaria.

El notario además de ser un profesional del derecho con función asesora, tiene como misión orientar a los ciudadanos para que no se vean en situación de conflicto legal, por ello considero que deberá capacitarse continuamente en las técnicas de su profesión, estar actualizándose en la ciencia del derecho, en la normativa legal y sumado todo ello a su propia experiencia.

5.2 Juicio de inventario

Previo a analizar el juicio de inventario creo necesario definir y precisar ciertas características, objeto del mismo. Así el inventario es el acto mediante el cual se hace constar el estado económico de la sociedad conyugal. Es una enumeración detallada y descriptiva del conjunto de bienes, derechos y obligaciones que forman el patrimonio de la sociedad conyugal.

El objeto del juicio de inventario es “alistamiento, avalúo y custodia de los bienes de la ex sociedad conyugal y no puede llegar a resolverse cuestiones que se aparten de estos objetivos”.²⁴

No existe norma especial para el juicio de inventarios y para la partición de los bienes de la sociedad conyugal. Así, en la sección 7ma, 8va del Código de Procedimiento Civil se refiere al inventario y a la partición de los bienes que provienen de las herencias, es decir, al derecho sucesorio.

Para la liquidación de la sociedad conyugal, la primera fase es la disolución de la sociedad conyugal,

²⁴ García Falconí, José, *Manual de Práctica Procesal Civil*, Tomo I, Quito, Página 79.

posteriormente se realiza el inventario y avalúo de todos los bienes que comprenden el régimen social, sin embargo, no existe ningún límite o plazo, por lo tanto, se puede realizar el inventario en cualquier tiempo.

En nuestra legislación no se otorga un plazo para realizar el inventario, lo que considero un error; debería establecerse un plazo, porque en la práctica se genera un sinnúmero de problemas especialmente por los bienes que se adquieren luego de disuelta la sociedad conyugal hasta que se liquide.

Si bien el Código Civil no establece un plazo para hacer el inventario, habrá que realizarlo antes de iniciarse las operaciones de liquidación y apenas se produzca la disolución de la sociedad conyugal. En tal virtud esta acción es imprescriptible.

El inventario comprende todos los bienes que la sociedad conyugal usufructuaba o de los que era responsable en los términos y la forma que se lo hace en los casos de sucesión por causa de muerte, así lo señala expresamente el Art. 191 del Código Civil.

Así, el Art. 195 del Código Civil dispone: “Cada cónyuge, por sí o por sus herederos, tendrá derecho a sacar de la masa las especies o cuerpos ciertos que le pertenezcan, y los precios, saldos y recompensas que constituyan el resto de su haber.

La restitución de las especies o cuerpos ciertos deberá hacerse tan pronto como fuere posible, después de la terminación de inventario y avalúo, y el pago del resto del haber deberá hacerse dentro de un año, contado desde dicha terminación. Podrá el juez, sin embargo, ampliar o restringir el plazo, a petición de los interesados, previo conocimiento de causa”.

El Art. 192 del Código Civil, establece que: “El inventario y tasación de los bienes, deben estar revestidos de solemnidad judicial, puesto que si no se cumple con este requisito, este no tiene valor en el juicio, sino

contra el cónyuge, los herederos a los acreedores que los hubieren debidamente aprobado y firmado.

Si entre los partícipes de los gananciales hubiere menores, dementes u otras a personas inhábiles para la administración de sus bienes, serán de necesidad el inventario y tasación solemnes. Si se omitiere hacerlos, aquel a quien fuere imputable esta omisión responderá de los perjuicios; y se procederá lo más pronto posible a legalizar dicho inventario y tasación en la forma debida”.

En este caso, los bienes propios de cada cónyuge debe inventariarse para que luego, cada cónyuge por sí o por sus herederos pueda sacar de la masa las especies o cuerpos ciertos que le pertenezcan, los precios, saldos y recompensas que constituyan el resto de su haber, tan pronto como queden fuera del inventario y avalúo.

En el inventario se hará relación de todos los bienes raíces y muebles de la persona cuya hacienda se inventaríe, particularizándolos uno a uno, o señalando colectivamente los que consisten en número, peso o medida, con expresión de la cantidad y calidad, y con las explicaciones necesarias para poner a cubierto la responsabilidad del guardador.

Comprenderá asimismo los títulos de propiedad, las escrituras públicas o privadas, los créditos y deudas del pupilo de que hubiere comprobante o solo noticia, los libros de comercio o de cuentas y, en general, todos los objetos presentes, exceptuados los que fueren conocidamente de ningún valor o utilidad, o que sea necesario destruir con algún fin moral.

Por lo tanto, el inventario debe comprender los bienes del activo material e inmaterial, y el pasivo.

Dentro del proceso del inventario puede realizarse observaciones para que se excluyan del mismo, bienes propios y para lo cual hay que probar esta calidad de los bienes. Las observaciones al inventario deben

concretarse a las inexactitudes de él, por haberse cumplido con los requisitos legales o por haberse dado a los bienes valores diversos de los que en realidad lo tienen.

En la práctica suelen presentarse ciertas excepciones como es sobre la propiedad del inmueble incluido en el inventario que formula la actora o demandado excepción que no es procedente ya que la declaratoria de un derecho debe sustanciarse en juicio ordinario ante el mismo juez, pero en cuaderno separado y si fuere aceptada se excluiría del inventario, conforme al inciso tercero del Art. 636 del Código de Procedimiento Civil.

Es necesario señalar que “el inventario tiene también como función nivelar las respectivas ganancias lo que exige determinar los patrimonios inicial y final de cada cónyuge.

El patrimonio inicial está integrado por los bienes y derechos que le pertenecieran al empezar el régimen y por los adquiridos después a título de herencia, donación, o legado.

Y el patrimonio final está integrado por los bienes y derechos de que sea titular en el momento de la terminación del régimen, con deducción de las obligaciones todavía satisfechas. Se incluirán en el patrimonio final, el valor de los bienes de que uno de los cónyuges hubiere dispuesto a título gratuito, sin el consentimiento de su consorte, salvo si tratase de liberaciones de uso; se incluye también el valor de los bienes respecto a los actos realizados en fraude de los derechos del otro cónyuge.

Los bienes del patrimonio inicial y final se estimarán según el estado y valor que tuvieran al empezar el régimen matrimonial, pero el valor de los bienes del patrimonio inicial deberá actualizarse al día en que el régimen haya cesado”.²⁵

²⁵ García Falconí, José, *Manual de Práctica Procesal Civil*, Tomo I, Quito, Página 79.

En caso de ocultación se debe aplicar el Art.193 del Código Civil, que dice: “Aquel de los cónyuges o su herederos que dolosamente hubieren ocultado o distraído alguna cosa de la sociedad, perderán su porción en la misma cosa, y estarán obligados a restituirla doblada

Si se hubiera producido un caso fortuito en cambio tenemos que aplicar lo que dice el Art. 408 del Código Civil “Si después de hecho el inventario, o por cualquier título acrecieren nuevos bienes a la hacienda inventariada, se hará un inventario solemnes de ellos, y se agregara al anterior”.

El juicio de inventario, es un alistamiento de bienes, en cuyas diligencias más actúa como ministro de fe, pues no puede asegurarse que su aprobación constituya una decisión porque concluido por el secretario con la intervención de peritos la diligencia en que se detallan y hacen constar los bienes y sin ninguna observación por parte de los interesados, no queda otra alternativa al juez que aceptar el aislamiento y avalúo conforme se encuentra practicado; su intervención es para dar solemnidad y garantizar su fidelidad. Por lo tanto, la acción de inventarios, no siendo en esencia acción, como sinónimo de demanda o reclamación inicial, no es susceptible de prescripción (CC 2416).

Una vez realizado el inventario corresponde realizar la determinación del acervo bruto o masa de bienes (se lo denomina bruto porque no ha sido objeto de deducciones) que servirá de base para el proceso de liquidación; lo que servirá para despejar los bienes partibles y precisar los gananciales.

El juicio de inventarios de los bienes de la sociedad conyugal, como tenemos indicado, debe tramitarse en sujeción a las normas contenidas en la Sección 7ma del título II del Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil

Se presentará la demanda conforme los Art. 67 y 69 del Código de Procedimiento Civil. Deberá adjuntarse a la demanda las copias certificadas de la sentencia que declare disuelto el vínculo matrimonial

a pedido de cualquiera de los cónyuges.

El juez debe examinar si la demanda reúne los requisitos legales, porque de no cumplirlos, este mandará que la aclare o complete en el término de tres días. Si el demandante no lo hace, el juez se abstendrá de tramitarla dictando un auto del que únicamente puede apelar el actor, y la decisión de segunda instancia causa ejecutoria.

Si la demanda ha cumplido con los requisitos señalados, el juez mediante auto de calificación, la acepta al trámite, ordenando que se cite a la parte accionada, en el domicilio que se ha señalado para este efecto, en este caso el demandado es uno solo, el cónyuge, si no se encontrare en su domicilio, se lo citará por boleta dejada en la correspondiente habitación, a cualquier individuo de su familia o servidumbre.

Si la boleta no hubiere a quien entregarla, se la fijará en las puertas de la referida habitación, y el actuario o el citador, sentará la diligencia correspondiente.

Como puede darse el caso de que sea imposible individualizar o precisar su residencia, debe citarse por tres publicaciones, cada una en fechas distintas, en un periódico de amplia circulación del lugar, provincial o nacional, según sea el caso, conteniendo un extracto de la demanda, y de la providencia respectiva.

La afirmación de que es imposible determinar la individualidad o residencia del demandado debe hacérselo bajo juramento, caso contrario el juez no admitirá la solicitud. Practicada la citación por la prensa tiene para comparecer, el término de veinte días, caso contrario, puede ser declarado rebelde.

Citado el cónyuge, el juez debe señalar fecha, día y hora para la facción del inventario y tasación de los bienes, observando los requisitos establecidos y que se encuentran transcritos anteriormente; el juez nombrará perito o peritos, de conformidad con lo establecido en el parágrafo 6 Título I del Libro Segundo

del Código de Procedimiento Civil. A la diligencia de formación de inventarios, pueden concurrir las partes con sus respectivos patrocinadores, el o los peritos, y los dos testigos.

El avalúo de los bienes se lo hace al mismo tiempo que el inventario. Debe constar cada cosa inventariada con su respectivo avalúo, y transcurrido dos meses sin que se haya hecho la partición, dicho avalúo debe actualizarse.

Concluido el inventario, el juez manda a oír a los interesados en el término común de quince días, para que hagan las observaciones pertinentes; si no hay observaciones, el juez debe aprobar el inventario; pero si existieren, el juez convocará a las partes a la junta de conciliación, señalando lugar, día y hora, y lo acordado será obligatorio para las partes.

Si no hay ningún acuerdo, el juez debe sustanciar sumariamente las objeciones, concediendo el término de prueba por diez días, concluido el cual, dictarán sentencia, declarando aprobado el inventario, ya sea con modificaciones o sin ellas, de la que pueden las partes que se crean perjudicadas presentar en el término de tres días el recurso de apelación, el que ante el superior se resuelve por el mérito de los autos.

Existen casos en que la ley ordena que se forme el inventario, entre ellos puedo citar los siguientes: el que debe hacer el tutor o curador respecto de los bienes del pupilo (Art. 421 Código Civil); de los bienes del desaparecido (Art. 72 C. C.); de los bienes que está administrando el viudo o viuda que quiere volver a casar, teniendo hijos de precedente matrimonio (Art. 131 C. C.); de los bienes hereditarios pro indiviso (Art. 1285 C. C.); de la disolución de la sociedad conyugal (Art. 192 C. C.), entre otros.

“El inventario debe necesariamente ser solemne, esto es que se debe llevar a cabo con la intervención del juez, del secretario, de los testigos y de quienes tienen derecho a asistir al mismo, o ha sido notificados al efecto, siempre que se trate de entregarlos a un depositario cuando se levanten los sellos que aseguran los

bienes. Cuando hay interesados menores o incapaces; y, cuando siendo uno o varios los herederos menores no pudieren estar representados por el padre o la madre. En los demás casos, no es necesario el inventario solemne”.

Es preciso mencionar que este trámite es aplicable tanto al juicio de inventario como al de la partición de los bienes de la sociedad conyugal, nombrando perito o peritos, para que procedan al avalúo de dichos bienes, lo que posteriormente permitirá la partición, a fin de establecer exactamente lo que le corresponde a cada cónyuge.

El inventario y la partición de los bienes de la sociedad conyugal, puede hacérselo también extrajudicialmente, siempre y cuando haya la voluntad de las partes, en forma libre y voluntaria sin que existan los vicios del consentimiento, ya que de conformidad con el Art. 18 de la Ley Reformatoria Notarial, numeral 23, establece que el notario tiene dentro de sus atribuciones la facultad de proceder a la aprobación de la liquidación de la 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, 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 conyugal y el notario dispondrá que la escritura de la liquidación de la sociedad conyugal se inscriba en los correspondientes registros.

Las atribuciones conferidas al notario para disolver la sociedad conyugal, liquidar y aprobarla son facultades que el notario como funcionario investido de fe pública confiere autenticidad y certeza a los actos en los que intervienen, ya que es el profesional del derecho que da ilustración a los otorgantes del acto a realizarse, así como les previene de las consecuencias jurídicas y busca la correcta aplicación del derecho, evitando de este modo conflictos.

El notario actúa como jurista, puesto que previo al otorgamiento del instrumento público y con el fin de determinar con exactitud la voluntad de los otorgantes, debe asegurarse que los medios jurídicos a utilizarse sean los correctos para conseguir los fines propuestos; y en la aplicación del derecho en los hechos, existe un elemento intermedio que corresponde interpretar al notario, determinando e integrando con exactitud el supuesto normativo que permita una correcta aplicación de las leyes.

La constancia cierta y verdadera de un gran número de actos humanos cuya finalidad es la creación, modificación o extinción de derechos u obligaciones, hace necesaria la existencia de la fe pública notarial para que los actos sometidos a su amparo tengan garantía en su aplicación, pues, el Estado tiene la obligación de tutelar y proteger los derechos privados contra todo intento de violación o menoscabo.

En muchas ocasiones los particulares deben recurrir a la vía judicial para salvaguardar sus intereses, es allí donde sobresale la importancia de la fe notarial, puesto que ésta tiene un carácter preventivo que evita el planteamiento de estos conflictos o si ya se lo ha realizado, suministrar datos y pruebas que en principio son suficientes para resolver el juicio, pues constituyen pruebas anteriores a la iniciación de éste. Esta característica de la fe notarial es de vital importancia, puesto que el instrumento notarial no probaría nada, no se podría hablar de aquella.

En opinión del autor Enrique Giménez Arnau la fe notarial: “es la función pública y técnica por cuya interposición los actos jurídicos extrajudiciales que se someten a su amparo adquieren autenticidad legal”.²⁶

5.3 Liquidación de la sociedad conyugal

Según el Dr. García Falconí liquidación de la sociedad conyugal significa “ajustar las cuentas entre los cónyuges o ex cónyuges; y, para llegar a esto deberá determinarse el valor de los bienes, pagar las deudas

²⁶ Arnau Giménez, Enrique: *Derecho Notarial*, Pamplona, 1976, Pág. 65

y fijar las compensaciones que pudieran existir entre ellos lo que también se llaman recompensas²⁷.

La liquidación, a decir de Cabanellas es “el conjunto de operaciones realizadas para determinar lo correspondiente a cada uno de los interesados en los derechos activos y pasivos de un negocio, patrimonio u otra relación de bienes y valores. Adicionalmente sobre la liquidación de bienes de la extinta sociedad conyugal manifiesta que disuelto o anulado el matrimonio, con la desaparición o inexistencia del vínculo ha de procederse a la liquidación del patrimonio conyugal, siempre que el matrimonio no se hubiere celebrado de acuerdo con un régimen de absoluta independencia de bienes”.²⁸

Por lo tanto considero que la liquidación es la división del patrimonio de la extinta sociedad conyugal, en virtud de la cual, consensual, judicial o extrajudicialmente, los cónyuges o ex cónyuges deciden adjudicarse.

Existen diferentes clases de liquidaciones: a) la liquidación judicial, es decir cuando se ha sometido la partición del patrimonio de los gananciales conyugales por la vía contenciosa y se verifica con resolución definitiva del juez; b) la liquidación extrajudicial, cuando a pesar de haberse sometido a la resolución del juez la partición, el juicio se interrumpe para distribuirse el patrimonio de la extinta sociedad conyugal; y, c) la liquidación consensual o voluntaria, cuando los ex cónyuges por mutuo acuerdo deciden distribuirse el patrimonio obtenido durante la existencia de la sociedad conyugal y, lo perfeccionan solicitando al juez o al notario que apruebe esta liquidación.

En consecuencia analizaré la liquidación de la sociedad conyugal judicial y consensual a través de notario. Así la liquidación de la sociedad conyugal judicial se produce luego de que se ha agotado el juicio de inventario y tasación de los bienes de la extinta sociedad conyugal, sucede la siguiente fase que es la liquidación de la sociedad conyugal. El juez competente para proceder a la liquidación, es quien resolvió sobre el inventario y la tasación.

Para llegar al campo procesal de la liquidación tiene que haberse agotado el trámite previo, es decir, que la

sentencia que apruebe determinado inventario y tasación tiene que encontrarse en firme. Luego de lo cual, sí procede la demanda de liquidación de la sociedad conyugal o partición del patrimonio de la extinta sociedad conyugal.

En los actuales tiempos, en que la administración de justicia es lenta, engorrosa, ineficiente, las partes procesales, -si continúan en discrepar sobre la división o liquidación de los gananciales conyugales- tienen que nuevamente armarse de valor y paciencia e iniciar su última fase. El trámite de la liquidación es especial. Las reglas de procedimiento son las mismas que se utilizan para la partición de bienes sucesorios. Este precepto se encuentra establecido en el Art. 206 del Derecho Civil en donde prescribe que la división de los bienes sociales se sujetará a las reglas dadas para la partición de los bienes hereditarios.

La liquidación del patrimonio de la extinta sociedad conyugal, se produce siempre y cuando no exista acuerdo de las partes, entonces, obedece a todo un proceso jurídico que se inicia con la disolución de la sociedad conyugal, pasando por el inventario y tasación de la misma, para desembocar en su liquidación propiamente dicha.

Cabe señalar que si no existe un acuerdo previo o extrajudicial, el juez tiene la obligación de partir el patrimonio conyugal conforme los preceptos legales de la partición sucesoria sin evitar los principios de equidad y sana crítica. Frente a ello nuevamente estaríamos ante el problemático y controvertido juicio de liquidación.

Ahora que la administración de justicia está severamente criticada por su lentitud, ineficacia, y corrupción, es fácil pronosticar que el juicio de liquidación de la sociedad conyugal culminaría en dos o tres años, en consecuencia los cónyuges o ex cónyuges disfrutarán de los bienes después de mucho tiempo. Ciertamente en la vida diaria la liquidación judicial, se constituye en un verdadero atentado a la economía de los litigantes.

Como se observará, el trámite de la liquidación de los bienes es un trámite especial, luego del que juez califique la demanda de liquidación como clara y precisa y reúne los requisitos de Ley, éste tiene que conceder a los litigantes, el término de quince días, para que dentro de este período de tiempo, presenten ciertos cuestionamientos jurídicos o cuestiones de resolución previa si existieren. Ulteriormente y, vencido el término que señala este precepto legal, el juzgador deberá correr traslado no solamente a la contraparte, sino en forma simultánea a las dos partes por igual.

Si han existido cuestionamientos jurídicos o asuntos de cuestión previa sobre la liquidación del patrimonio de ex sociedad conyugal y, luego de que se han agotado los términos fijados en la presente disposición legal invocada, el juzgador, inmediatamente convocará a la audiencia de conciliación, con el objeto obvio de conciliar intereses y de procurar un acuerdo sobre estos asuntos de resolución previa. Si en esta diligencia no se ponen de acuerdo los litigantes, el juez, con sujeción a esta disposición legal, abrirá la causa a prueba observando las reglas establecidas.

La etapa de prueba según ese precepto legal, tiene un mínimo de duración de cinco días y un máximo de quince días. El juez, está facultado para, según su criterio jurídico, conceder el período de tiempo observando. En consecuencia, en la respectiva acta de la audiencia de conciliación en donde ordena se habrá causa a prueba, tendrá que, necesariamente consignar la cantidad de días que dure la prueba.

Los asuntos de resolución previa que se presenten en la liquidación de los gananciales de la extinta sociedad conyugal, se constituye en un incidente que retarda sustancialmente el proceso.

En definitiva una vez señalado el proceso judicial de la liquidación de la sociedad conyugal, los bienes de la extinta sociedad conyugal no pueden ser utilizados por los cónyuges o ex cónyuges, mientras no se haya ejecutoriado la sentencia que resuelve la partición. De ahí que es mejor recomendar como abogados

patrocinadores que se lleve a cabo la liquidación de la partición extrajudicial o consensual.

La liquidación consensual de la sociedad conyugal, es la división de la extinta sociedad conyugal, acordado por los cónyuges o ex cónyuges libre y voluntariamente. Para que surta efecto, tiene que ser libre y voluntaria, exenta de los vicios de consentimiento. Con la liquidación consensual, no existe colisión de intereses de parte de los litigantes, se elimina un proceso judicial que fácilmente superaría un par de años o más.

El trámite de esta división es esencialmente sumarísimo. Precisamente allí radica su importancia. El juez exclusivamente se limita a dar trámite la petición de los ex cónyuges si reúne los requisitos establecidos en el Art. 819 del Código de Procedimiento Civil, procederá a aprobar el convenio de la repartición de los gananciales de la extinta sociedad conyugal. Necesariamente se requiere de escritura pública para la liquidación de la sociedad conyugal en aplicación al mencionado artículo; debe ser aprobada judicialmente, o también se puede pedir la aprobación para la inscripción a un notario público de conformidad con el Art.18 numeral 23 de la Ley reformativa Notarial, y debe ser inscrita en los registros de la propiedad o mercantil correspondiente.

Para realizar la escritura pública los interesados deben presentar la minuta firmada por un abogado, junto con la partida de matrimonio y los certificados de gravámenes de los inmuebles. Si los inmuebles que van a ser adjudicados están hipotecados, se necesita la comparecencia del acreedor o una certificación en la que conste su autorización la cual se agrega como habilitante a la escritura.

El notario, entrega el extracto a los interesados que deberá ser publicado por una sola vez en un periódico de amplia circulación del lugar, conforme a lo dispuesto en el Art. 82 del Código de Procedimiento Civil.

Una vez efectuada la publicación del aviso, y transcurrido el término de veinte días hábiles, el peticionario

entregará al notario el periódico en el cual se publicó el aviso. El Notario verificando que hayan transcurrido los veinte días debe sentar razón notarial de haberse o no presentado oposición alguna. De no presentarse oposición, el notario realiza una razón notarial en la cual señala que no se ha presentado oposición alguna, y dispone la inscripción en el registro o registros correspondientes.

Se toma nota de lo actuado al margen de la matriz original de liquidación de la sociedad conyugal. El notario protocoliza el aviso junto con la petición y la razón notarial. Adicionalmente entrega las copias de protocolización a los interesados para que procedan a la inscripción en los registros correspondientes; de haberse presentado oposición, el notario hace constar el particular en la razón notarial, posteriormente se toma nota de lo actuado al margen de la matriz original de liquidación de la sociedad conyugal.

El notario protocoliza el aviso junto con la petición, la posición y razón notarial. El notario entrega las copias de la protocolización a los interesados para que, de considerar procedente, puedan plantear las acciones legales pertinentes.

En consecuencia como la liquidación y ulterior adjudicación de los gananciales, genera efectos jurídicos sustanciales, la ley exige que ésta se efectúe mediante escritura pública. Como todos sabemos, todo instrumento público genera derechos y obligaciones entre las partes contratantes y, subsiguientemente esta solemnidad que exige nuestro Derecho Adjetivo Civil, para que tenga plena validez, tiene que otorgarse ante notario, dando fe que los cónyuges o ex cónyuges han convenido en la liquidación y adjudicación de gananciales pertenecientes a la sociedad conyugal.

La liquidación de la sociedad conyugal a la que han llegado los cónyuges no es suficiente con elevarla a escritura pública. Se debe, adicionalmente, someterla a aprobación del notario o del juez. La autoridad competente no tiene por qué objetar el acuerdo o convenio al que hayan llegado los cónyuges o ex cónyuges. Tiene que limitarse a verificar que tal convenio no contravenga los principios jurídicos

preestablecidos.

En relación con la aprobación de la liquidación de la sociedad que se faculta al Notario, en virtud de la Ley reformativa no estoy de acuerdo con lo que se establece, ya que ante el Notario se liquida la sociedad conyugal de manera voluntaria, en consecuencia no debe aprobarse ante él mismo, debido a que no existe congruencia en el objeto de la norma, solo debe establecerse que se ordenará la inscripción de la liquidación de la sociedad conyugal en el Registro de la Propiedad en caso de no existir ninguna oposición.

Para que la liquidación consensual de sociedad conyugal tenga validez, tiene que estar revestida de la solemnidad sustancial que exige a ley. Esta se refiere a que debe otorgarse mediante escritura pública. La minuta que contenga la liquidación del patrimonio de los cónyuges o ex cónyuges, tiene que ser cuidadosamente elaborada. Así se determinará las personas que comparecen a la celebración de la escritura pública, en donde se incluirán las generales de ley. Esto es, su estado civil, edad, profesión u ocupación, su nacionalidad y si comparecen por sus propios derechos o calidad de mandatarios.

En la segunda cláusula se determinarán los antecedentes. Es decir, deberá constar la fecha en la cual el juez mediante sentencia o el notario mediante acta notarial declaro disuelto el vínculo o matrimonial o disolvió la sociedad conyugal. La copia certificada de la sentencia o acta notarial, se constituye en el documento habilitante de la escritura pública de la liquidación consensual, misma que se deberá agregarse al instrumento público.

En los antecedentes, se detallaran los bienes que posea la ex sociedad conyugal. En el caso de los inmuebles se determinará su ubicación, señalando a forma en que se los adquirieron deberá insertarse los linderos específicos y generales. Con relación a los bienes muebles se debe detallar sus características específicas y generales, de tal manera que queden perfectamente singularizados. En el caso de existir

deudas y obligaciones que haya adquirido la extinta sociedad conyugal deberán señalarse con todos sus antecedentes.

Luego de que se hayan señalado todos los antecedentes, en la cláusula tercera se precisará la adjudicación o partición del patrimonio de los cónyuges o ex cónyuges. En el inicio de esta cláusula se determinará la cantidad a la que asciende tanto el activo como el pasivo de la ex sociedad conyugal y los que les corresponde por estos rubros a cada uno de ellos. En la adjudicación o partición tanto de los bienes inmuebles como muebles se debe transferir el dominio y la posesión de los mismos.

Una siguiente cláusula -si existieren deudas u obligaciones- se discernirá la forma en que deben cancelarse. Las siguientes cláusulas hacen alusión a la aceptación del convenio de la liquidación por parte de los comparecientes, a la autorización de la inscripción en los correspondientes registros, los gastos que serán cubiertos por efecto del convenio y, en fin todas las cláusulas que los abogados patrocinadores consideren indispensables para la buena elaboración de la minuta.

Considero que en la escritura de liquidación de la sociedad conyugal debe reunir todos los requisitos señalados anteriormente ya que no solo debe constar la voluntad de los cónyuges o ex cónyuges sobre las adjudicaciones que se realizan, limitándose a pagar sus haberes, sino que deberían efectuarse operaciones de cálculo, todos estos requisitos debería contener la escritura de liquidación de la sociedad conyugal, para que quede constancia de los bienes y su distribución y pueda ser aprobada por el juez o el notario previo los requisitos dados por ley.

5.4 Partición

“Se llama partición al procedimiento - privado o judicial- por el que se da término a un estado de comunidad de bienes. Se produce la partición en cualquier caso en que exista condominio, indivisión o comunidad de bienes, como sucede en los casos de herencia, cuando hay más de un heredero, o de terminación de la sociedad en general y más específicamente, de la sociedad conyugal”²⁹

Al hablar de la partición, lo más frecuente es la partición hereditaria puesto que tanto en el Código Civil como en el Código Procedimiento Civil están regladas para las sucesiones por causa de muerte, al igual que para el inventario, sin embargo, en cuanto a lo que es pertinente “sirven para todos los casos en que se pone término a un estado de indivisión”.

La partición, en lo que corresponde a los bienes de la sociedad conyugal, se caracteriza porque en ella intervienen como parte procesal, solamente dos personas que son los ex cónyuges; estableciendo el acervo líquido, que es el balance social, que se lo conoce con el nombre de gananciales, a cada uno le corresponde el 50%.

A esta regla general sobre la distribución anotada de los gananciales, puede alterarse si concurren dos circunstancias que son:

- a) Si uno de los cónyuges renuncia a los gananciales de conformidad con los Art. 203 y siguientes del Código Civil, el otro recibe la totalidad, porque los derechos de la sociedad y del otro cónyuge se confunden e identifican.
- b) También es posible que los gananciales se distribuyan en proporciones distintas a la mitad. Así sucede cuando por haberse producido ocultación o distracción dolosa de un bien social, el cónyuge o heredero culpable pierde derecho sobre dicho bien, o cuando en las capitulaciones matrimoniales se ha convenido una forma distinta de repartición, hipótesis generalmente admitida por la doctrina.

En definitiva, la división de los bienes sociales se sujetará a las reglas dadas para la partición de los bienes hereditarios.

Existen tres clases de partición: la partición por testamento, o por acto entre vivos y a ella habrá de atenderse todos los herederos, en cuanto no fuere contraria a derecho; la partición extrajudicial, es aquella que puede hacerse por instrumento privado, cuando todos los consignatarios tengan la libre administración de sus bienes, se hayan puesto de acuerdo y hayan realizado la partición por su cuenta, sin necesidad de aprobación judicial, cuando existan bienes inmuebles, se instrumentarán mediante escritura pública y en este caso además deberá inscribirse en el Registro de la Propiedad.

La partición judicial, implica la falta de acuerdo de los beneficiarios, por esto acuden ante la autoridad judicial dirimente, quien, luego de cumplir con todas las etapas procesales que comprende esta clase de procesos, y luego de buscar el acuerdo divisorio, procederá a realizar la respectiva partición y adjudicación de los bienes, la misma que es susceptible de los respectivos recursos. Cabe destacar que dentro del juicio de partición se pueden dar controversias respecto de los derechos de los copartícipes, las mismas que en calidad de cuestiones previas deberán resolverse dentro del mismo expediente, para poder concluir con la partición; por lo que queda claro que esta clase de juicios implica una actividad contenciosa.

El único caso en que podríamos hablar del ejercicio de la jurisdicción voluntaria, sería cuando, existiendo pleno acuerdo de las partes respecto de la forma a partirse, haya entre ellos alguien que no tenga la libre administración de sus bienes, por lo que necesariamente se deberá hacer ante el juez de lo Civil para su validez, según lo ordena el Art. 657 del CPC. En este caso a la persona incapaz se le nombrará un curador quien lo representará y administrará los bienes que en ella se le adjudiquen, según las reglas de la curaduría de bienes. En estos casos se debería establecer la posibilidad de acudir ante el notario, quien simplemente solemnizaría el acuerdo de los interesados, con la intervención obviamente del curador de bienes de que no tenga libre disposición de sus bienes.

5.4.1 Juicio de partición

El juicio de partición procede una vez que se haya aprobado el inventario judicial o extrajudicialmente, siendo hábiles todos los días y horas y, puede solicitar cualquiera de los cónyuges. Al plantear la demanda ésta debe contener todos los requisitos que exige la ley, acompañando las copias certificadas de la sentencia que aprueba el inventario y avalúo practicado de los bienes materia de la partición, requisito indispensable, para que haya la prestación del servicio.

Al presentar la demanda, el juez debe calificarla y aceptarla al trámite que le corresponde si esta es clara y cumple con lo requisitos que exige la ley, caso contrario debe ordenar que la aclare o la complete según el caso, en el auto de calificación, debe ordenar además que se le cite así al demandado.

Cumplidas con las diligencias ordenadas el juez convoca a las partes a la audiencia de conciliación en la que pueden llegar a un acuerdo y es obligación del juez procurar, por todos los medios aconsejados prudentemente por la equidad, hacer que los contendientes lleguen a un avenimiento, de haberlo y ser lícito, lo aprobará el juez y terminará el pleito dictando sentencia en la misma acta; de no ser así, continúa sustanciándose la causa, concediendo prueba en la misma audiencia, por diez días y en trámite ordinario por no haber un trámite especial para el efecto.

La sentencia que se dicte, una vez ejecutoriada, sea por acuerdo de las partes o porque el juicio es contencioso, se la debe protocolizar en una notaria e inscribirse en el Registro de la propiedad, si se trata de bienes raíces, para que sirva de título de Propiedad.

5.5 Protocolización

“La palabra protocolización deriva del verbo protocolizar, y este, a su vez, del sustantivo protocolo, y como vocablo según la acepción académica equivale a la acción y efecto de protocolizar, lo cual significa, estrictamente, operar en el protocolo y para el protocolo”³⁰.

Según Justiniano, los romanos llamaban protocollum al epígrafe o extracto que se colocaba en el inicio de todo contrato, siendo de tal naturaleza e importancia que su omisión acarrearba la nulidad del acto o contrato.

La palabra protocolo se deriva de la voz griega protos igual primero, principal; y, de la latina collum igual lugar, es decir el vocablo protocollum, literalmente es el primer lugar o el lugar principal.

Jurídicamente protocolo es la compilación ordenada de las escrituras de los actos y contratos (matrices) y otros documentos que el notario autoriza, y que ha dado fe de su otorgamiento durante un año y custodia con las formalidades de ley.

La Ley Notarial ecuatoriana no define al protocolo, sino únicamente enumera los documentos que lo componen, por lo cual, podríamos esbozar una definición de la siguiente forma: protocolo es la reunión ordenada cronológicamente de escrituras matrices, protocolizaciones y más actos autorizados por el notario con las formalidades que prescribe la ley para su validez. Usualmente en la práctica notarial, al protocolo se le denomina también archivo, pero esta denominación es el lugar físico, principal donde reposa los protocolos y los documentos extra protocolarios de la notaria.

Así Gómez Mercado expresa que el protocolo: “es la colección ordenada cronológicamente de escrituras, testamentos y notas autorizadas por fedatario en año y conservadas para siempre, como propiedad del Estado en uno o más tomos, observando en la redacción y solemnidades de aquellos las prescripciones de la ley y reglamentos, y en la formación y encuadernación de los referidos tomos las disposiciones referentes a la conservación de los mismos”.

La necesidad de conservar los actos autorizados por los funcionarios públicos en forma permanente y en absoluta seguridad; la reproducción de estos en copias y el posible fin de publicidad que emerge de estas

recopilaciones, señalan de manera evidente la importancia del protocolo notarial.

Las disposiciones que contienen los instrumentos notariales se realizan con vista al presente y futuro, el extravío puede producir modificaciones substanciales en los derechos y obligaciones contenidos en el instrumento, por lo cual, su conservación en el protocolo notarial se hace imprescindible, para garantizar el correcto cumplimiento de la voluntad de los otorgantes, debido a que aquel ofrece seguridad y certeza.

La Ley Notarial en el Art. 22 se establece “Los protocolos se formarán anualmente con las escrituras matrices y los documentos públicos o privados que el notario autoriza e incorpora por mandato de ley o por orden de autoridad competente o a petición de los interesados. Los protocolos pertenecen al Estado. Los notarios los conservarán en su poder como archiveros de los mismos bajo su responsabilidad”.

Para la formación del libro de protocolo, el notario debe observar los requisitos establecidos en el Art. 23 de la Ley Notarial. Básicamente estas disposiciones tienen por finalidad evitar que se inserten escrituras de manera indiscriminada y alteren el orden de este libro en mención, ya que dispone que todo el texto de la escritura debe realizarse con el mismo tipo de letra.

En la práctica se acostumbra utilizar la expresión protocolizar, que es simplemente incorporar en forma legal, un documento en forma cronológica, en el protocolo de una notaría. En ocasiones esta protocolización es obligatoria e impuesta por la ley, ya que los instrumentos protocolizados participan de la esencia del protocolo, son elementos intrínsecos que se funden en el mismo protocolo. Respecto al divorcio notarial de conformidad con el Art. 18 de la Ley Notarial numeral 22 se establece que a fin de dar seguridad jurídica a los instrumentos notariales, el notario deberá encargarse de que las copias del acta de divorcio se marginen en el Registro Civil. Asimismo la ley notarial señala que se protocolice la copia del acta con la razón de marginación del divorcio en el Registro Civil.

Igualmente la protocolización puede ser voluntaria a solicitud del peticionario con fines de conservación o custodia, y que a pesar de estar agregados tienen vida independiente.

En opinión del jurista Cabanellas, protocolización es: “incorporación que al protocolo hace el notario o escribano de las actas y documentos que autoriza y de aquellos que los particulares solicitan o las autoridades judiciales disponen”³¹. Como podemos apreciar, la protocolización no solamente se la hace para escrituras matrices o documentos autorizados por el notario, sino también de cualquier documento que los particulares crean necesario garantizar su conservación, así como actos o documentos que la ley dispone.

En conclusión podemos decir que la protocolización es un acto del funcionario por el cual este inserta en su protocolo determinados instrumentos, ya sea por disposición de la ley, ya por orden judicial o por peticionario de parte interesada con el patrocinio de un abogado.

La finalidad de la protocolización de un instrumento tiene varios objetivos según provengan de una disposición legal, o mandato judicial: dar fecha cierta a los instrumentos privados, facilitar la obtención de copias, garantizar la durabilidad del instrumento, etc.

El Art. 164 del Código de Procedimiento Civil señala que “el instrumento público es el autorizado con las solemnidades legales por el competente empleado. Si fuere otorgado ante el notario e incorporado en un protocolo, o registro público, se denominará escritura pública”, el mismo que tiene relación con el Art. 1716 del Código Civil. De lo cual se establece que todas las matrices o escrituras públicas que constan en el protocolo del notario son instrumentos públicos, los mismos que hacen fe y constituyen prueba en cualquier tiempo, inclusive las denominadas actas notariales que tienen relación a los actos de jurisdicción voluntaria.

Es importante señalar que “la escritura pública es el documento, matriz, otorgado por el Notario a petición

voluntaria de los otorgantes, que contiene uno o más actos jurídicos, con las formalidades que establece la ley.

Contiene uno o más actos jurídicos, que son celebrados por la partes voluntariamente.

Se incorpora obligatoriamente en el protocolo notarial. El contenido, cuya matriz esta guardado bajo responsabilidad del Notario, es el conocimiento de los otorgantes o de terceros mediante traslados notariales (testimonios, boletas, partes notariales, copias simples)".³²

Para Neri Roberto Muñoz la escritura pública "Es la autorizada por Notario en el protocolo a su cargo, a requerimiento de parte, en la que se hacen constar negocios jurídicos y declaraciones de voluntad, obligándose a sus otorgantes en los términos pactados"³³.

En cuanto a su valor jurídico y su eficacia la escritura pública tiene una característica especial y es que como instrumento público se basta a sí mismo. Por lo tanto que estructurada con todas las formalidades y requisitos legales, el acto producirá todos los efectos jurídicos que correspondan a su contenido sin recurrir a otro tipo de documentos que lo complementen, en cambio la protocolización es la incorporación de actos y contratos que la ley determina o aquellos actos que las partes voluntariamente hayan decidido incorporarlo al protocolo de la notaria con finalidad de que se custodie.

5.6 Inscripción

"La inscripción es la anotación en un registro público, de algún acto o contrato: del nacimiento de una persona; de una hipoteca; de un mandato; etc."³⁴

La inscripción es la etapa fundamental de ciertos actos y contratos para su perfeccionamiento, para que surtan sus efectos jurídicos y tengan seguridad jurídica quienes otorgan y frente a terceros. Así, la inscripción es la anotación o constancia que se deja en un registro público de hechos, actos y contratos.

Las principales inscripciones son las del Registro Civil, el Registro de la Propiedad, el Registro Mercantil.

En consecuencia, existe la inscripción de hechos y actos de estado civil, que se inscriben en el Registro Civil de Identificación y Cedulación como son los nacimientos, los reconocimientos de hijos, los matrimonios, las sentencias que declaran la nulidad de matrimonio, las sentencias de divorcio, las actas de divorcio, las defunciones, los decretos de muerte presunta y la posesión provisional o definitiva de los bienes del desaparecido, las adopciones, los decretos judiciales de interdicción o de rehabilitación y, en general, los hechos y actos que constituyen, modifican o extinguen un estado civil.

De igual manera existe la inscripción de escrituras públicas que son aquellas otorgadas ante el notario y protocolizadas en sus libros; son escrituras públicas que constituyen prueba plena de las declaraciones hechas por quienes las han otorgado.

En el Registro de la Propiedad se inscriben las escrituras públicas, las sentencias, decretos judiciales y disposiciones administrativas que de una u otra forma constituyen derechos reales sobre los inmuebles, o modifican esos derechos, los gravan, o declaran extinguidos.

También deben inscribirse otros documentos que no son escrituras otorgadas ante el notario sino instrumentos públicos, como los autos, decretos y sentencias que reconocen derechos adjudican inmuebles o derechos hereditarios. Se han de inscribir también las actas de constitución de personas jurídicas y los instrumentos que legalizan las sociedades nacionales o extranjeras.

La ley impone la necesidad de dejar constancia escrita de ciertas declaraciones de voluntad, en especial aquellas que pueden acarrear consecuencias jurídicas y económicas; por lo que deben perfeccionarse con la correspondiente inscripción.

Cabe señalar que existen varios principios del derecho registral como son el principio de legalidad, dispositivo, principio de la buena fe, el principio de la publicidad el mismo que es un medio importante por medio del cual la instrumentación jurídica se hace pública, vale decir, notoria, conocida por todos. Esto revela la importancia que se asigna a la publicidad como elemento complementario de los actos entre vivos y de las disposiciones de última voluntad. Con ello se consigue efectivizar cuanto negocio jurídico sea objeto de acto o contrato y simultáneamente, se logra evitar errores, vicios o fraudes perjudiciales a los derechos e intereses de las partes contratantes y de terceros interesados, y aun del propio Estado, que en su carácter de poder público es el encargado de custodiar y garantizar su seguridad y exactitud”.

El derecho registral es una especialidad jurídica que se encuentra vinculada con el principio de publicidad como mencioné en líneas anteriores. Emanada de una institución denominada registros públicos, dado que el registro nos otorga certidumbre, confianza, seguridad y verdad en relación con los actos que surgen de los sujetos legitimados para ello.

Los mecanismos eficaces de seguridad que otorga el Registro de la Propiedad y Mercantil, permite que los usuarios del sistema tengan confianza y credibilidad, ya que el derecho de propiedad sobre un bien merece todos los mecanismos necesarios para que exista seguridad en el registro de todo acto o contrato.

La inscripción en el Registro Civil es fundamental para el perfeccionamiento de ciertos actos o contratos como en el caso de divorcio en general, sea judicial o notarial ya que la sentencia o el acta notarial surten efectos jurídicos una vez inscrita en el Registro Civil, con ello los cónyuges pueden obtener su cédula de identidad, con su nuevo estado civil de divorciados, pueden justificar frente a terceros desde cuando se encuentran divorciados y con ello adquirir nuevos derechos y obligaciones.

De la misma forma con la marginación de la sentencia o acta notarial en la partida de matrimonio, permite que en la razón que asientan los funcionarios del Registro Civil, se indique el juzgado que tramitó la

causa, el número de expediente y la fecha en la que se dictó la sentencia; esto permite conocer y dejar constancia de cuando se produce el divorcio y con ello se da seguridad jurídica a la celebración de otros actos o contratos que se realicen en el futuro.

La disolución de la sociedad conyugal también es otra figura jurídica que para su perfeccionamiento necesita de la inscripción en el Registro Civil, ya que partir de su marginación surte efectos jurídicos anteriormente mencionados.

En la actualidad el Registro Civil es una institución de mucha importancia, ya que a través de la inscripción se perfecciona los actos y se brinda una titularidad cierta y notoria en cuanto al estado civil de las personas, su existencia legal con la inscripción de la partida de nacimiento, entre otras, a fin de precautelar los mismos con relación al solicitante y frente a terceros.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

De la investigación realizada, la primera conclusión y quizás la de mayor importancia que hemos podido llegar, luego del análisis de los capítulos precedentes, dejando a salvo el juicio de cada uno, y sin haber agotado el campo de investigación en el tema estudiado, es que la jurisdicción voluntaria constituye una de las importantes actividades del Estado, a través de los notarios a quienes se le ha encomendado esta noble labor, ya que el notario es garantía de legalidad tanto para los particulares como para el Estado.

En consecuencia, rigurosos estudios han puesto de manifiesto la aportación del servicio notarial al funcionamiento de la justicia. En efecto, al analizar sobre las evidencias prácticas, la relación entre intervención notarial y la litigiosidad civil, se ha demostrado que existe progresividad inversa. A más intervención notarial, menos litigiosidad.

El notario solemniza y autoriza las relaciones no conflictivas de las cuales se desprenden consecuencias jurídicas y que se encuentran separadas de las actuaciones judiciales, aprovechando de esta manera la eficacia y seguridad que concede el instrumento y protocolo notarial, además, descongestiona del inmenso cúmulo de tareas y labores que desempeñan los tribunales de justicia.

Desde el 8 de noviembre de 1996 con la publicación del Registro Oficial 64 se introdujeron importantes reformas a la Ley Notarial facultando al notario los asuntos de jurisdicción voluntaria entre ellos la disolución de la sociedad conyugal, la posesión efectiva, extinción del patrimonio familiar e insinuación para donar; posteriormente el 28 de Noviembre del 2006, Registro Oficial No 406 se ha otorgado acertadamente nuevas atribuciones como el divorcio por mutuo consentimiento, siempre y cuando no existan hijos menores de edad, ni bajo su dependencia, y la aprobación de la liquidación de la sociedad conyugal, atribuciones que contribuyen a la simplificación, eficacia, celeridad y economía procesal garantizada por la Constitución, y al descongestionamiento del sistema de justicia.

Aún cuando se han establecido importantes reformas, considero que las funciones del notario todavía son limitadas, ya que podrían ampliarse mucho más sus facultades, fundamentalmente en cuanto a algunos trámites administrativos en los que están de por medio acuerdos libres y voluntarios de las partes. Así, si el matrimonio es un acuerdo libre y voluntario, que se traduce en un contrato entre un hombre y una mujer, agregando a ello características solemnes. En tal virtud, considero que se debería ampliar sus facultades para que el notario público pueda celebrar los contratos de matrimonios, estableciendo la competencia al notario del domicilio de cualquiera de los cónyuges, pero sin restringir de ninguna manera la competencia administrativa del Registro Civil, esto es, que no debería ser privativa sino facultativa.

Frente a la posibilidad de ampliar las facultades de los notarios en cuanto a la celebración de matrimonios civiles, corresponderá cumplir con ciertos requisitos, como que los contrayentes sean mayores de edad, la comparecencia de dos testigos, dar fe de su estado civil, y que previo al trámite de celebración del

matrimonio se presente una petición de los futuros cónyuges con las formalidades exigidas para el divorcio por mutuo consentimiento como son: indicar sus nombres y apellidos completos, su edad, lugar de nacimiento, ocupación, domicilio, documentos de identificación nombres y apellidos de padres una declaración juramentada de no tener impedimentos legales para celebrar el matrimonio con el objeto de proporcionar mayor garantía a este acto solemne. A la solicitud de matrimonio se deberían agregar partidas de nacimiento de los contrayentes, así como documentos de identificación de los comparecientes, y su inscripción en el Registro Civil con los mismos requisitos que se procede para la inscripción del divorcio.

El divorcio por mutuo consentimiento ante el notario, como está concebido en la ley reformativa vigente, tiene algunos vacíos y precisa de una reforma o ampliación en los siguientes puntos: es necesario que dentro de los requisitos para el divorcio por mutuo consentimiento notarial se mencione bajo juramento que la existencia del vínculo matrimonial es actual, porque puede suceder que los comparecientes ya se hayan divorciado anteriormente y que por algún motivo lo hagan nuevamente ante el notario.

Accesoriamente es necesario que se establezca bajo juramento que la cónyuge al momento de presentarse el petitorio de divorcio no se encuentre en estado de gravidez, porque puede darse el caso que la misma lo oculte por cualquier motivo.

Si bien en el divorcio por mutuo consentimiento ante el notario, se lo puede realizar siempre y cuando los cónyuges no tengan hijos menores de edad o bajo su dependencia, tal declaración puede ser objeto de falsedad para que se celebre el divorcio, y frente a ello el notario, solemniza y aprueba el acto, considero que debería darse una mayor fuerza en la ley reformativa notarial de manera que realicen la declaración juramentada expresamente se mencione que en caso de falsedad serán sujetos de responsabilidad penal, la misma que será sancionada por el juez competente, con la finalidad de que se proteja los derechos fundamentales de la familia y de los menores de edad.

Considero que el notario podría tener la facultad que el divorcio notarial se realice incluso con menores de edad o bajo su dependencia siempre y cuando exista un acta transaccional de mutuo acuerdo entre las partes donde ratifican su voluntad de divorciarse y determinar las condiciones y derechos de los menores respecto a la tenencia, alimentos, visitas de los menores pero siempre sujetos a ley.

Si bien la sociedad conyugal puede disolverse ante el notario y/o ante el juez de lo Civil de conformidad con el Art. 217 del Código Civil, el restablecimiento de la sociedad conyugal debería ser atribución de los notarios en la medida que los cónyuges puedan acudir en cualquier tiempo de mutuo acuerdo y solicitar al notario que se declare terminada la separación de la sociedad conyugal, ya que en derecho los actos se deshacen conforme se hacen, para ello bastará la declaración conjunta de los cónyuges, por escrito, luego de lo cual reconocidas las firmas debería autorizar el restablecimiento de la sociedad conyugal y ordenar que se inscriba en el Registro Civil y de la Propiedad del respectivo cantón, y tomando nota al margen del documento que autorizo la marginación. En tal virtud se restablecerán los derechos y obligaciones entre los cónyuges y su régimen de gananciales si establecieron en capitulaciones matrimoniales, todo de conformidad con el Art. 221 del Código Civil Codificado.

Del estudio realizado sobre la división de la sociedad de gananciales como conocemos nace al momento de suscribir el acta del matrimonio, así los bienes adquiridos antes del matrimonio, capitulaciones matrimoniales, o a título gratuito como son las donaciones y legados, son bienes de exclusiva disposición de cada uno de los cónyuges, pero existen muchas ocasiones que se adquieren bienes durante la sociedad conyugal que se partirán en un momento dado, es decir, toca identificar cuáles son los bienes que conforman el haber de la sociedad conyugal y su pasivo que son deudas que contrae la sociedad y que también se parten.

En consecuencia al ser la familia la célula de sociedad considero necesario que debe establecerse en forma

clara y precisa los bienes que conforman el haber absoluto y relativo de la sociedad conyugal, así como el pasivo absoluto o social y el relativo o personal, estableciendo de esta manera una correcta y buena aplicación de la normativa, por cuanto es un tema de conflicto al no estar en forma taxativa en nuestra legislación, con lo cual se delimita que bienes corresponden a cada uno de los cónyuges en forma clara.

Por las razones expuestas, recomiendo que se realicen algunas reformas a esta institución que tiendan a dar mayor estabilidad y firmeza a la familia que es el pilar de nuestra sociedad. Así, el Art. 157 del Código Civil al hablar, sobre el haber de la sociedad conyugal expresa que debería dividirse en haber absoluto y relativo

El **haber absoluto** son bienes que una vez disuelta la sociedad conyugal ingresan en su totalidad y está conformado por:

- a) Los salarios y emolumentos de todo genero de empleos y oficios, devengados durante el matrimonio;
- b) 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; y,
- c) Todos los bienes que cualquiera de los cónyuges adquiriera durante el matrimonio, a título oneroso.

Haber relativo son los bienes que una vez disuelta la sociedad conyugal regresarán al cónyuge que los aportó. El haber relativo se conforma por:

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

Las reglas anteriores pueden modificarse mediante las capitulaciones matrimoniales conforme a lo dispuesto en el Art. 152 del Código Civil.

Adicionalmente debería sustituirse el Art. 171 del Código Civil sobre el pasivo de la sociedad conyugal, el mismo que debería dividirse en pasivo absoluto o social y en pasivo relativo o personal.

El **pasivo absoluto o social**, estará constituido por la totalidad de las deudas que deberán ser cubiertas por la sociedad conyugal, y se conformará por:

- a) Las pensiones e intereses que corran, sea contra la sociedad, sea contra cualquiera de los cónyuges, y que se devenguen durante la sociedad;
- b) Las deudas y obligaciones que correspondan de conformidad con el Art. 147 C.C. y que no fuesen personales de uno de los cónyuges, como las que contrae para el establecimiento de los hijos de uno de ellos;
- c) Las cargas y reparaciones usufructuarias de los bienes sociales; y,
- d) Del mantenimiento, educación y establecimiento de los descendientes comunes; y de cualquiera otra carga de familia.

Pasivo relativo o personal son aquellas deudas por las que responde cada uno de los cónyuges. Se integrarían por:

- a) Las deudas personales de cada uno de los cónyuges, quedando el deudor obligado a compensar a la sociedad lo que esta invierta en ello.

Por deuda personal entendemos las contraídas antes del matrimonio; las que se han contraído producto de un delito o cuasidelito cometido por uno de los cónyuges durante la sociedad conyugal; las pensiones alimenticias que los cónyuges deban pagar por imposición de la ley, etc.

Con relación a los juicios tanto de inventarios como en el de partición en relación a la sociedad conyugal, estos tienen que ajustarse al trámite estipulado para el caso de herencias por causa de muerte, porque no existe un procedimiento especial para los bienes de la sociedad conyugal.

Tanto la formación de inventario como el juicio de partición, no tiene su trámite especial, como en efecto lo es el procedimiento sobre los bienes hereditarios, que difieren mucho de los que corresponden a la sociedad conyugal. En la sociedad conyugal son parte procesal solamente los cónyuges; mientras que en el derecho sucesorio concurren todos los herederos, legatarios, e incluso terceros, que pueden ser muy numerosos, por lo que el proceso mismo es muy controvertido; y, asimismo, deben cumplirse solemnidades y formalidades. En la práctica los juicios de inventario y de partición de bienes hereditarios, han resuelto lamentablemente eternos, por lo que debe legislarse para que no se admita la creación de tantos incidentes en un proceso, ya que la única finalidad de la contraparte en muchos casos es dilatar la ejecución de un fallo.

El estudio de la unión de hecho no ha sido objeto de análisis en el presente trabajo, pero considero que debe tomarse en cuenta, ya que la actual Constitución equipara a la unión de hecho entre dos personas con el matrimonio. Así, el Art. 68 señala lo siguiente: “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 solo a parejas de distinto sexo”.

Es decir, que la unión de hecho en el Art. 222 del Código Civil se encuentra en contradicción con la Constitución, en lo relativo a que podrá conformarse entre dos personas, sin contemplación del sexo. Pero con relación a la sociedad de bienes no hay variación alguna, ya que ambas uniones tienen el mismo tratamiento ante la ley y la Constitución, en tales circunstancias la Ley Notarial amerita ser reformada al conceder al notario la atribución de disolver y liquidar la sociedad de bienes conformada por la unión de hecho, siempre y cuando la pareja haya formalizado su unión mediante escritura pública, acta notarial o documento reconocido judicialmente.

Resumiendo, el notariado es una institución necesaria en las distintas sociedades desde tiempos remotos, ya que su función cumple con las necesidades de las personas que pretenden autenticar determinados actos jurídicos o hacer constar hechos jurídicos. De esta manera el notario dotado con las atribuciones que le confiere el Estado puede ejercer su función en beneficio de las personas, ya que su función primordial según el maestro Larraud es asistir a los particulares para facilitarles la realización espontánea, pacífica del derecho, y a cuyo alcance el ordenamiento jurídico pone un conjunto de medios de procedimientos técnicos que quien necesita utiliza como método para cumplir su función.

Aprovechando el comentario del maestro Larraud, consideramos acertada tal afirmación en el sentido de que el notario debe facilitar a los particulares la realización del derecho; ya que como conocedor del mismo podrá orientar y asesorar a las partes, tal y como lo establece la ley. Deberá entonces apoyarse en aquellos medios de los cuales habla Larraud, que le son conferidos por la ley.

El efectivo resultado adquirido en las naciones cuyas legislaciones admiten y regulan, constituyen un excelente argumento para que la actividad notarial pueda impulsar la mayor intervención del notario en procesos no contenciosos (jurisdicción voluntaria) como medio para lograr una mejor y más ágil administración de justicia. Tal circunstancia alivia a los tribunales de la tarea administrativa que implica la atención de esta clase de asuntos. El despojar a los juzgados de esa carga de mero trámite y sustituir la

autenticidad del actuario por la del notario permitirá, como hemos afirmado, una mejor atención de los procesos contenciosos y la concentración del esfuerzo del magistrado en su natural y propia función, el impartir justicia.

BIBLIOGRAFÍA

1. ABELLA, Adriana: *Derecho Notarial*, Zavalia, Argentina, 2005.
2. ARGUELLO, Luis Rodolfo: *Manual de Derecho Romano, Historia e Instituciones*, Astrea de Alfredo y Ricardo Depaldo, Buenos Aires, 1998.
3. CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario de Derecho Usual*, Editorial Heliasta S.R.L., Tercera Edición, 1976.
4. CARVAJAL, Bequer, Flor: *Práctica Notarial y Registral*, Editores Edilex S.A. 2007.
5. CASTILLO Ogando, Nelson Rudys: *Manual de Derecho Notarial*, Ediciones Trajano Potentini, tomo I, República Dominicana, 2007.
6. Código Civil Ecuatoriano.
7. Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano.
8. Constitución Política del Ecuador, 2008
9. COELLO García, Enrique: *Sistema Procesal Civil, Jurisdicción y Competencia*, Fondo de Cultura Ecuatoriana, Tomo I, 1991.
10. COLIN, Ambrosi y Capitant Henry: *Derecho Civil Regímenes Matrimoniales*, Tomo I, Tomo II, Editorial Jurídica Universitaria, 2002.
11. *Diccionario Jurídico Espasa, Espasa*,
12. EDICIONES DE PALMA: *Tratado Teórico y Práctica de Derecho Notarial*, volumen V, Instituciones Jurídicas, Buenos Aires, 1981.
13. ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, tomo XXIV, Editorial Bibliográfica Argentina, 1968.
14. GARCÍA Falconí, José: *Manual de Práctica Procesal El Juicio de Divorcio por Causales*, Quito, Ecuador, 1992.
15. GATTARI, Carlos Nicolás: *Vocabulario Jurídico Notarial*, Declama, Buenos Aires, 1998.
16. GIMÉNEZ, Arnau, Enrique: *Derecho Notarial*, Pamplona, Editorial Gómez, 1976.
17. GONZÁLEZ, Boris Barrio: *Derecho Notarial Panameño*, Cultural Portobelo, Panamá, 2006.
18. HIGHTON, Elena, VITALE, Angélica: *La Función Notarial La Comunidad Globalizada*, Rubinzal Culzoni, Argentina, 2005.

19. LAMBER, Rubén Augusto: *La Escritura Pública*, Fundación Editora Notarial FEN, tomo II, Buenos Aires, 2004.
20. LARREA HOLGUÍN, Juan: *Diccionario de Derecho Civil*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2006.
21. LARREA HOLGUIN, Juan: *Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana Derecho Civil*, Tomo III, Voces del Derecho Civil, 2005.
22. Ley Reformativa Notarial, Registro Oficial No 406 de fecha 28 de Noviembre del 2006.
23. MARTÍNEZ, Yaya, Carlos: *Práctica Notarial y de registro*, Temis, Bogotá, 2002
24. MOUCHET, Carlos, ZORRAQUIN, Ricardo: *Introducción al Derecho*, Editorial Perrot, Buenos Aires
25. NERI, Argentino: *Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial*, Ediciones Depalma, Volumen IV, Buenos Aires, 1981.
26. PELOSI, Carlos A: *El documento Notarial*, Editorial, Astrea, 1980.
27. PONCE MARTÍNEZ, Alejandro: *Derecho Procesal Orgánico*, Fundación Antonio Quevedo, Quito, Ecuador, 1991.
28. RODRIGUEZ, Adrados, Antonio: *Escritos Jurídicas*, Colegios Notariales de España, Volumen II Madrid, 1996.
29. SALGADO, Francisco: *Instituciones de Derecho Civil, Personas II*, Letramia, Quito, 2002.
30. VALAREZO, Luis: *Los Bienes de la Sociedad Conyugal*, Ecuador.
31. ZINNY, Mario Antonio: *El Acto Notarial*, Depalma, 2da Edición, Buenos Aires, 2000.

ANEXOS



REPÚBLICA DEL ECUADOR
DEPARTAMENTO DE INFORMÁTICA

OFICIO No. DI- DDP-CNJ-2008-MY026
Quito, 02 de Diciembre de 2008

Dra. Karina López
Presente.

De mi consideración:

En contestación a la solicitud recibida el 24 de Noviembre de 2008, adjunto impreso en 2 fojas las estadísticas de causas ingresadas en divorcio por mutuo consentimiento y por causales, en los Juzgados de lo Civil de Pichincha en los años 2007 y 2008. Esta información se encuentra registrada en el Sistema Automático de Trámite Judicial Ecuatoriano "SATJE" y en el internet.

Quedo de Usted, muy atentamente,


Ing. Ruperto Amaguai
**JEFE DEL DEPARTAMENTO DE INFORMÁTICA
CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA
DELEGACIÓN DISTRITAL DE PICHINCHA**

**ESTADISTICAS DE CAUSAS INGRESADAS POR DIVORCIO A LOS JUZGADOS CIVILES DE PICHINCHA
AÑO 2007**

Judicatura	Tipo Juicio	Accion	Juicios
JUZGADO PRIMERO DE LO CIVIL	VERBAL SUMARIO	DIVORCIO POR CAUSAL	187
	ESPECIAL	DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO	168
JUZGADO SEGUNDO DE LO CIVIL	VERBAL SUMARIO	DIVORCIO POR CAUSAL	196
	ESPECIAL	DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO	195
JUZGADO TERCERO DE LO CIVIL	VERBAL SUMARIO	DIVORCIO POR CAUSAL	183
	ESPECIAL	DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO	199
JUZGADO CUARTO DE LO CIVIL	VERBAL SUMARIO	DIVORCIO POR CAUSAL	159
	ESPECIAL	DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO	172
JUZGADO QUINTO DE LO CIVIL	VERBAL SUMARIO	DIVORCIO POR CAUSAL	167
	ESPECIAL	DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO	204
JUZGADO SEXTO DE LO CIVIL	VERBAL SUMARIO	DIVORCIO POR CAUSAL	173
	ESPECIAL	DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO	159
JUZGADO SEPTIMO DE LO CIVIL	VERBAL SUMARIO	DIVORCIO POR CAUSAL	166
	ESPECIAL	DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO	189
JUZGADO OCTAVO DE LO CIVIL	VERBAL SUMARIO	DIVORCIO POR CAUSAL	174
	ESPECIAL	DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO	194
JUZGADO NOVENO DE LO CIVIL	VERBAL SUMARIO	DIVORCIO POR CAUSAL	186
	ESPECIAL	DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO	204
JUZGADO DECIMO DE LO CIVIL	VERBAL SUMARIO	DIVORCIO POR CAUSAL	174
	ESPECIAL	DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO	192
JUZGADO DECIMO PRIMERO DE LO CIVIL	VERBAL SUMARIO	DIVORCIO POR CAUSAL	172
	ESPECIAL	DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO	211
JUZGADO DECIMO SEGUNDO DE LO CIVIL	VERBAL SUMARIO	DIVORCIO POR CAUSAL	160
	ESPECIAL	DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO	188
JUZGADO DECIMO TERCERO DE LO CIVIL	VERBAL SUMARIO	DIVORCIO POR CAUSAL	172
	ESPECIAL	DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO	207
JUZGADO VIGESIMO DE LO CIVIL	VERBAL SUMARIO	DIVORCIO POR CAUSAL	197
	ESPECIAL	DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO	160
JUZGADO VIGESIMO PRIMERO DE LO CIVIL	VERBAL SUMARIO	DIVORCIO POR CAUSAL	147
	ESPECIAL	DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO	168
JUZGADO VIGESIMO TERCERO DE LO CIVIL	VERBAL SUMARIO	DIVORCIO POR CAUSAL	164
	ESPECIAL	DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO	184
JUZGADO VIGESIMO CUARTO DE LO CIVIL	VERBAL SUMARIO	DIVORCIO POR CAUSAL	167
	ESPECIAL	DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO	209
JUZGADO VIGESIMO QUINTO DE LO CIVIL	VERBAL SUMARIO	DIVORCIO POR CAUSAL	168
	ESPECIAL	DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO	199
TOTAL POR DIVORCIOS 2007			6514

**ESTADISTICAS DE CAUSAS INGRESADAS POR DIVORCIO A LOS JUZGADOS CIVILES DE PICHINCHA
AÑO 2008**

Judicatura	Tipo Juicio	Accion	Juicios
JUZGADO PRIMERO DE LO CIVIL	VERBAL SUMARIO	DIVORCIO POR CAUSAL	175
	ESPECIAL	DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO	210
JUZGADO SEGUNDO DE LO CIVIL	VERBAL SUMARIO	DIVORCIO POR CAUSAL	195

	ESPECIAL	DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO	193
JUZGADO TERCERO DE LO CIVIL	VERBAL SUMARIO	DIVORCIO POR CAUSAL	198
	ESPECIAL	DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO	203
JUZGADO CUARTO DE LO CIVIL	VERBAL SUMARIO	DIVORCIO POR CAUSAL	189
	ESPECIAL	DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO	185
JUZGADO QUINTO DE LO CIVIL	VERBAL SUMARIO	DIVORCIO POR CAUSAL	200
	ESPECIAL	DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO	184
JUZGADO SEXTO DE LO CIVIL	VERBAL SUMARIO	DIVORCIO POR CAUSAL	182
	ESPECIAL	DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO	197
JUZGADO SEPTIMO DE LO CIVIL	VERBAL SUMARIO	DIVORCIO POR CAUSAL	190
	ESPECIAL	DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO	207
JUZGADO OCTAVO DE LO CIVIL	VERBAL SUMARIO	DIVORCIO POR CAUSAL	178
	ESPECIAL	DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO	196
JUZGADO NOVENO DE LO CIVIL	VERBAL SUMARIO	DIVORCIO POR CAUSAL	191
	ESPECIAL	DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO	190
JUZGADO DECIMO DE LO CIVIL	VERBAL SUMARIO	DIVORCIO POR CAUSAL	162
	ESPECIAL	DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO	187
JUZGADO DECIMO PRIMERO DE LO CIVIL	VERBAL SUMARIO	DIVORCIO POR CAUSAL	160
	ESPECIAL	DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO	208
JUZGADO DECIMO SEGUNDO DE LO CIVIL	VERBAL SUMARIO	DIVORCIO POR CAUSAL	183
	ESPECIAL	DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO	182
JUZGADO DECIMO TERCERO DE LO CIVIL	VERBAL SUMARIO	DIVORCIO POR CAUSAL	177
	ESPECIAL	DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO	215
JUZGADO VIGESIMO DE LO CIVIL	VERBAL SUMARIO	DIVORCIO POR CAUSAL	184
	ESPECIAL	DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO	197
JUZGADO VIGESIMO PRIMERO DE LO CIVIL	VERBAL SUMARIO	DIVORCIO POR CAUSAL	186
	ESPECIAL	DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO	209
JUZGADO VIGESIMO TERCERO DE LO CIVIL	VERBAL SUMARIO	DIVORCIO POR CAUSAL	188
	ESPECIAL	DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO	193
JUZGADO VIGESIMO CUARTO DE LO CIVIL	VERBAL SUMARIO	DIVORCIO POR CAUSAL	205
	ESPECIAL	DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO	194
JUZGADO VIGESIMO QUINTO DE LO CIVIL	VERBAL SUMARIO	DIVORCIO POR CAUSAL	156
	ESPECIAL	DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO	175
TOTAL POR DIVORCIOS 2008			6824