



unl

Universidad  
Nacional  
de Loja

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA**  
**FACULTAD JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA**  
**CARRERA DE DERECHO**

**Título:**

**“INCONGRUENCIAS JURÍDICAS EN LA DECLARATORIA DE  
EXTINCIÓN DE PATRIMONIO FAMILIAR POR PARTE DEL  
NOTARIO PÚBLICO”**

Tesis previa a la obtención del Grado de Licenciada en Jurisprudencia y Título de Abogada de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador.

**AUTORA:** Karla Elizabeth Herrera Herrera

**DIRECTOR:** Dr. Rolando Johnatan Macas Saritama, Mg. Sc.

**Loja – Ecuador**  
**2021**

## **CERTIFICACIÓN**

Dr. Rolando Johnatan Macas Saritama. Mg. Sc.

**DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO DE LA FACULTAD JURÍDICA SOCIAL Y ADMINISTRATIVA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA.**

### **CERTIFICO**

Que el presente trabajo de investigación jurídica, elaborado por la señorita Karla Elizabeth Herrera Herrera, titulado: **“INCONGRUENCIAS JURÍDICAS EN LA DECLARATORIA DE EXTINCIÓN DE PATRIMONIO FAMILIAR POR PARTE DEL NOTARIO PÚBLICO”**, ha sido dirigido, corregido y revisado cuidadosamente en su forma y contenido de acuerdo a las normas de graduación vigentes en el Reglamento del Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja, y de conformidad al plazo establecido en el cronograma del proyecto de tesis legalmente aprobado, su ejecución se encuentra en un 100%, por lo que autorizo su presentación ante el respectivo Tribunal de Grado.

Loja, 05 de julio de 2021

---

**Dr. Rolando Johnatan Macas Saritama. Mg. Sc.**  
**DIRECTOR DE TESIS**

## **AUTORÍA**

Yo, Karla Elizabeth Herrera Herrera, declaro ser autora del presente trabajo de tesis y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicos de posibles reclamos o acciones legales, por el contenido de la misma.

Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja, la publicación de mi tesis en el Repositorio Institucional-Biblioteca Virtual.

**Autora:** Karla Elizabeth Herrera Herrera

**Firma:** \_\_\_\_\_

**Cédula:** 1150024287

**Fecha:** Loja, 05 de julio de 2021

**CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS POR PARTE DE LA AUTORA, PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TEXTO COMPLETO.**

Yo, Karla Elizabeth Herrera Herrera, declaro ser autora de la tesis titulada: “INCONGRUENCIAS JURÍDICAS EN LA DECLARATORIA DE EXTINCIÓN DE PATRIMONIO FAMILIAR POR PARTE DEL NOTARIO PÚBLICO”, como requisito para optar al Grado de Abogada; autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que con fines académicos, muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital Institucional:

Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en el RDI, en las redes de información del país y del exterior, con las cuales tenga convenio la Universidad.

La Universidad Nacional de Loja, no se responsabiliza por el plagio o copia de la tesis que realice un tercero.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los 11 días del mes de agosto de dos mil veintiuno, firma la autora.

**Firma:** .....

**Autor:** Karla Elizabeth Herrera Herrera

**Cédula N°:** 1150024287

**Dirección:** Bolívar entre 1ero de Mayo y Av. Catamayo.

**Correo Electrónico:** kehh-2652@hotmail.com

**Teléfono Celular:** 0967031664    Convencional: 2678045

**DATOS COMPLEMENTARIOS.**

**Director de Tesis:** Dr. Rolando Johnatan Macas Saritama. Mg. Sc.

**Tribunal de Grado:**

**Presidente:** Dra. Paz Piedad Rengel Maldonado. Mg. Sc

**Vocal:** Abg. Erika Annabell Yaguana Rodriguez. Mg. Sc

**Vocal:** Dr. Mauricio Paul Quito Ramón. Mg. Sc.

## **DEDICATORIA**

El presente trabajo investigativo lo dedico en primer lugar a Jehová, quien me ha guiado con su sabiduría, a fin de concluir una meta en mi vida.

A mis padres Medardo Herrera y Carmen Herrera, a mi hermana Odalis Herrera, quienes a través de sus consejos, ejemplo y sacrificio han hecho posible la culminación de mi carrera profesional; así también a mis amigos, quienes han sido un pilar fundamental para mí, en el transcurso de la carrera.

**La Autora**

## **AGRADECIMIENTO**

Al haber culminado satisfactoriamente la presente Tesis, dejo constancia de mi inmensa gratitud a la Universidad Nacional de Loja, y a los notables catedráticos universitarios que nos impartieron sus conocimientos en nuestra formación académica. De manera especial agradezco al Dr. Rolando Johnatan Macas Saritama. Mg. Sc., ilustre maestro universitario, quien con su sabiduría, abnegación y profesionalismo dirigió la investigación social y jurídica de esta tesis, aportando en todo momento para la mejor realización del mismo.

A todas las personas que de una u otra forma han brindado su aporte para la realización de este trabajo.

**La Autora**

## ESQUEMA DE CONTENIDOS

- I. Portada
- II. Certificación
- III. Autoría
- IV. Carta de Autorización
- V. Dedicatoria
- VI. Agradecimiento
- VII. Esquema de Contenidos
  - 1. **TÍTULO**
  - 2. **RESUMEN**
    - 2.1. Abstract
  - 3. **INTRODUCCIÓN**
  - 4. **REVISIÓN DE LITERATURA**
    - 4.1. Marco Conceptual
      - 4.1.1. Derecho Notarial
      - 4.1.2. El Notario
      - 4.1.3. Derecho Patrimonial
      - 4.1.4. La Familia
      - 4.1.5. El Patrimonio Familiar
      - 4.1.6. El derecho a la seguridad jurídica
      - 4.1.7. El principio de legalidad
      - 4.1.8. La extinción del patrimonio familiar

- 4.1.9. La subrogación del patrimonio familiar
- 4.1.10. Incongruencia jurídica
- 4.2. Marco Doctrinario
  - 4.2.1. Historia del Derecho Notarial Ecuatoriano
  - 4.2.2. La unidad jurisdiccional
  - 4.2.3. Antecedentes históricos del patrimonio familiar
  - 4.2.4. Constitución del patrimonio familiar
    - 4.2.4.1. Constituyentes
    - 4.2.4.2. Beneficiarios
  - 4.2.5. Diferenciación entre extinción y subrogación del patrimonio familiar
  - 4.2.6. La extinción del patrimonio familiar en sede notarial
  - 4.2.7. El derecho a la seguridad jurídica respecto de la extinción del patrimonio familiar
  - 4.2.8. El principio de legalidad en la regulación de la extinción del patrimonio familiar
  - 4.2.9. La contradicción jurídica respecto de la regulación de la extinción o subrogación del patrimonio familiar en la Ley Notarial
- 4.3. Marco Jurídico
  - 4.3.1. Constitución de la República del Ecuador
  - 4.3.2. Instrumentos Internacionales
    - 4.3.2.1. La Declaración Universal de Derechos Humanos



4.3.2.2. Pacto Internacional de los Derechos Económicos,  
Sociales y Culturales

4.3.2.3. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del  
Hombre

4.3.3. Código Orgánico de la Función Judicial

4.3.4. Código Orgánico General de Procesos

4.3.5. Código Civil

4.3.6. Ley Notarial

4.4. Derecho Comparado

4.4.1. Ley que Autoriza la Constitución de Patrimonios de Familia no  
Embargables de la República de Colombia

4.4.2. Código Civil de los Estados Unidos Mexicanos

4.4.3. Código Civil de la República de Perú

4.4.4. Código de las Familias y del Proceso Familiar del Estado  
Plurinacional de Bolivia

## **5. MATERIALES Y MÉTODOS**

5.1. Materiales Utilizados

5.2. Métodos

5.3. Técnicas

5.4. Observación Documental

## **6. RESULTADOS**

6.1. Resultados de las Encuestas

6.2. Resultados de Entrevista

6.3. Estudio de Casos

6.4. Análisis de Datos Estadísticos

## **7. DISCUSIÓN**

7.1. Verificación de los Objetivos

7.1.1. Objetivo General:

7.1.2. Objetivos Específicos:

7.2. Contrastación de Hipótesis

7.3. Fundamentación Jurídica de la Propuesta de Reforma Legal

## **8. CONCLUSIONES**

## **9. RECOMENDACIONES**

9.1. Proyecto de Reforma Legal

## **10. BIBLIOGRAFÍA**

## **11. ANEXOS**

11.1. Cuestionario Encuestas y Entrevistas

11.2. Proyecto Aprobado.

## **12. ÍNDICE**

## **1. TÍTULO**

“INCONGRUENCIAS JURÍDICAS EN LA DECLARATORIA DE  
EXTINCIÓN DE PATRIMONIO FAMILIAR POR PARTE DEL NOTARIO  
PÚBLICO”

## **2. RESUMEN**

La presente tesis de grado lleva por título “INCONGRUENCIAS JURÍDICAS EN LA DECLARATORIA DE EXTINCIÓN DEL PATRIMONIO FAMILIAR POR PARTE DEL NOTARIO PÚBLICO”, y surge de la necesidad de realizar un análisis a la Ley Notarial, sobre las atribuciones del Notario, en concreto para realizar la extinción del patrimonio familiar; sin embargo de acuerdo a como se encuentra redactada esta atribución, el Notario se ha extralimitado en sus funciones y ha declarado la extinción por todas las causales que se encuentran tipificadas en el Código Civil, cuando en este cuerpo legal se señala únicamente el numeral cuatro, es decir por subrogación, como atribución del Notario para extinguir el patrimonio familiar ya constituido, de esta manera se violan los derechos de los beneficiarios a dicho patrimonio y al debido proceso. Es así que la presente investigación, va encaminada a establecer un fundamento conceptual, doctrinario, jurídico y comparado, en donde se demuestra que el Notario Público no tiene la competencia para declarar la extinción del patrimonio familiar por causas distintas a la establecida en el Código Civil, esto debido a la falta de claridad en la redacción de la norma Notarial, generando de esta forma una contradicción con lo que establece la normativa civil de nuestro país, además de tomar competencias que únicamente le corresponden a los Jueces de lo Civil o Jueces Multicompetentes de ser el caso.

En el desarrollo de la tesis se aplicaron materiales y métodos para desarrollar la presente investigación jurídica, además se realizaron entrevistas y encuestas a profesionales de Derecho que conocían la problemática, resultados que sirvieron para plantear un proyecto de reforma legal a la Ley Notarial en el artículo 18 numeral 10 para

garantizar los derechos de los beneficiarios al patrimonio familiar, seguridad jurídica, y debido proceso, establecidos en la Constitución de la República del Ecuador.

## **2.1. Abstract**

This degree thesis is entitled "LEGAL INCONGRUENCES IN THE DECLARATION OF THE EXTINCTION OF FAMILY HERITAGE BY THE NOTARY PUBLIC", and arises from the need to carry out an analysis of the Notary Law, on the attributions of the Notary, specifically to carry out the extinction of the family patrimony; However, according to how this attribution is drafted, the Notary Public has exceeded his functions and has declared the extinction for all the causes that are typified in the Civil Code, when in this legal body only number four is indicated, in other words, by subrogation, as an attribution of the Notary to extinguish the already constituted family patrimony, in this way the rights of the beneficiaries to said patrimony and due process are violated. Thus, the present investigation is aimed at establishing a conceptual, doctrinal, legal and comparative foundation, where it is shown that the Notary Public does not have the competence to declare the extinction of the family patrimony for reasons other than that established in the Civil Code This is due to the lack of clarity in the drafting of the Notarial standard, thus generating a contradiction with what is established in the civil regulations of our country, in addition to taking powers that only correspond to the Civil Judges or Multicompetent Judges if this is the case.

In the development of the thesis, materials and methods were applied to develop this legal research, in addition, interviews and surveys were carried out with legal professionals who knew the problem, results that served to propose a legal reform project to the Notary Law in the article 18 numeral 10 to guarantee the rights of the beneficiaries

to the family patrimony, legal security, and due process, established in the Constitution of the Republic of Ecuador.

### **3. INTRODUCCIÓN**

La presente investigación jurídica lleva como título: “Incongruencias jurídicas en la declaratoria de extinción de patrimonio familiar por parte del Notario Público”, el patrimonio familiar, por ser una limitación al dominio, se encuentra regulado principalmente en el Código Civil, que establece todo lo concerniente a esta institución jurídica, refiriéndose también a las causales por las cuales puede extinguirse dicho patrimonio.

Al revisar el régimen jurídico previsto en la legislación ecuatoriana, podemos observar que por disposición del numeral 10 del Art. 18 de la Ley Notarial, puede declarar la extinción del patrimonio familiar el Notario, en dicha norma se evidencia una falta de claridad debido que declara la potestad exclusiva del notario de declarar la extinción o subrogación del patrimonio familiar, dando a entender que extinción y subrogación son dos cosas diferentes y que el Notario puede declarar la extinción por cualquiera de las causales previstas en la Ley. Situación ésta que es contradictoria con lo señalado en el Art. 851 del Código Civil ecuatoriano, en donde de forma clara se establece que el único caso de extinción del patrimonio familiar en el que puede intervenir el Notario, es la subrogación, que es el reemplazo o sustitución del bien sobre el que está constituido el patrimonio por otro, considerando el interés común y la conveniencia para todos los beneficiarios.

La falta de claridad en la Ley Notarial, sobre la extinción por subrogación ha generado una problemática que se manifiesta en la extralimitación de funciones por parte de los Notarios, que intervienen declarando la extinción por causales distintas a la



subrogación, generando de esta forma una inseguridad jurídica, especialmente para las personas que tienen la condición de beneficiarias.

En la presente tesis se verificaron los siguientes objetivos, un objetivo general que consiste en realizar un estudio conceptual, doctrinario, jurídico y comparado acerca de la declaratoria de extinción del patrimonio familiar, además se contrastaron los siguientes objetivos específicos que se detallan a continuación: Primer objetivo específico, demostrar la contradicción legal surgida entre el Código Civil y Ley notarial en lo concerniente a la extinción de patrimonio familiar; segundo objetivo específico, determinar las extralimitaciones en sus atribuciones que tiene el Notario Público para emitir la declaratoria de extinción de patrimonio familiar, y un tercer objetivo específico, presentar un proyecto de reforma a la Ley Notarial que precise las atribuciones del Notario Público en la declaratoria de extinción de patrimonio familiar.

La hipótesis que se ha contrastado positivamente conforme a la información obtenida, reportada y analizada es la siguiente: “La falta de precisión en la Ley Notarial en cuanto a las atribuciones del Notario Público para declarar la extinción del patrimonio familiar, ha permitido su extralimitación, generando inseguridad jurídica de sus actos”.

En el trabajo se presenta una revisión de literatura, que contempla el desarrollo conceptual, doctrinario y jurídico. En el marco conceptual se abordan los temas: derecho notarial, el notario, derecho patrimonial, el patrimonio familiar, el derecho a la seguridad jurídica, el principio de legalidad, la extinción del patrimonio familiar, la subrogación del patrimonio familiar. En el marco doctrinario se estudia la historia del derecho notarial ecuatoriano, la unidad jurisdiccional, antecedentes históricos del patrimonio familiar, la

constitución del patrimonio familiar, constituyentes y beneficiarios, la diferenciación entre extinción y subrogación del patrimonio familiar, la extinción del patrimonio familiar en sede notarial, el derecho a la seguridad jurídica respecto de la extinción del patrimonio familiar, el principio de legalidad en la regulación de la extinción del patrimonio familiar. En el marco jurídico se estudian las normas previstas en la Constitución de la República del Ecuador, los instrumentos jurídicos internacionales como: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Código Orgánico de la Función Judicial, el Código Orgánico General de Procesos, el Código Civil ecuatoriano y la Ley Notarial. Finaliza la revisión de los elementos jurídicos con un análisis de la legislación comparada, en donde se estudian las normas pertinentes de: la ley que autoriza la Constitución de Patrimonios de Familia no Embargables de la República de Colombia, el Código Civil de los Estados Unidos Mexicanos, el Código Civil de la República de Perú y el Código de las Familias y del Proceso Familiar del Estado Plurinacional de Bolivia.

Se presenta como parte del contenido el detalle de la metodología empleada, haciendo una descripción de los métodos, técnicas y procedimientos que se utilizaron en cada una de las fases del proceso investigativo. Para corroborar la existencia de la problemática abordada como objeto de estudio, se presentan resultados obtenidos en un proceso investigativo de campo, mediante la aplicación de la técnica de la encuesta a profesionales del derecho en libre ejercicio y de una entrevista a abogados que actualmente desempeñan las funciones de Jueces de lo Civil y Mercantil y de Notarios en los cantones de Loja y Catamayo. Así mismo se presenta un estudio de casos en donde se

observa una extralimitación de funciones por parte de los Notarios al declarar la extinción del patrimonio familiar por causas distintas a la subrogación, y un reporte de datos estadísticos obtenidos de los archivos de la Notaría Segunda y la Notaría tercera del cantón Loja, en donde se evidencia que es significativo el número de casos en los cuales los Notarios declaran la extinción del patrimonio familiar, determinándose de esta forma que efectivamente el problema investigado si tiene una incidencia en la práctica jurídica ecuatoriana.

Sobre la base de los resultados obtenidos se procedió a la elaboración de conclusiones y recomendaciones, así como a la estructuración de una propuesta legal, que consiste en un proyecto de reforma a la Ley Notarial, y que se orienta básicamente a determinar con claridad la intervención de los Notarios en la extinción del patrimonio familiar por subrogación, esto con la finalidad de que exista armonía entre las normas de la referida Ley y los preceptos establecidos en el Código Civil, otorgando de esta manera seguridad jurídica para las personas que están protegidas por esta institución, específicamente para los beneficiarios del patrimonio familiar.

La ejecución de este trabajo ha permitido enfocar una problemática jurídica de trascendencia social, pues el objeto de estudio está relacionado con el patrimonio familiar, cuya constitución es importante para proteger a la familia, situación por la que es muy importante que el régimen jurídico que la regula guarde armonía y coherencia, de forma que se protejan los derechos de las personas consideradas como beneficiarias del acto de constitución del patrimonio familiar.

De esta manera queda presentado el trabajo de investigación jurídica que se relaciona sobre la facultad del Notario en la legislación ecuatoriana en vía judicial, para una correcta aplicación de la misma; esperando que el documento sirva de guía a los estudiantes y profesionales de Derecho como fuente de consulta y conocimiento dejando así ante el Tribunal de Grado para su corrección y aprobación.

## **4. REVISIÓN DE LITERATURA**

### **4.1. Marco Conceptual**

#### **4.1.1. Derecho Notarial**

El autor Juan Martínez, sobre el concepto de derecho notarial, citando la opinión adoptada por el III Congreso Internacional del Notariado Latino escribe: “Conjunto de disposiciones legislativas, reglamentarias, usos, decisiones jurisprudenciales y doctrinas que rigen la función notarial y el instrumento público notarial” (Martínez, 2016, p. 20) Esta opinión concreta al derecho notarial como el conjunto de normas establecidas en la ley, o en los reglamentos a través de los cuales se rige la actuación que cumplen los Notarios, así como se regula lo relacionado con los instrumentos públicos que son celebrados ante estos funcionarios. Es importante indicar que de acuerdo con este concepto también es parte del derecho notarial, las decisiones jurisprudenciales, es decir aquellas que tomen los tribunales de justicia respecto de las atribuciones conferidas a los Notarios.

Jorge Martínez por su parte indica: “considero que el Derecho Notarial, es el conjunto de normas legales que regulan las funciones de los Notarios y establece los procedimientos y requisitos que deben reunir para su validez, ciertos actos y contratos que ante ellos se celebran” (Martínez, 2016, p. 1).

Este autor ecuatoriano, presenta su opinión señalando que el derecho notarial está representado por el conjunto de normas jurídicas que establecen las funciones que deben cumplir los Notarios, y que además señalan los procedimientos y los requisitos que los

actos y contratos celebrados ante estos funcionarios, deben cumplir con la finalidad de que tengan una validez legal.

Iván Rosales, indica puntualmente que:

Si el Derecho Notarial es el conjunto de principios y normas que regulan la organización, función del Notario y lo que produce, entonces, por estricta lógica se puede hablar de este Derecho como una disciplina jurídica estructuralmente autónoma diferente a otras ramas del Derecho (Rosales, 2018, p. 1).

El derecho notarial actualmente es una disciplina jurídica autónoma de otras ramas del derecho, pues antes se lo relacionaba de una manera directa con el derecho civil, el derecho procesal civil y el derecho registral. En cuanto a la definición estricta del derecho notarial, el autor asume que es aquel conjunto de preceptos jurídicos y normas legales a través del cual se rige la organización de la función notarial y la potestad del Notario, así como los actos, contratos e instrumentos que se producen en el ejercicio de esta actividad.

Boris Barrios, sobre el concepto en el que se está trabajando, señala:

Luego, entonces, concebimos el Derecho Notarial como el conjunto de normas jurídicas, reglamentos, usos y doctrinas que regulan las relaciones voluntarias y extrajudiciales entre los particulares y entre éstos y el Estado, mediante la intervención del Notario, el cual actúa en función pública notarial por autoridad de la ley (Barrios, 2011, p. 26).

Este es un criterio un poco más amplio que los anteriores, por cuanto establece que el derecho notarial se refiere a las normas establecidas en las leyes y reglamentos, que regulan las relaciones que no están sometidas a las decisiones jurisdiccionales y por lo tanto son voluntarias y extrajudiciales, razón por la cual pueden ser legalizadas por el Notario, estas relaciones se dan entre personas particulares, y entre ellas y el propio Estado, en donde la actuación del Notario en ejercicio de la potestad pública conferida por el ente estatal a través de la ley, se limita a garantizar la legalidad y certeza de dichos actos.

#### **4.1.2. El Notario**

José Lara, señala:

El Notario, profesional del derecho, es un oficial público nombrado por el Estado, para conferir autenticidad a los actos y negocios jurídicos contenidos en los documentos que redacta, así como para aconsejar y asesorar a los requirentes de sus servicios (Lara, 2010, p. 15).

De acuerdo con este criterio, la persona que cumple la función de Notario debe ser un profesional del derecho, el cual cumpliendo los requisitos exigidos es nombrado por los órganos competentes del Estado, para que cumpla una función orientada a dar autenticidad a los actos y negocios que ante él se celebran, y dejar constancia en los documentos redactados en la notaría, es una potestad de los Notarios brindar consejo y asesoría a los usuarios del servicio notarial, específicamente en cuanto a sus derechos y a las consecuencias de los actos y contratos que celebran.

Las autoras Oliva Torres y María Bernal, por su parte manifiestan:

El Notario es el funcionario que recibe del Estado la potestad legal de otorgar fe pública para autoriza actos, contratos, trámites y diligencias establecidas en la ley, en los que interviene en razón de su cargo, para formalizar, autorizar, solemnizar y cuidar de la legalidad, veracidad e incluso asesorar a las partes como el moldeador legal, porque no es un simple documentador, recoge la voluntad de las partes encuadrándolas jurídicamente, penetrando en lo más profundo del documento notarial; para luego custodiar, conservar en depósito los protocolos y libros autorizados por él, en el ejercicio de su cargo además de otorgar las copias y testimonios correspondientes (Torres & Bernal, 2013, pp. 35-36).

Por consiguiente, el Notario es un funcionario, al cual el Estado le asigna facultades legales para que ejerciendo la fe pública que le ha sido otorgada, pueda autorizar actos, contratos, diligencias y trámites conforme a las disposiciones legales pertinentes, lo que nos da a entender que sólo puede actuar de acuerdo a lo previsto en la ley. La actuación notarial está destinada a autorizar y solemnizar dichos actos, así como a formalizar los mismos, cuidando que los mismos tengan legalidad y veracidad. El Notario no cumple sólo el papel de un archivador, sino que como profesional en derecho debe también asesorar a las partes que intervienen en los diferentes actos y contratos brindándoles un criterio jurídico. Una vez que la voluntad de las personas es concretada en un documento notarial, el Notario debe ejercer la potestad y conservar el mismo en el protocolo y en los libros correspondientes de la notaría según la naturaleza de ese



documento, y posteriormente a solicitud de parte interesada podrá conceder las copias y los testimonios sobre los instrumentos públicos que reposan en la notaria.

También se recurre al criterio de Rodrigo León, quien ha señalado: “Por lo tanto, el Notario es un funcionario público que da autenticidad a documentos, actos y contratos que los solemniza en función de su potestad y autoridad” (León, 2008, p. 3) En este concepto se encuentra resumida la opinión en el sentido de que el Notario es un funcionario público, a cuál el Estado le ha otorgado la potestad de dar autenticidad, es decir legalidad y credibilidad a los documentos, actos y contratos, que son solemnizados por dicho funcionario conforme a sus potestades y a las autoridades que se le ha conferido.

Marco Delgado ha presentado su opinión diciendo que:

El Notario, es un funcionario público; su calificación proviene del origen en su designación; puesto que para tener la calidad de tal; es el Estado que, por intermedio del Consejo de la Judicatura, lo designa; no existen en nuestro país Notarios sin designación, nadie puede fungir de tal, si no tiene nombramiento (Delgado, 2019, p. 37).

El Notario, es un funcionario público, designado por el Estado para que ejerza la función notarial. En el caso del Ecuador, el Notario es designado por intermedio del Consejo de la Judicatura, que luego de cumplir el correspondiente concurso de méritos y oposición, designa los profesionales del derecho para que cumplan las funciones de Notario en cada cantón, ninguna persona puede ejercer la función notarial, si no cuenta previamente con el correspondiente nombramiento de Notario.

### **4.1.3. Derecho Patrimonial**

Julien Bonnecase, manifiesta: “En su acepción más simple, el derecho patrimonial es el conjunto de reglas que rigen las relaciones de derecho, y las situaciones jurídicas derivadas de la apropiación de las riquezas y del aprovechamiento de los servicios” (Bonnecase, 2001, p. 8). Siguiendo este criterio, el derecho patrimonial es aquella disciplina que recopila el conjunto de normas a través de las cuales se regula las relaciones jurídicas que provienen de la apropiación de bienes o del aprovechamiento de servicios por parte de las personas, es decir que rigen la relación entre las personas y el patrimonio de su propiedad.

Guillermo Cabanellas, emite el siguiente concepto: “Derecho patrimonial. El de índole subjetiva que recae sobre un bien o cosa, que entra en el patrimonio del sujeto a que se haga referencia, o perteneciente al mismo” (Cabanellas, 2001, p. 143). En este caso se refiere el concepto al derecho patrimonial, como aquella facultad que tiene una persona sobre un bien o una cosa que son parte de su patrimonio o que le pertenecen por ser de su propiedad. En el Ecuador, es un derecho de la persona el adquirir por los medios previstos en la ley, bienes para integrarlos a su patrimonio y adquirir cierta seguridad económica.

Luis García, concreta su aporte sobre el concepto de derecho patrimonial cuando dice:

En principio debemos decir que los derechos patrimoniales constituyen una parte integrante de los derechos de la persona. Como tales, son derechos sobre bienes

materiales e inmateriales que tienen un valor económico. La expresión clásica de los derechos patrimoniales es el derecho de propiedad y los demás derechos reales. El derecho patrimonial es la libertad de disponer de los bienes de la manera que más convenga a los intereses de la persona, con las limitaciones que la ley señala (García, 2018, p. 184).

Los derechos patrimoniales como bien lo precisa el autor son una parte muy importante en relación con los derechos de la persona, están relacionados con la posibilidad de que pueda contar con lo necesario para subsistir, pues se refieren a aquellas facultades sobre los bienes que tienen para el ser humano un valor económico. Son parte del derecho patrimonial, el derecho de propiedad y los demás derechos reales establecidos en la legislación, a través de los cuales se ejercen facultades sobre dichos bienes. El derecho patrimonial, da a la persona la libertad de poder disponer de sus bienes en la forma que mejor le convenga, observando eso sí las limitaciones que la propia ley señala y que se refieren básicamente en cuanto tiene que ver con el respeto al patrimonio de las demás personas.

Alberto Molinario, indica:

Entendiendo por tal el conjunto de los derechos de contenido total o parcialmente económico que posee y de obligaciones, también total o parcialmente económicas, que deben ser satisfechas por aquél. Es más; tratándose de las personas de existencia ideal, tener patrimonio constituye, por regla general, una condición esencial para que se las reconozca como tales o se les conceda personalidad jurídica (Molinario, 1965, p. 19).

Este autor señala que el derecho patrimonial, se refiere a aquellos derechos que tienen un contenido económico, y que hace referencia tanto a lo que posee el individuo, como a las obligaciones que debe satisfacer de forma total o parcial. En cuanto a las personas jurídicas, es indispensable que estas cuenten con un patrimonio para que se les pueda conceder personalidad jurídica. Es decir, esta posición no se aleja de las analizadas anteriormente que también definen al derecho patrimonial, como aquel que hace referencia a la relación y a las facultades que la persona tiene exclusivamente sobre sus bienes que representan para ella un beneficio económico.

#### **4.1.4. La Familia**

Dentro de los conceptos que es indispensable abordar, está el de familia, puesto que el patrimonio familiar, constituye una institución cuya finalidad es dar amparo y protección patrimonial a los integrantes de la familia.

Según Rodolfo Tuirán y Vania Salles: “la familia es la institución base de cualquier sociedad humana, la cual da sentido a sus integrantes y, a su vez, los prepara para afrontar situaciones que se presenten” (Tuirán & Salles, 2003, p. 31). Este concepto está asociado a la opinión de que la familia constituye el núcleo esencial de la sociedad, pues los seres humanos adquieren su personalidad y reciben las enseñanzas básicas para afrontar su rol como individuos sociales en la familia.

Otro concepto nos dice lo siguiente: “Es importante concebir abiertamente a la familia como un grupo social básico creado por vínculos de parentesco, presente en todas

las sociedades. Idealmente, la familia proporciona a todos sus miembros: Cuidados y protección, compañía, seguridad y socialización” (Oliva & Villa, 2014).

En el criterio anterior se describe a la familia como el grupo de personas que están unidas por vínculo de parentesco, y que proporciona a sus miembros condiciones óptimas de compañía, seguridad y socialización, ratificando de esta forma que desde la familia se construyen las bases para el desarrollo de todas las sociedades humanas.

María Elena Benítez, presenta su opinión en los siguientes términos:

La familia es una institución que se encuentra en todas las sociedades humanas y es reconocida entre los aspectos más valorados en la vida de los individuos. Constituye el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado (Benítez, 2017, p. 61).

La familia como institución está presente en todas las sociedades, y constituye el aspecto de mayor valor en la vida de todas las personas, pues todas las personas provienen y pertenecen a un núcleo familiar, de allí que, por ser la forma esencial de la constitución de la sociedad y una garantía para la preservación de la especie humana, esta institución recibe protección de parte del Estado y de toda la sociedad.

Luis Acevedo, concreta el concepto de familia en la siguiente cita: “una comunidad de personas, la célula social más pequeña y, como tal, es una institución fundamental para la vida de toda sociedad” (Acevedo, 2011, p. 151). Es en verdad la familia una comunidad unida por personas que tienen lazos de parentesco, y que se constituye en la célula más pequeña de la sociedad, desde la familia surgen todas las

demás instituciones sociales que hacen posible la comunidad de personas que integran todo el conglomerado social.

La familia es la célula social básica, que está conformada por personas que mantienen vínculos de parentesco, y que permanecen unidas por lazos de afectividad, amor y respeto, trabajando juntos por la consecución de objetivos relacionados con su pleno bienestar.

#### **4.1.5. El patrimonio familiar**

Antes de entrar a analizar el concepto del patrimonio familiar, es conveniente entender lo que es el “patrimonio” desde un punto de vista general, para ello se recurre al criterio de Marcel Planiol y Georges Ripert, quienes manifiestan: “Conjunto de derechos y de obligaciones pertenecientes a una persona, estimables en dinero. Si se quiere expresar su valor con una cifra es necesario sustraer el pasivo del activo, conforme al proverbio *bona non intelliguntur nisi deducto ere alieno*” (Planiol & Ripert, 2001, pág. 101).

Esto es en el sentido de que el patrimonio de una persona está conformado por el conjunto de derechos y obligaciones que tiene desde el punto de vista económico y que son apreciables en dinero, dentro de este criterio entrarían también los bienes que posee, así como también las deudas u obligaciones que deberían asumir, que a criterio de los autores también son parte del patrimonio.

Sobre el patrimonio familiar Genaro Eguiguren ha escrito lo siguiente:

Podemos intentar un concepto que contenga como primer elemento el de ser una limitación al dominio, ya que el goce del bien afectado con el mismo deja de ser exclusivo de su dueño y pasa a ser compartido con su familia, actual o futura; y, el segundo elemento, el de crear un derecho de gozar en común, compartido, entre los integrantes de la familia del dueño y éste. En resumen, el patrimonio familiar, que implica una limitación al dominio, es un derecho de goce en común establecido a favor del dueño y su familia (Eguiguren, 2008, p. 277).

En efecto, el patrimonio familiar es una de las limitaciones al dominio contempladas en la ley, por la cual se producen dos situaciones, la una que el goce del bien deja de ser únicamente de su dueño para pasar a ser una facultad de toda su familia, la que tenga en la actualidad o la que llegue a tener a futuro; y la segunda, que se crea un derecho de gozar en común tanto el dueño como su familia del bien constituido en patrimonio familiar. Esta limitación al dominio se encuentra regulada en el caso del Ecuador en el Código Civil, cuyos preceptos serán analizados como parte del marco jurídico de este trabajo.

Luis Parraguez indica lo siguiente:

Puede decirse entonces, con las reservas proverbiales de todo ensayo conceptualizador, que el patrimonio familiar es un patrimonio inalienable e inembargable, constituido por el marido o la mujer, por ambos cónyuges conjuntamente, o por una persona que no está casada, sobre uno o más inmuebles propios o de la sociedad conyugal, en beneficio del constituyente y/o de sus

descendientes, conservando aquél, aunque limitado, su derecho de dominio (Parraguez, 1999, pág. 127).

El patrimonio familiar, es una parte de los bienes de la persona que se convierten en inalienables e inembargables a partir de la constitución del mismo, sea por el marido, la mujer o ambos cónyuges, o por las personas que sin estar casadas, declaran esta limitación sobre uno o más bienes inmuebles de propiedad individual o de la sociedad conyugal, en beneficio de la propia persona que le constituye o de sus descendientes, es claro el autor en el sentido de que el constituyente conserva el derecho de dominio. Dentro de este concepto se encuentra como un elemento importante que, el patrimonio familiar sólo puede ser constituido sobre bienes inmuebles.

Por su parte el autor, Juan Larrea Holguín, ha concretado su opinión en la siguiente forma:

Si quisiéramos hacer una definición clásica habría que señalar que el género próximo es el de los derechos reales y la diferencia específica consiste en que este derecho real se establece para beneficio de la familia, la que tiene el uso y goce del bien, conservando el propietario su dominio. Se completa la noción diciendo que las atribuciones conferidas a la familia por el patrimonio familiar, implican una limitación del dominio del constituyente y que por tratarse de una institución de índole social, destinada a proteger a la familia, goza de especiales garantías señaladas por la ley, como la inembargabilidad (Larrea, 2008, p. 72).



Acorde a lo señalado, el patrimonio familiar es en realidad una institución de características sociales, garantizada jurídicamente con la finalidad de proteger patrimonialmente a la familia, por eso es que en la ley se establecen algunas características o garantías como el hecho de que los bienes constituidos en patrimonio familiar son inembargables. Es parte de los derechos reales porque está relacionado con la propiedad, pero su propósito esencial es beneficiar a la familia, la cual adquiere la potestad para usar y gozar del bien, siendo el propietario quien conserva su derecho de dominio, pero no puede usar y gozar del bien a su arbitrio, pues en eso consiste la limitación, en impedirle ejercer ciertas potestades como la de disponer del bien, y también para protección de la familia es que el mismo no puede ser embargado como bien lo señala el autor.

#### **4.1.6. El derecho a la seguridad jurídica**

En cuanto a la seguridad como un término aplicado al derecho Fernand Andrade manifiesta: “Seguridad. De seguro. Libre y exento de todo peligro, daño o riesgo. Cierto, indubitable y en cierta manera infalible. Firme, constante y que no está en peligro de faltar o caerse. No sospechoso. Seguridad, certeza, confianza” (Andrade, 2011, 492). La palabra seguridad hace referencia a la confianza o certeza que se tiene sobre algo, especialmente respecto de la vigencia de una norma legal, de manera que nadie pueda contravenir las mismas generando un peligro, daño o riesgo en contra de las personas, además es una garantía de que la ley tiene que cumplirse de forma infalible.

Según Mario Zambrano sostiene:

La seguridad jurídica nace de la esencia del Estado constitucional de derechos, en donde se produce un orden jurídico que da seguridad a los bienes, a las personas, a las interrelaciones entre estas con el Estado, lo que permite en definitiva que haya un progreso social y económico del Estado.

La seguridad jurídica es la protección jurídica que el Estado brinda a sus ciudadanas y ciudadanos, de allí que nadie puede estar por encima de la Ley, ningún organismo puede invadir las competencias establecidas u otro organismo de la administración del Estado (Zambrano, 2009, pp. 105-106).

No cabe duda de que la seguridad jurídica es un elemento sustancial del Estado, que se basa en el respeto a la Constitución y a los derechos de las personas, está basada en la existencia de un orden jurídico, es decir en normas que aseguran el respeto a las personas, a sus derechos y a sus bienes, como también regulan la relación del ente Estatal con sus ciudadanos, procurando que en un marco de cumplimiento a la ley se logre el progreso y desarrollo de todos.

También se considera que la seguridad jurídica es la protección que el Estado otorga a sus ciudadanos, de forma tal que ninguna persona, independientemente de la función o poder que ostente pueda incumplir o dejar de acatar lo que está dispuesto en la Ley. Todos los organismos y autoridades del Estado para que se cumpla con la seguridad jurídica deben limitarse exclusivamente a lo que la ley establece en torno a sus responsabilidades y atribuciones.

Néstor Rombolá y Lucio Reboiras elaboran su concepto en la siguiente forma:

Seguridad jurídica. Estado de equilibrio que se desarrolla en un estado de derecho a partir del cual todos los individuos conocen los derechos de que pueden valerse y las normas a que deben sujetar su conducta, todo lo cual garantiza la aplicación objetiva de las mismas (Rombolá, Nestor & Reboiras, 2005, p. 836).

Es importante lo mencionado en la cita, por cuanto a través de la seguridad jurídica se genera una equidad en la sociedad, en razón de que todos sus integrantes conocen los derechos y obligaciones que les imponen las normas legales, eso sí es indispensable que las mismas se apliquen de manera objetiva y de conformidad a sus preceptos por parte de las autoridades que sean competentes para el efecto.

Para terminar el análisis acerca de este concepto se recurre a citar la opinión de Luis Cueva, que plantea:

Pero, para que la seguridad jurídica se convierta en realidad, no sólo se requiere de normas jurídicas previas, claras y públicas, sino también que sean aplicadas por “autoridades competentes”; “competentes” en todos los sentidos: que desarrollen su actividad dentro del campo que les corresponde, que no usurpen otras competencias, que tengan la valentía de ejercerlas a plenitud: con independencia, sabiduría y conocimiento (Cueva, 2013, p. 55).

Este criterio es muy importante para entender el concepto de seguridad jurídica en el sentido que esta se cumple cuando las autoridades además de aplicar las normas que deben estar establecidas de forma previa, clara y pública, lo hacen en los casos en que son competentes para ello.

Es decir, ninguna autoridad puede extralimitarse del campo que le corresponde, usurpando competencias que son de otro funcionario, pues de esta forma se afectaría la seguridad jurídica, al ejecutar actos para los cuales no están expresamente autorizados por la ley.

#### **4.1.7. El principio de Legalidad**

José Falconí sobre este principio señala:

El principio de legalidad, implica que los órganos del Estado están sujetos a determinadas reglas preexistentes, de tal manera que las personas que tienen en sus manos las fuerzas del poder, nada pueden hacer que no esté de acuerdo con estas reglas, pues es menester que esté en la conciencia de gobernantes y gobernados, que todo acto de aquellos que rebasan los límites de sus funciones carecen de todo valor; este es el principio de legalidad, sin el cual las libertades no son más que bellas promesas, palabras vacías de sentido, de lo que se colige que sólo admitiendo el principio de legalidad puede sentirse verdaderamente protegido el individuo contra los abusos de poder, y así este principio tiene base constitucional en el Art. 76, numeral 3 de la carta magna (Falconí, 2009, p. 113).

Conforme a la opinión citada el principio de legalidad radica en el hecho de que el Estado y todos sus órganos de ejercicio del poder estatal, están sometidos a las reglas que de forma previa se encuentran contempladas en la ley, por lo tanto los ciudadanos y las autoridades, así como los funcionarios públicos no pueden realizar ninguna actuación que no esté debidamente enmarcada en las normas legales, pues si alguno de sus actos no

se ajusta a la ley o se extralimita conforme a los límites por ella señalados, serán carentes en lo absoluto de valor. Por el principio de legalidad deben cumplirse todos los preceptos legales, de manera que sus mandatos no queden sin sentido. El cumplimiento cabal y estricto de la ley, le da al individuo la verdadera garantía de que está protegido frente a los abusos y arbitrariedades de las autoridades. Como bien lo señala el autor, se trata de un principio que se encuentra expresamente reconocido y garantizado en la Ley.

Por su parte el autor Jorge Zavala sobre el concepto analizado nos dice:

Es un principio que tiene rango constitucional desde que se entroniza en nuestra carta política.

En consecuencia, el Estado y sus entes no pueden actuar y la administración pública está impedida de ejercer actividad alguna, mientras no exista ley que le asigne potestades y le determine el procedimiento para poder desarrollar su actividad.

La Ley, expedida de acuerdo al procedimiento legislativo regulado, y que es, por forma y fondo, conforme con la Constitución, rige sobre todos los operadores del ordenamiento jurídico (Zavala, 2011, pág. 455).

Del criterio citado, se pueden tomar algunos elementos como por ejemplo que el principio de legalidad por estar reconocido en la Constitución de la República, tiene rango constitucional, y es en razón de esta jerarquía que el Estado, sus instituciones y autoridades deben ejercer sus actividades conforme a las potestades y al procedimiento señalado en las leyes, toda extralimitación está prohibida y además es ilegal. La ley

expedida siguiendo las normas contempladas para el efecto, rige sobre todas las personas que de una u otra forma pueden operar o decidir respecto de los derechos de las personas. Es por ello que el ejercicio de los Notarios, al ser servidores públicos, está regido exclusivamente por la ley, y toda actuación al margen es ilícita y por lo tanto puede representar responsabilidades para quien la asuma.

El principio de legalidad conforme a lo dicho por Rolando Tamayo:

El principio de legalidad demanda la sujeción de todos los órganos estatales al derecho; en otros términos, todo acto o procedimiento jurídico llevado a cabo por las autoridades estatales debe tener apoyo estricto en una norma legal, la que, a su vez, debe estar conforme a las disposiciones de fondo y forma consignadas en la Constitución (Tamayo, 2008, p. 219).

El principio de legalidad implica que las actuaciones de todos los órganos a través de los cuales el Estado ejerce su poder deben estar sometidas a la ley; es decir todos los actos o procedimientos en los que intervenga sus autoridades deben estar sustentados en una norma legal que les faculte para el efecto, obviamente por la supremacía constitucional que rige en Estados como el Ecuador, las normas legales deben guardar coherencia con la Constitución para que sus preceptos sean válidamente aplicables.

Sobre el principio de legalidad, aplicado al ejercicio de la función notarial, Bécquer Carvajal señala:

En base a este principio, el Notario únicamente puede ejecutar actos o dar fe pública de lo que la ley le permita y apegado a las normas constitucionales y

legales, es obligación del Notario revestir de legalidad el acuerdo de voluntades de los contratantes, previo al estudio del acto que se pretende legalizar y la manera de realizarlo es teniendo conocimiento de los distintos cuerpos legales que regulan la actividad notarial, verificando los requisitos como tal. Se estima que, dentro del negocio inmobiliario, la manera más fidedigna de dar seguridad al comercio en sí, es con la presentación del certificado de gravámenes extendido por el Registrador de la Propiedad. He ahí entonces la responsabilidad de este funcionario (Carvajal, 2007, p. 85).

Por la vigencia del principio de legalidad, el Notario al ser un funcionario cuya misión es dar fe pública de los actos y contratos que se han celebrado en su presencia, debe someterse estrictamente a lo establecido en el ordenamiento jurídico vigente, esto es en las normas previstas en la Constitución y en las leyes. Además, el Notario debe asegurarse de que el acuerdo de voluntades que se pone de manifiesto por parte de los usuarios del servicio notarial sea legal, para ello previamente debe actualizarse del contenido de las leyes que tienen que ver con el ejercicio de su actividad, de modo que sus criterios y actuaciones sean legales y jurídicas, además verificará que irrestrictamente se cumplan todos los requisitos que contempla la normativa vigente para la validez del acto. Así para que sea posible por ejemplo que se solemnice un acto o contrato relacionado con el traspaso de dominio será indispensable verificar que el mismo no esté afectado por gravamen alguno, en cuyo caso es infalible que el Notario cuente con el certificado emitido por el Registrador de la Propiedad en que se encuentra el bien que es objeto del contrato.

El principio de legalidad sólo le faculta al Notario para realizar lo que la ley le permite, de allí que dicho principio se afecta cuando este funcionario se extralimita en sus funciones en cuanto tiene que ver con la extinción del patrimonio familiar, justamente por contravenir lo señalado en el Código Civil, esto debido a la falta de claridad en las normas de la Ley Notarial al confundir la extinción con la subrogación como dos términos con el mismo significado.

#### **4.1.8. La extinción del patrimonio familiar**

Según la definición de la Real Academia Española el término extinción significa: “Terminación o fin de una cosa” (Diccionario Enciclopédico El Libro , 2001, p. 387). Es decir, desde su significado más sencillo cuando se habla de extinción, se está haciendo referencia a la terminación o fin de algo, en el caso del estudio que se está desarrollando, a la terminación del patrimonio familiar.

Se toma como criterio para entender este concepto, la opinión que da Fernando Andrade quien señala: “Extinción. Cesación, conclusión, desaparición, fin de personas o cosas. Fin de un vínculo u obligación atribuida por la Ley” (Andrade, 2011 p. 133). Evidentemente lo que señala este autor permite entender que el término extinción está asociado con el fin, conclusión desaparición de un vínculo jurídico u obligación que nace de la imposición de una norma legal, además tiene que ver con la desaparición de personas o de cosas. Por eso, aplicada a la extinción del patrimonio familiar, se hace referencia a la terminación de esta limitación al dominio que se produce de acuerdo a lo establecido en el Código Civil.



Guillermo Cabanellas señala: “Extinción. Cese, cesación, término, conclusión, fin o desaparición de personas, cosas y situaciones. La disolución de una unidad o instituto. Licenciamiento, supresión” (Cabanellas, 2001, p. 650). La extinción hace referencia a la terminación o cesación de una situación, cosa o persona, también tiene que ver con la disolución de una institución. Aplicando los criterios antes indicados la extinción del patrimonio familiar hace referencia a la terminación de esta institución, y a la desaparición de la misma debido a cualquiera de las causales previstas en la ley.

Juan Larrea Holguín, menciona en cuanto a la extinción: “La terminación de este derecho real y la consiguiente liberación del gravamen que pesa sobre uno o más inmuebles, se produce por las causas señaladas en el artículo 851 del Código Civil” (Larrea, 2008, p. 107). Esta posición es muy clara al indicar que la extinción del patrimonio familiar, consiste en la liberación del gravamen o limitación que pesa sobre el inmueble que estaba constituido en patrimonio, la terminación del gravamen puede estar motivada en cualquiera de las causales que para el efecto están contempladas en la ley, específicamente en el régimen Civil ecuatoriano.

#### **4.1.9. La subrogación del patrimonio familiar**

El Diccionario Jurídico Espasa, establece acerca de la subrogación:

Sustitución jurídica de un bien por otro en el patrimonio de una misma persona, de tal modo que el bien nuevo, ya sea una cosa mueble o inmueble, un crédito o una indemnización ocupe el lugar del bien antiguo para ser sometido a su mismo régimen (Diccionario Jurídico Espasa, 2001, pág. 1339).

Ciertamente la subrogación desde el punto de vista jurídico, hace bien a la sustitución de un bien por otro, dentro del patrimonio de una misma persona, de tal forma que el nuevo bien ocupe el lugar del antiguo y será sometido al mismo régimen. La subrogación en el patrimonio familiar, será entonces el reemplazo del bien sobre el que cae esta limitación, por otro que quedará sometido a las mismas limitaciones y restricciones que el anterior.

Luis Parraguez en cuanto a la subrogación escribe:

La subrogación es una ficción legal en virtud de la cual se considera que una persona (subrogación personal) o una cosa (subrogación real) ocupan el lugar que jurídicamente corresponde a otra.

En virtud de este mecanismo legal un inmueble constituido en patrimonio familiar poder ser sustituido por otro, y en este caso se constituye un nuevo patrimonio familiar sobre el segundo inmueble (subrogante) y extinguido el que afectaba al primero (subrogado) (Parraguez, 1999 p. 145).

En efecto, la subrogación es el mecanismo legal a través del cual una persona o cosa ocupan el lugar de otra dentro de una relación jurídica, por eso se identifica la existencia de la subrogación personal y de la subrogación real.

Cuando se produce la subrogación, hablando del patrimonio familiar, el bien inmueble sobre el que se encontraba constituida esta limitación al dominio, es reemplazado por otro, por efecto de esta sustitución se constituye un nuevo patrimonio

familiar sobre el bien inmueble subrogante, y se extingue el patrimonio familiar que afectaba al inmueble subrogado.

Es decir, el patrimonio familiar como limitación al dominio se traslada de un bien a otro que es de propiedad del mismo constituyente, produciéndose un reemplazo del primer bien por parte del segundo, y recayendo sobre éste todas las restricciones propias de la limitación al dominio.

Juan Larrea Holguín indica: “No se puede permitir la subrogación sin que se presente desde el principio el nuevo inmueble sobre el que se constituirá el patrimonio, y que se han de justificar las motivaciones para el cambio” (Larrea, 2008, p. 106). La subrogación de acuerdo con lo que menciona el autor de la cita, se refiere al hecho de que exista otro bien inmueble, respecto del cual quedará constituido el patrimonio, pero se requiere como elemento necesario que se justifiquen las motivaciones que hacen necesario que opere dicho cambio, y sobre todo tiene que señalarse si el mismo es conveniente para las personas beneficiarias.

Genaro Eguiguren, manifiesta: “Nótese que la ley exige que para extinguirlo sobre un bien inmueble es necesario, que previa o simultáneamente se constituya otro patrimonio familiar, que otro bien inmueble sea gravado para que el primero quede libre de gravamen” (Eguiguren, 2008, p. 284). De lo dicho se establece que la subrogación como una de las formas de extinguir el patrimonio familiar que está prevista en el Código Civil ecuatoriano, requiere que se constituya otro patrimonio familiar sobre otro inmueble solo de esta forma se liberarán los gravámenes y limitaciones que existían sobre el primero.

#### **4.1.10. Incongruencia jurídica**

Es necesario para concluir con la recopilación de los elementos conceptuales presentar algunas opiniones que permitan entender lo que son las incongruencias jurídicas, como vicios que afectan la normal aplicación de las normas legales.

Desde un punto de vista general: “La incongruencia es aquello que se dice o hace y que carece de sentido o coherencia. También se refiere a lo que es contradictorio e ilógico” (Diccionario Enciclopédico El Libro, 2001, p. 281). Existe incongruencia entre todo aquello que es contradictorio, en el caso que nos ocupa, se habla de incongruencia por la contradicción entre las normas que se refieren a la extinción del patrimonio familiar.

Alberto Sánchez ha precisado que: “la incongruencia jurídica es un vicio que afecta la aplicación de la norma por estar en contradicción con otro precepto legal, con un derecho o un principio constitucional, generándose de esta forma inseguridad jurídica” (Sánchez, 2009, p. 24). De acuerdo con el autor, la incongruencia jurídica impide la aplicación adecuada de una norma legal, debido a que su precepto está en contradicción con el establecido en otra norma o en su defecto contradice principios o derechos constitucionales. Con absoluta razón, señala que al haber una contradicción se genera inseguridad jurídica, por cuanto los preceptos no cumplen la finalidad de proteger y garantizar efectivamente los derechos de las personas y más bien generan confusión entre los administradores de justicia y las autoridades competentes para la aplicación de la normativa en un determinado caso.

Anabel Cuesta, señala lo siguiente:

La incongruencia jurídica se refiere a la confrontación de los preceptos legales contenidos en dos normas que se relacionan con una misma institución, las cuales pueden ser de la misma jerarquía en cuyo caso se generará un conflicto de aplicación para el juzgado, o de distinta jerarquía, evento en el cual se deberá aplicar la norma suprema (2018, p. 87).

De acuerdo con el criterio de la autora citada, la incongruencia jurídica, es aquella oposición o conflicto que existe entre dos preceptos legales, que regulan una misma situación. Las normas contrapuestas pueden ser de una misma jerarquía, o a su vez pertenecer a jerarquías diferentes, en este caso no existe mayor problema puesto que la persona obligada a aplicarla, deberá acatar el principio de supremacía de la norma.

Finalmente se recurre al criterio de Salvador Márquez, quien indica: “existe incongruencia jurídica, cuando dos preceptos legales, establecen principios, procedimientos o normas distintas respecto de una misma situación, generando un conflicto respecto de la forma de regular una institución jurídica o resolver un proceso” (2013, 19). En efecto se genera una incongruencia jurídica cuando existen dos normas, que contienen criterios diferentes respecto de una misma institución jurídica o de un procedimiento.

Tomando en cuenta las opiniones anteriores la incongruencia jurídica está dada por la falta de claridad de las normas legales, que contienen preceptos distintos para una misma situación, y afectan la seguridad jurídica de las personas.

## **4.2. Marco Doctrinario**

### **4.2.1. Historia del Derecho Notarial Ecuatoriano**

Jorge Martínez, refiriéndose a la evolución histórica de las notarías y de los Notarios, menciona lo siguiente:

El origen de las Notarías y de los Notarios se remontan a muchos siglos atrás. En el Código de la Siete Partidas, dictado por Don Alfonso “El Sabio”, Rey de Asturias, León y Castilla, en la segunda mitad del siglo XIII, en la Partida Tercera, Título XIX, se encuentran dieciséis disposiciones denominadas Leyes, que regulan las clases de escribanos del reino, las cualidades o méritos que estos debían reunir para merecer y ejercer dicho “oficio”, los procedimientos que debían observar y los libros o registros en los que debían guardar las cartas y privilegios del Rey, las cartas o querellas de los hombres de las ciudades y villas. En aquel entonces, estos funcionarios se denominaban escribanos, es en las Leyes de Indias que se menciona a los “Notarios Apostólicos, Eclesiásticos y los de Cruzada,” que se ocupaban exclusivamente de los negocios eclesiásticos. En la primitiva Iglesia se denominaba Notario al ministro encargado de conservar por medio de notas las actas de los mártires. En España, desde la expedición de Ley Orgánica de 1862 que separó la fe pública judicial de la extrajudicial, se encomendó la primera a los escribanos y la segunda a los Notarios, y fueron estos elevados a la categoría de funcionarios públicos (Martínez J. , 2016, p. 1).

Del contenido de la cita se entiende que la actividad de los Notarios, quienes prestan sus servicios en las notarías no es nueva, más bien tiene un origen que se remonta hace muchos siglos atrás. Así en el Código de las Siete Partidas, que es un antiguo ordenamiento español, se encuentran normas específicas destinadas a regular las clases de escribanos, así como los méritos que debían cumplir las personas para ejercer este oficio, así como los procedimientos que debían observar en el desarrollo de sus actividades y los libros o registros en los que debían incorporar las cartas y demás documentos del Rey, así como las de los hombres que habitaban en las villas o ciudades.

Se señala que en tiempos antiguos los servidores notariales eran conocidos como escribanos, estableciéndose que es la Ley de Indias, el instrumento jurídico en el que se hace referencia a ellos como “Notarios”, quienes según la naturaleza de su actividad eran apostólicos, eclesiásticos y los de cruzada, y sus funciones estaban delimitadas de forma específica a los negocios de naturaleza eclesiástica. En el ámbito de la actividad de la iglesia recibía el nombre de Notario, el ministro que cumplía la función de perennizar a través de notas, las actas que elaboraban los mártires.

En España, a partir de la denominada Ley Orgánica de 1862, se separó la fe pública judicial de la extrajudicial, encomendándose a quienes otorgaban fe pública judicial como escribanos y a quienes eran titulares de la fe pública extrajudicial como Notarios, quienes asumieron en ese entonces ya la condición de funcionarios del Estado.

En referencia con la evolución del derecho notarial en el Ecuador, tomando en cuenta la reseña que consta en el sitio web de la Federación Ecuatoriana de Notarios (2020), se establece que:

El origen de los notarios está en el Derecho Indiano, que se aplicó en América luego del descubrimiento por parte de la Corona Española. Así una primera referencia a la actuación de un notario, está en el acta de la fundación de Quito en el año 1534 documento solemnizado por el escribano Gonzalo Díaz de Pineda, por esta época los notarios se nombraban en un número determinado para cada jurisdicción y desempeñaban su función de forma indefinida. También existen datos del nombramiento del Primer Escribano Real de Guayaquil, el 19 de marzo de 1552. Lamentablemente debido a un incendio ocurrido en Guayaquil en 1632, no es posible registrar la actividad notarial, por lo que la primera acta que consta archivada es de fecha 4 de agosto de 1634. Es en septiembre de 1683, donde por primera vez se registra la denominación de Escribano y Notario Público. El 18 de julio de 1694 es la fecha en que se celebra un acta de remate solemnizada por un escribano, por orden del Presidente de la Real Audiencia de Quito. De igual forma se señala que en el Boletín de la Biblioteca Municipal de Santiago de Guayaquil, del 25 de marzo de 1912, se establece la existencia de un Escribano de Cabildo, quien era autorizado para dar fe acerca de las escrituras y más actos en que intervenía el cabildo y llevaba además un libro en donde se registraban los ingresos que percibía esta institución. Ya en la época republicana, por el año de 1937, se expide un Decreto Supremo, en donde los antiguos escribanos pasan a llamarse notarios, y se les confiere la autorización de dar fe pública extrajudicial, se mantenían en sus funciones mientras mantenían buena conducta en el desempeño de sus funciones.



Se puede advertir entonces que el origen del notario, como un servidor público, está asociado al derecho aplicado en la colonia, teniendo antecedentes de su actuación desde la celebración de Quito, época en que los notarios se nombraban para cada jurisdicción y su ejercicio no estaba condicionado a un período de tiempo. Más tarde, aparecen otras referencias acerca de la actuación de los escribanos, pero no es hasta el año de 1683 en donde aparece registrada según los archivos históricos la denominación de escribano y Notario Público. En el año de 1937, mediante Decreto Supremo, se cambia el nombre de escribanos y se les confiere a estos la potestad para dar fe pública extrajudicial, como requisito para permanecer en sus funciones debían mantener una buena conducta frente al desempeño de éstas.

En cuanto tiene que ver con los antecedentes históricos del derecho notarial regulado en una Ley especial en el Ecuador, Marco Delgado, precisa lo siguiente:

La Ley Notarial, fue dictada mediante Decreto Supremo 1404, publicada en el Registro Oficial 158 del 11 de noviembre del año 1966; para esa época gobernaba el país Clemente Yerovi Indaburu quien fue designado como presidente interino por la Junta Militar que gobernó entre 1963 y 1966; del texto inicial, se han hecho varias reformas, básicamente introduciendo nuevas atribuciones o facultades a los Notarios. En la actual Ley Notarial, existen normas que a pesar de no haber sido derogadas; sin embargo, no tienen aplicación ni vigencia; de allí que es urgente que de parte de la Asamblea Nacional se trabaje una nueva Ley Notarial, que se ajuste al ordenamiento legal vigente y a las exigencias tecnológicas modernas.

Hasta antes de la Codificación de la Ley Notarial, las atribuciones notariales constaban en diferentes cuerpos legales, y a pesar de haberse codificado; sin embargo, ahora también existen atribuciones notariales en otras leyes (Delgado, 2019, p. 25).

El aporte anterior es importante por cuanto permite determinar que el derecho notarial en el Ecuador, tiene como antecedente la promulgación de la Ley Notarial, que aparece publicada en el año de 1966 en la presidencia de Clemente Yerovi Indaburu.

Es el texto de la Ley Notarial de 1966, el que ha sufrido varias reformas orientadas de manera principal a la incorporación de más atribuciones que pueden ser cumplidas por los Notarios.

La Ley Notarial, según el criterio mencionado amerita ser reformada con la finalidad de que su régimen jurídico sea plenamente aplicable y vigente, y que guarde coherencia con el ordenamiento previsto en otras leyes, así como a las exigencias que impone el avance tecnológico que caracteriza a la sociedad moderna.

Hasta antes de que se promulgue la codificación de la actual Ley Notarial, las atribuciones asignadas a los Notarios se encontraban contempladas en diversas leyes, pero aún en la actualidad pese a dicha codificación existen atribuciones que deben cumplir los Notarios que están previstas en otras leyes distintas a la Ley Notarial.

#### **4.2.2. La unidad jurisdiccional**

Sobre la unidad jurisdiccional José García Falconí nos dice:

El doctor Alejandro Ponce Martínez sobre este principio, manifiesta que es conveniente el mismo, pues ello implica, que ningún acto o hecho jurídico quede al margen de la posibilidad de ser sometido a discusión ante los jueces competentes; además señala, que el principio también significa que el acto jurisdiccional como tal sólo puede prevenir con carácter definitivo y con sus efectos propios y específicos de la Función Jurisdiccional.

Aclara que, de esta manera los Tribunales o Jueces que dependen de la Función Ejecutiva deben pasar a la Función Judicial; además recalca que la unidad jurisdiccional implica igualmente que los jueces tienen su específica esfera de acción dentro del ámbito de su competencia y en consecuencia ningún órgano público puede disputarle el ejercicio de su jurisdicción. Termina señalando que ningún acto administrativo puede estar exento del control jurídico previsto en el ordenamiento jurídico legal, o sea que todo acto administrativo puede ser impugnado ante los tribunales competentes

En resumen, el principio de unidad jurisdiccional, establece que la potestad jurisdiccional corresponde exclusivamente al Estado (García J. , 2009, pp. 184-185).

El criterio doctrinario de la cita, permite entender que el principio de unidad jurisdiccional se refiere a que ningún acto o hecho jurídico, queda libre de la posibilidad de ser conocido por parte de los jueces competentes, pues las decisiones respecto de dichos actos y hechos sólo puede provenir de los órganos que integran la función jurisdiccional, esto es de los jueces y tribunales.

Por el principio de unidad jurisdiccional a cada uno de los jueces y tribunales se les confiere competencias específicas, la cual no puede ser disputada ni controvertida por ningún otro órgano público. Todos los actos que se dan en el ámbito administrativo, deben ser sometidos al control jurídico de acuerdo con las normas estipuladas en el ordenamiento legal, es decir puede ser impugnado ante los tribunales competentes.

En definitiva, por el principio de unidad jurisdiccional, la potestad de administrar jurídica corresponde únicamente a los órganos, jueces y tribunales a los que el Estado les ha conferido esa potestad para que la ejerzan en el campo de su competencia.

Para entender cuál es el rol del Notario frente al principio de unidad jurisdiccional, es necesario entender que este actúa en todos aquellos actos denominados de jurisdicción voluntaria, pero para entender esto de mejor forma se acude al criterio de las autoras Oliva Torres & María Bernal, quienes presentan el siguiente aporte:

La jurisdicción voluntaria es una actividad administrativa, autónoma del Estado Ecuatoriano, cuya función pública se caracteriza por actuar en las relaciones jurídicas de los particulares, con la finalidad de garantizar cualquier derecho.

La intervención judicial en los actos de jurisdicción voluntaria ha continuado hasta nuestros días, por razones históricas, cuando la actuación del Juez y el Notario se confundieron y estuvieron encomendadas a las mismas personas.

El Juez ecuatoriano en su actuación, en el ejercicio de los actos de jurisdicción voluntaria, no ejercer jurisdicción porque a través del proceso con autoridad de cosa juzgada, no juzga, ni manda a ejecutar lo juzgado, más bien su actuación

corresponde a lo establecido en la legislación ecuatoriana garantizando ciertos derechos.

La competencia judicial, en los llamados actos de jurisdicción voluntaria, no constituye propiamente materia de la función jurisdiccional del Estado; por no existir controversia entre las partes, ni conflicto de intereses. En este caso, se trata de relaciones jurídicas de particulares, que de hecho ya se han comenzado a desplazar al ámbito de la función notarial, con las reformas a la Ley Notarial ecuatoriana.

El ejercicio de los llamados actos de jurisdicción voluntaria por el Notario ecuatoriano es una conveniencia para el Estado, en el proceso de modernización del mismo.

El Notario ecuatoriano reúne las condiciones para actuar en los actos de jurisdicción voluntaria; pues posee idoneidad, honorabilidad, alta capacitación jurídica, está investido de fe pública, tiene independencia jerárquica y es económicamente independiente en el ejercicio de su función; cuenta con los medios técnicos como son la escritura pública y las actas notariales; cuya profesión está diseñada para asumir el desahogo y el desplazamiento de dichos actos de la Función Judicial y así lograr el rápido desenvolvimiento de las necesidades de los particulares en sus relaciones jurídicas.

Es una aspiración del notariado internacional de tipo latino; y, del notariado ecuatoriano, lograr las modificaciones legales necesarias que se encuentren

encaminadas a eliminar la participación del Juez, en todos los actos de jurisdicción voluntaria no contenciosos; puesto que está demostrado que no entrañan jurisdicción propiamente (Torres & Bernal, 2013, pp. 82-83).

Como primer elemento se establece que la jurisdicción voluntaria tiene la característica de constituirse en una actividad administrativa, que funciona de forma autónoma, y con la función específica de actuar respecto de las garantías de los derechos de las personas que intervienen en relaciones jurídicas particulares.

Plantean las autoras que la intervención de la función judicial en aquellos actos que pueden ser sometidos a la jurisdicción voluntaria perdura hasta los momentos actuales, esto en razón de que se ha confundido las actuaciones que deben cumplir los jueces con las que deben cumplir los Notarios, encomendándose estas atribuciones a los dos funcionarios. Sin embargo, es necesario indicar que no siempre es correcto quitar competencias a los jueces en los aspectos relacionados con la jurisdicción voluntaria, por ejemplo los establecidos actualmente en la legislación ecuatoriana que tienen que ver con el inventario, la autorización de venta de bienes de niñas, etc.

En los actos de jurisdicción voluntaria, los jueces no ejercen una verdadera jurisdicción, sino que simple y llanamente se convierte en garantes de derechos conforme a las normas previstas en la legislación ecuatoriana. Por el hecho de no existir controversia entre las partes que concurren a la celebración de un acto de jurisdicción voluntaria, estos actos no son objeto de la función jurisdiccional, es por eso que algunas de estas instituciones y de las relaciones jurídicas que las mismas implican, a través de las normas de la Ley Notarial, han sido trasladadas como competencias exclusivas de los Notarios.

El conocimiento y ejercicio de los Notarios respecto de los actos de jurisdicción voluntaria es favorable a los intereses del Estado por cuanto contribuye con sus propósitos de modernización, especialmente en razón de que representa un descongestionamiento de la carga procesal que deben conocer los tribunales y juzgados.

Los Notarios en el Ecuador, al ser profesionales del derecho que para su designación deben reunir requisitos que prueben su idoneidad, honorabilidad, capacidad y formación jurídica, y que al estar investidos de fe pública son independientes jerárquicamente, por lo tanto cuenta con los medios idóneos para lograr atender los requerimientos de los particulares respecto de sus relaciones jurídicas, por lo tanto es un órgano auxiliar muy importante de la función judicial, en el sentido que permite brindar una tutela judicial efectiva, sin tener que recurrir a los órganos jurisdiccionales.

Con la finalidad de lograr que la jurisdicción voluntaria, sea desplazada a convertirse en un ámbito de exclusiva competencia de los Notarios, se plantea la necesidad de establecer modificaciones legislativas que establezcan la competencia de los jueces solo para el conocimiento de aquellos asuntos judiciales contenciosos que no pueden ser resueltos en sede notarial.

La jurisdicción voluntaria en sede notarial, está destinada a ser aplicada sólo en aquellos casos en que dicha facultad no es atribuida expresamente a los jueces, puesto que en el caso del Ecuador específicamente existen procesos que por disposición de la ley, deben estar sometidos al conocimiento de los jueces.

### **4.2.3. Antecedentes históricos del patrimonio familiar**

Eduardo Carrión, puntualiza las siguientes referencias acerca de los antecedentes históricos del patrimonio familiar:

Desde remotos tiempos se encuentran ordenamientos jurídicos destinados a la protección de la familia, que es base y condición de paz social y de salud pública. Las legislaciones que se inspiran en sanos principios han procurado dotar a la familia de un acervo patrimonial mínimo, para que viva y se desarrolle en paz y seguridad.

Los romanos legislaron sabiamente a este respecto, y crearon la institución denominada *heredium familiae*. Esta y el *ager publicus populi romani* son los lejanos antecedentes del moderno patrimonio familiar, que es parte de casi todas las legislaciones europeas y americanas.

Modernamente, los legisladores norteamericanos son los que más amplia cabida han dado a esta trascendental institución, por lo cual Donalson anota “que al mismo tiempo que es el asilo inviolable de la familia y el apoyo del Gobierno Federal, cubre de habitaciones el suelo del Estado; hace surgir de la tierra las comunas y las ciudades; atenúa los riesgos y la gravedad de los desórdenes públicos y las conmociones sociales, atrayendo a la propiedad a los indígenas y a los extranjeros que vienen a establecerse en el país. Este *homestead* no le hemos tomado de ninguna otra nación; lleva el sello de la originalidad de nuestra raza; y



subsiste como testimonio real y vivificante de la sabiduría y patriotismo de los que lo han establecido” (Carrión, 1991, p. 271).

Como bien lo señala el autor, el afán de proteger a la familia, se hace evidente desde muy antiguo en la elaboración de los ordenamientos jurídicos de los diferentes Estados, pues se entiende que, por ser de trascendental importancia para el mantenimiento de la estructura y el desarrollo social, la familia debe ser protegida en todos los ámbitos y no queda excluida de ninguna forma la protección en el aspecto económico, para lo cual se instituyó el patrimonio familiar.

En el afán de proteger a la familia desde siempre las legislaciones han procurado que cuente, con un patrimonio mínimo, que permita que sus miembros vivan y se desarrollen en condiciones de paz y seguridad, para eso es que se ha dispuesto que los bienes que se constituyen bajo patrimonio familiar, queden excluidos de la posibilidad de ser dispuestos y enajenados por parte de su titular, ya que esto generaría inseguridad para la familia.

Así desde tiempos del Derecho Romano estuvieron en vigencia, instituciones que se convierten en los antecedentes más remotos de lo que hoy se conoce con el nombre de patrimonio familiar. Es de destacar que conforme a la cita es en el ordenamiento norteamericano en donde más desarrollo ha tenido esta importante institución, porque es justamente en estas legislaciones que se ha considerado como un elemento esencial para el sostenimiento del núcleo familiar, que este esté amparado por un patrimonio que asegure la estabilidad económica de todos sus integrantes.

En lo referente a la evolución legislativa del patrimonio familiar en el Ecuador Juan Larrea Holguín, aporta algunos elementos importantes como se establece a continuación:

La Constitución Política de 1929 mencionó por primera vez, en la legislación del Ecuador, el bien inembargable de familia.

...Las Constituciones del Ecuador, a partir, como queda anotado, de 1929, hablan de “haber familiar” y, además, de “patrimonio familiar”. Lo primero, parece más abstracto o ideal, y el patrimonio familiar concreta la aspiración legislativa.

La Ley de Reforma Agraria de 1963 había ya definido “la unidad agrícola familiar”.

También en la Ley de Tierras Baldías, se anota en el Ecuador una cierta evolución desde un sentido más rígido de imposición del patrimonio familiar, a uno más flexible, que promueve la constitución de éste, sin imponerlo necesariamente.

...La Ley del Seguro Social de 1935 (Decreto Supremo 12 del 2 de octubre de 1935) declaró como patrimonio familiar inembargable los predios adquiridos con préstamos del Seguro Social, mientras perduran dichos préstamos, y posteriormente se estableció el seguro de desgravamen, por el cual se cancelan los préstamos a la muerte del afiliado, y continúa el régimen de patrimonio familiar a favor de los herederos menores de edad (Larrea, 2008, p. 77).

Como se puede observar la primera referencia de orden legal acerca del patrimonio familiar, en el Ecuador, aparece por el año de 1929, luego se observa una

asociación directa entre esta institución jurídica y la protección a la familia especialmente en el sentido de que cuenten con una unidad agrícola para su subsistencia, también está asociado con principios como la seguridad social, en donde todos los bienes adquiridos con préstamos concedidos a los afiliados se mantenían bajo el régimen de patrimonio familiar, aún a la muerte del afiliado continuaba este régimen con la finalidad de proteger a los herederos menores de edad, beneficiarios de esta limitación al dominio.

Continúa el autor antes citado, señalando que:

El Decreto Supremo 114, del Ing. Federico Páez el 2 de octubre de 1935, autorizó a los Municipios para que puedan enajenar a favor de obreros, directamente y sin sujeción a trámites legales, las casas que construyan para vivienda, hasta que los obreros no cubran su valor, no se hacen efectivas las enajenaciones, gravámenes ni hipotecas. Tampoco pueden embargarse las casas adquiridas en barrios obreros. El municipio de Quito, bajo la dirección de Jacinto Jijón y Caamaño fue el primero, en desarrollar amplios barrios obreros, bajo este régimen especial de patrimonio familiar.

Otros casos singulares de adjudicaciones de tierras a indígenas, con imposición del sistema de patrimonio familiar, se multiplicaron en 193 en el Gobierno del General Alberto Enríquez Gallo. El Decreto 55 del 29 de marzo de 1937 creó el Departamento de Seguro de Desgravamen del Seguro Social y en él se establece el patrimonio familiar a favor de los beneficiarios de dicho seguro.

Esta abundante legislación especial, se tuvo en cuenta en el Código de Procedimiento Civil, (del año 1938) cuyo artículo 548 disponía que la inhabilidad del fallido no se extiende “a la administración del patrimonio familiar” y así se preparó la ley del año 1940, que ha dado origen al actual Título XI del Libro II del Código Civil, en el que se introdujo ya desde la edición de 1950. Posteriores reformas se han producido, sobre todo para actualizar el límite de la cuantía máxima del patrimonio familiar. La Ley 256, que reformó ampliamente el Código Civil para aplicar los principios de igualdad de los hijos y de los cónyuges, también modificó algunos artículos del mencionado Título (Larrea, 2008, p. 78).

Se observa conforme a las referencias históricas anotadas que el patrimonio familiar estuvo asociado a una acción de las instituciones como los Municipios, en favor de los barrios populares, con la finalidad de garantizar que los inmuebles construidos para vivienda no puedan ser enajenados, de igual forma en 1937 se aplicó el patrimonio familiar como una forma de proteger a las tierras adjudicadas a los indígenas, y a aquellas que eran adquiridas por afiliados a la seguridad social.

En el estudio de las referencias históricas del patrimonio familiar, es muy importante también la incorporación que se hace en el Código de Procedimiento Civil, en el sentido de señalar que la inhabilitación en la que incurre la persona insolvente no se extiende a la posibilidad de administrar su patrimonio familiar, la cual es un antecedente para que en el año de 1940 se incorpore el Título XI del Libro II del Código Civil, el régimen jurídico relacionado con el patrimonio familiar, el cual ha sufrido ciertas modificaciones hasta estar regulado en la forma que está previsto en la actualidad.

Finalmente, para concluir este análisis se lo hace citando nuevamente el criterio de Eduardo Carrión, quien señala:

La legislación ecuatoriana cuenta con diversas normas destinadas a proteger la familia y procurarle una base económica. El título XI del Libro II del Código Civil, ordena prolijamente esta importante materia. Pero es forzoso reconocer que la institución del patrimonio familiar vive tan sólo en los textos legales, pues no ha merecido todavía la suficiente acogida práctica de los que pudieran lograr con ella importantes beneficios. (Carrión, 1971, p. 272)

En cuanto a la legislación ecuatoriana, el autor hace referencia a que cuenta con preceptos legales que tienen como propósito proteger a la familia procurándole una base económica constituida a través del patrimonio familiar, y para ello se ha desarrollado un régimen específico en el Código Civil, a objeto de regular adecuadamente esta materia.

También es importante lo que concluye el autor en el sentido de que el patrimonio familiar si bien se encuentra reconocido en textos legales, hasta la actualidad no ha sido objeto de estudio y análisis amplio en la doctrina, y tampoco se emplea adecuadamente por las familias con la finalidad de que sus miembros sean partícipes de los beneficios de esta institución.

Es real lo que manifiesta el autor en el sentido de que hace falta un mayor desarrollo doctrinario acerca de la institución del patrimonio familiar y de todos los aspectos relacionados con ella, pues poco se ha analizado esta temática y ello implica limitaciones bibliográficas importantes al momento de estudiarla.

#### 4.2.4. Constitución del patrimonio familiar

Sobre la constitución del patrimonio familiar la autora Sandra Milena Daza, se ha pronunciado en la siguiente forma:

El patrimonio de familia tiene dos formas de constituirse: de manera voluntaria y de manera forzosa.

**Patrimonio de familia voluntario:** Este se puede constituir, sustituir o cancelar por vía judicial ante un juez, por medio de providencia judicial, o bien, por vía notarial, ante Notario por medio de escritura pública.

**Patrimonio de familia forzoso:** Es una obligación que impone la ley a los beneficiarios de viviendas de interés social y viviendas de interés prioritario, consistente en constituir el patrimonio de familia en la escritura pública de compra-venta. Dicho patrimonio de familia no está sujeto ni al procedimiento ni a las cuantías de su constitución (Daza, 2015, pp. 39-40).

Conforme a la opinión doctrinaria que antecede, el patrimonio familiar puede constituirse de forma voluntaria o forzosa.

El patrimonio se constituye de forma voluntaria, por solicitud de las personas interesadas presentada ante Juez, quien emitirá la correspondiente providencia judicial que autoriza la constitución, la cual deberá ser elevada a escritura pública y debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad, esto con la finalidad de que quede constancia de la constitución de esta limitación.

El patrimonio familiar es generalmente constituido por los cónyuges quienes en su condición de padres, con la finalidad de darle sustento patrimonial a su familia, deciden solicitar la constitución de esta limitación al dominio realizando para el efecto los trámites pertinentes.

También existe la denominada constitución forzosa, que es aquella que es impuesta por algún precepto legal, y generalmente tiene aplicación cuando se trata de inmuebles adquiridos con finalidades de interés social o prioritario, en estos casos la ley impone la constitución del patrimonio familiar, la cual deberá constar en la misma escritura de compraventa, en este caso no se sigue ningún procedimiento específico ni se toma en cuenta las cuantías previstas en la ley.

Patrimonio familiar constituido de forma forzosa, es por ejemplo en el Ecuador, aquel que se constituye por así exigirlo instituciones como el Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda, los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales respecto de los beneficiarios de viviendas de interés popular; así también, lo establecido en la Ley de Seguridad Social en el Art. 70 que son inembargables y quedan gravados con patrimonio familiar los bienes adquiridos con crédito hipotecario del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Es decir, se imponen como un requisito esencial que el bien quede constituido en patrimonio familiar por algunos años con la finalidad de evitar que sea objeto de gravamen, y de este modo dar seguridad económica a la familia.

Las dos formas de constitución del patrimonio familiar, tienen la misma finalidad que es la de proteger a la familia, y la de garantizar además que esta cuente con un sustento

económico perdurable en el tiempo, por ello es que generalmente los programas de ayuda social respecto del financiamiento de inmuebles para la vivienda, establecen como requisito esencial para el otorgamiento de créditos que se constituya patrimonio familiar para que de esta forma se cumpla en objetivo social de la concesión de dicho crédito y se asegure la estabilidad de la familia.

#### **4.2.4.1. Constituyentes**

El autor Rafael Cevallos, señala respecto a los constituyentes el patrimonio familiar:

Conforme a lo dispuesto por los artículos 225, 835, 836 y 837 del Código Civil, pueden constituir patrimonio familiar:

- a). El marido o la mujer, separadamente, respecto de sus bienes propios;
- b). El marido y la mujer conjuntamente, si el inmueble pertenece al haber conyugal;
- c). La persona viuda, divorciada o soltera, siempre que tenga la libre administración de los bienes; y,
- d). Quienes viven en estado de unión de hecho, dentro de lo prescrito por la Ley (Cevallos, 2011, p. 298).



Remitiéndose a las normas legales pertinentes del Código Civil ecuatoriano, el autor nos recuerda que tienen la condición de constituyentes del patrimonio familiar las siguientes personas:

- El marido o la mujer, cuando el patrimonio se va a constituir sobre bienes que son de exclusiva propiedad de uno de ellos. Es decir, en este caso pueden hacerlo de forma separada.
- El marido y la mujer en forma conjunta, si el inmueble que va a ser afectado por el patrimonio familiar pertenece en común a ambos y es parte de los bienes de la sociedad conyugal.
- La persona que tenga el estado civil de soltero, viudo o divorciado, siempre y cuando posea la capacidad legal para asumir la libre administración de los bienes de su propiedad.
- Las personas que viven bajo el régimen de unión de hecho. En este caso se aplicaría también la constitución en forma separada, o en forma conjunta en forma análoga a como se aplica para el caso de la constitución por parte de marido y mujer.

Como características esenciales para que una persona pueda constituir un patrimonio familiar, se requiere que disponga de un bien que sea de su propiedad. Además, se requiere que se trate de personas que tengan la libre administración de sus bienes es decir que no estén afectados por una circunstancia legal que limite su capacidad de administrar el bien que se pretende constituir en patrimonio.

Para que puedan constituir patrimonio familiar los dos cónyuges de forma conjunta, se requiere que el bien sea parte del haber de la sociedad conyugal, es decir no puede constituirse dicho patrimonio con bienes que no sean parte del haber conyugal.

#### **4.2.4.2. Beneficiarios**

Genaro Eguiguren, sobre los beneficiarios del patrimonio familiar señala:

El dueño del bien, llamado “instituyente” y sus descendientes son beneficiarios del patrimonio familiar y a aquellos corresponde, en común, el uso y goce de los bienes afectados por el gravamen. La ley menciona que los beneficiarios son los indicados, no obstante, varias menciones a los hijos hacen pensar que la descendencia, para estos efectos, se limita al primer grado, pero al tratar de la extinción, menciona como beneficiario al nieto. Por tratarse de una institución dirigida a la protección familiar, hay que concluir, a la luz de los principios del derecho social, que el beneficio de gozar del patrimonio familiar alcanza a los descendientes hasta el segundo grado de consanguinidad, es decir, la familia, para efectos de patrimonio familiar lo constituyen el dueño, su cónyuge si lo hubiera, sus hijos y sus nietos, tanto los que existen al momento de constituirse como los que lleguen a existir posteriormente (Eguiguren, 2008, p. 283).

El autor también se remite de forma indirecta a lo que menciona la legislación civil ecuatoriana, al señalar que tienen la condición de beneficiarios del patrimonio familiar.

- El propio constituyente y sus descendientes, a quienes corresponde en común el uso y goce de los bienes constituidos en patrimonio familiar.
- El beneficio del patrimonio familiar alcanza inclusive para los nietos.
- Considerando la trascendencia social del patrimonio familiar, y sobre todo que se trata de una institución dirigida a proteger a la familia, el beneficio alcanza a los descendientes hasta el segundo grado de consanguinidad, estableciéndose que son beneficiarios: el constituyente, su cónyuge si fuere casado (o el conviviente en caso de unión de hecho), sus hijos y sus nietos, tanto los que viven al momento de celebrarse la constitución como también los que lleguen a existir posteriormente.

El patrimonio familiar se constituye en beneficio, de la persona del mismo constituyente y de sus descendientes, alcanzando incluso a los nietos del constituyente. Todos los beneficiarios tienen derecho a usar y gozar de los bienes constituidos en patrimonio. Es preciso indicar que el beneficio del patrimonio, alcanza incluso a los descendientes que lleguen a existir en fechas posteriores a la constitución, situación que permite entender que el patrimonio familiar busca proteger a toda la familia que desciende del constituyente.

#### **4.2.5. Diferenciación entre extinción y subrogación del patrimonio familiar**

En cuanto tiene que ver a la extinción del patrimonio familiar, Álvaro Namen Vargas, sostiene que “la extinción es el levantamiento total del gravamen y por ende la pérdida del mecanismo de protección familiar” (Namen, 2013, p. 3).

Cuando el patrimonio familiar se extingue, se levanta el gravamen y consecuentemente las limitaciones que afectaban al bien sobre el cual estaba constituido el mismo, es como dice el autor, la pérdida del mecanismo de protección familiar ante el hecho de que el bien queda bajo el dominio absoluto del titular del mismo, que puede disponer de él como fuere su voluntad.

Conforme al criterio de Enrique Varsi, “el patrimonio solo se extingue a falta de beneficiarios. Aunque muera el constituyente el patrimonio permanece y los beneficiarios continúan en tal calidad, suspendiéndose los derechos a la partición del bien de familia a los herederos” (Varsi, 2017, p. 496).

El criterio anterior es interesante y resume de manera clara cuando puede producirse la extinción del patrimonio familiar, que en definitiva termina cuando no existen personas que deban beneficiarse del mismo, esto quiere decir que aún si ha fallecido el constituyente, el patrimonio continúa vigente en favor de los beneficiarios, solo cuando no existen estos el patrimonio se extingue.

Sin embargo, en el caso de la legislación ecuatoriana habría que establecer una excepción, que se da en el caso de la subrogación, que implica una especie de extinción que ocurre cuando la limitación existente en un bien inmueble deja de afectarle a este, para pasar a generar efectos de otro bien de propiedad del mismo constituyente.

Pero en realidad, en todos los casos contemplados el patrimonio se extinguirá de forma definitiva cuando se pruebe que no existen personas que tengan la condición de beneficiarios del mismo.

Los elementos que se han presentado desde el punto de vista de la doctrina permiten establecer que cuando se hace referencia a la extinción del patrimonio familiar, se está hablando de la desaparición definitiva de esta limitación al dominio, de manera que el bien deja de estar condicionado a las limitaciones que impone dicha institución jurídica, y puede ser dispuesto de forma libre y voluntaria por parte de su titular, quien queda en la potestad de poder enajenar, hipotecar, o realizar cualquier acto sobre el mismo, la extinción se produce cuando se verifican cualquiera de las causales que están previstas por la ley para el efecto.

La extinción en realidad está asociada al principio de que las cosas que se hacen en derecho pueden ser disueltas en derecho, pues la constitución del patrimonio familiar obedece a la verificación de los presupuestos establecidos en el Código Civil, conjunto de leyes que también establece de forma específica cuáles son los presupuestos o causales por los cuales se extinguirá esta limitación al dominio. La extinción tiene que ser expresamente solicitada por quien tiene interés en que la misma se declare, el solicitante deberá probar la existencia de una de las causales legales para que su petición sea aceptada.

Respecto de la subrogación del patrimonio familiar, en primer lugar, se debe señalar como un referente histórico que aparece regulada por primera vez en la legislación civil ecuatoriana, en el Código Civil promulgado en el Registro Oficial 104 del 20 de noviembre de 1970, en que esta causa de extinción era únicamente potestad del juez. Se trata entonces de una institución muy antigua, sin embargo, el desarrollo doctrinario existente es bastante limitado.

Luis Parraguez en cuanto a la subrogación escribe:

La subrogación es una ficción legal en virtud de la cual se considera que una persona (subrogación personal) o una cosa (subrogación real) ocupan el lugar que jurídicamente corresponde a otra.

En virtud de este mecanismo legal un inmueble constituido en patrimonio familiar poder ser sustituido por otro, y en este caso se constituye un nuevo patrimonio familiar sobre el segundo inmueble (subrogante) y extinguido el que afectaba al primero (subrogado)”. Para que tenga lugar esta subrogación se requiere autorización judicial, a petición del instituyente, con audiencia del Ministerio Público y conocimiento de causa, en la que el juez valorará la conveniencia de la subrogación para los beneficiarios.

Una variante de esta subrogación tiene lugar en los casos de expropiación del inmueble constituido en patrimonio familiar por causa de necesidad y utilidad pública, y la contempla el artículo 869. En esta eventualidad el total de la indemnización expropiatoria subroga al inmueble expropiado y en tal virtud se depositará en un Banco para que, con la compra de otro inmueble, siga constituido el patrimonio, lo que dará lugar a una nueva subrogación. Entre tanto -agrega el artículo 869- los beneficiarios percibirán los dividendos por intereses en vez de los frutos a que antes tenía derecho (Parraguez, 1999, pp. 145-146).

De acuerdo con lo indicado la subrogación es el mecanismo legal a través del cual una persona o cosa ocupan el lugar de otra dentro de una relación jurídica, por eso se identifica la existencia de la subrogación personal y de la subrogación real. En el caso del patrimonio familia, se estaría ante una subrogación real, que se refiere al reemplazo de un bien por otro, sobre el cual se constituye la limitación que afectaba al primero.

Cuando se produce la subrogación, hablando del patrimonio familiar, el bien inmueble sobre el que se encontraba constituida esta limitación al dominio, es reemplazado por otro, por efecto de esta sustitución se constituye un nuevo patrimonio familiar sobre el bien inmueble subrogante, y se extingue el patrimonio familiar que afectaba al inmueble subrogado. Es decir, el patrimonio familiar como limitación al dominio se traslada de un bien a otro que es de propiedad del mismo constituyente.

Es muy interesante la opinión citada en cuanto hace referencia a una especie particular de subrogación, que es aquella que se produce cuando el bien que se ha constituido en patrimonio familiar es objeto de expropiación, por razones de utilidad o necesidad pública, en cuyo caso el total de dinero que se recibe por concepto de la indemnización subroga al inmueble expropiado, y será depositado en una entidad bancaria, con la finalidad de que se compre otro inmueble para que siga constituido en patrimonio familiar, dando lugar a una nueva subrogación.

Sobre la subrogación del patrimonio familiar Eduardo Carrión, señala:

La subrogación exige el mismo trámite seguido en la primitiva constitución. Por tanto, la intervención del juez no es facultativa sino necesaria; y el juez, para

autorizar la subrogación, ha de tener en cuenta no solo el interés común de los beneficiarios, sino la situación de terceras personas, especialmente de los acreedores, los cuales tiene, respecto del patrimonio subrogado, las mismas acciones que tenían relación con la primitiva constitución (Carrión, 1991, p. 277).

De acuerdo con lo indicado, para la subrogación del patrimonio familiar, debe exigirse el mismo trámite que se debe seguir para su constitución, de allí que la intervención del juez en la subrogación, no es facultativa sino indispensable, pues es esta autoridad quien debe tomar en cuenta el interés común de los beneficiarios y la situación de terceras personas, específicamente de los acreedores, los cuales tienen en relación con el patrimonio subrogado, las mismas acciones que podían ejercer respecto del bien que anteriormente estaba constituido en patrimonio.

El autor de la cita anterior ratifica que dada la naturaleza de la constitución del patrimonio familiar, para la subrogación se requiere indispensablemente la participación del Juez que intervino en dicha constitución, quien deberá decidir considerando los intereses de las personas beneficiarias, así como los derechos de terceras personas, que pueden verse afectados por el hecho de constituir el patrimonio sobre un bien de menor cuantía, como puede ser justamente el caso de los acreedores.

Juan Larrea Holguín, aporta con criterios muy importantes acerca de la subrogación que por su importancia procedo a citar en este marco doctrinario, este autor manifestaba:



No resulta exacto decir que se extingue el patrimonio, si continúa en otros bienes que se subrogan a los originarios. Pero la ley quiere indicar en el numeral 4º, que objetivamente termina el gravamen o limitación propios del patrimonio familiar, respecto de los bienes sobre los que se constituyó mientras que continúa el derecho subjetivo de los beneficiarios y del mismo constituyente.

No se señalan las causas por las que se podrá proceder a la subrogación, pero el juez debe calificar “la conveniencia en interés común de los beneficiarios”. Podría suceder que algunos consideren conveniente la subrogación y otros no; el juez, después de oír a todos y apreciar las pruebas que presenten, deberá resolver lo que mejor convenga a la generalidad.

Se han dado algunos litigios sobre estos asuntos y la Corte Suprema ha resuelto invariablemente, que no se puede permitir la subrogación sin que se presente desde el principio, el nuevo inmueble sobre el que se constituirá el patrimonio, y que se han de justificar las motivaciones para el cambio. Igualmente reconoce la Corte que la Ley del Banco de la vivienda prevalece como Ley especial, y por tanto se puede realizar la subrogación con autorización judicial, cuando también las autoridades del Banco lo consientan, y que la subrogación debe hacerse por escritura pública inscrita en el Registro de la Propiedad.

...Respecto de la subrogación, ya he dicho más arriba que propiamente no es caso de terminación del patrimonio, sino de reemplazo del objeto sobre el que recae el derecho. El juez debe apreciar la conveniencia de esta sustitución de un inmueble por otro. La jurisprudencia ha precisado que no se puede autorizar la subrogación

sino se presenta el nuevo inmueble sobre el cual se va a establecer el gravamen (Larrea, 2008, pp. 106-109).

De acuerdo con lo manifestado por el autor, el hecho de que el patrimonio continúe constituido en otro bien, no permite decir que esta limitación se extingue, sin embargo, lo que ocurre es que termina el gravamen o las limitaciones que provoca el patrimonio familiar sobre los bienes respecto a los cuales se constituyó originariamente, continuando los derechos de los beneficiarios y del constituyente. Este criterio tiene lógica, pues la subrogación se trata del traslado de la limitación del dominio a otro bien, continuando por tanto en vigencia el patrimonio familiar.

Es verdad que la ley no establece causales para que sea procedente la subrogación del patrimonio familiar, limitándose a señalar que es el Juez o el Notario, el encargado de calificar si conviene o no tal subrogación considerando el interés común de todos los beneficiarios, si unos consideran que es conveniente sustituir el bien por otro y otros estiman que no es conveniente, el Juez o el Notario después de escucharlos deberá resolver lo que mejor convenga a todos.

La subrogación es imposible de aplicarse si desde el principio no se presentan ante la autoridad competente los documentos que demuestren la existencia del bien sobre el cual se va a subrogar el patrimonio, y se justifican las razones por las cuales es necesaria la sustitución. Por lo tanto, no estamos propiamente, según el autor citado ante un caso de extinción, sino más bien de reemplazo del bien sobre el que recae la limitación al dominio, esta sería la gran y marcada diferencia existente entre la extinción y la subrogación del patrimonio familiar.

#### **4.2.6. La extinción del patrimonio familiar en sede notarial**

La Ley Notarial, incorpora como una de las atribuciones exclusivas de los Notarios, la extinción del patrimonio familiar en sede notarial, sobre este tema no existen mayores elementos en cuanto tiene que ver con aportes doctrinarios al respecto por eso trataré de concretar el desarrollo de este subtema con los elementos que me ha sido posible recopilar.

Jorge Martínez, sobre la extinción del patrimonio familiar en sede notarial dice:

La diligencia debe iniciarse con la petición que formulen los interesados respaldada con la firma de un abogado- la misma que debe contener con claridad los fundamentos de hecho y de derecho que justifiquen. A la petición ha de acompañarse los documentos probatorios respectivos, tales como partidas de defunción, de matrimonio, de divorcio, sentencia que declare la terminación de la unión de hecho etc., según la causal que se invoque, los que serán debidamente estudiados por el Notario.

La declaración juramentada del titular del dominio y los testimonios de las personas a las que se refiere la disposición sobre la necesidad de extinguir o subrogar el patrimonio familiar, deben ser receptadas por separado mediante escrituras públicas. Con estos instrumentos, el Notario mediante acta procederá a declarar extinguido o subrogado el patrimonio familiar constituido sobre los bienes raíces de los peticionarios.

Cuando el patrimonio haya sido constituido por mandato de la ley, deberá contarse con la aceptación de la respectiva institución que dispuso esta limitación del dominio, mediante la concurrencia del representante legal en la diligencia o el envío de una comunicación auténtica en la que se exprese su conformidad para la realización del acto.

El acta debe finalizar con la manifestación expresa del Notario que declara extinguido o subrogado el patrimonio familiar y dispondrá su anotación al margen de la inscripción respectiva en el Registro de la Propiedad del cantón en el que se encuentra ubicado el inmueble (Martínez J. , 2016, p. 55).

Este criterio se orienta a determinar que los Notarios respecto de la extinción del patrimonio familiar, están facultados para declararla por cualquiera de las causales que están previstas en el Código Civil vigente, opinión con la cual no es posible coincidir en razón de los elementos que se han expuesto desde el planteamiento mismo de la problemática escogida para el desarrollo del trabajo investigativo.

Así menciona que la diligencia tendrá inicio para atender la petición formulada por los interesados en que se declare la extinción, en la cual se señalarán los fundamentos de hecho y de derecho correspondientes a la cual se adjuntarán documentos probatorios, que serán estudiados por el Notario, esta aseveración se refiere a que se deberán verificar que cumplen con los requisitos de forma necesarios para determinar su autenticidad, no obstante se debe recordar que el Notario no está facultado para actuar prueba con la finalidad de determinar la verificación de las causales de extinción del patrimonio familiar

distintas a la subrogación, en cuyo caso indispensablemente se requiere probar judicialmente la verificación de los presupuestos establecidos en esas causales.

Luego se receptorá la declaración del constituyente y los testimonios que acrediten la necesidad de extinguir o subrogar el patrimonio, las cuales deben ser receptoradas en escrituras públicas de forma separada, con estos instrumentos el Notario elaborará el acta correspondiente para declarar extinguido o subrogado el patrimonio familiar constituido sobre los bienes inmuebles de propiedad de los peticionarios.

Aquí encontramos una situación que se debe analizar, en aquellas causales distintas a la subrogación no es indispensable acreditar la necesidad de extinguir el patrimonio, pues obedecen a hechos jurídicos que una vez probados provocan como efecto la extinción del patrimonio, sólo en la subrogación es necesario justificar que se debe sustituir el bien afectado en patrimonio familiar por otro, por ser eso conveniente a los intereses de los beneficiarios.

En los casos en que el patrimonio ha sido constituido forzosamente, es decir por disposición de la ley, es indispensable que comparezca la institución que dispuso la constitución en patrimonio familiar, a través de su representante legal, o exista una comunicación auténtica de la que conste que está de acuerdo con la extinción.

El acta notarial debe finalizar con la manifestación del Notario, declarando extinguido o subrogado el patrimonio familiar y disponiendo que se la extinción se registre al margen de la respectiva inscripción de constitución del patrimonio en el

Registro de la Propiedad correspondiente al cantón en donde se encuentra ubicado el inmueble afectado.

Particularmente no comparto la opinión doctrinaria analizada por cuanto el Notario está facultado únicamente para hacer la extinción del patrimonio familiar por subrogación, pues las otras causales, por disposición expresa del Código Civil ecuatoriano vigente, son potestad y atribución exclusiva de los jueces, por lo que en atención al principio de unidad jurisdiccional, son ellos únicamente quienes pueden declarar la extinción luego de valorar si esta conviene al interés común de todos los beneficiarios del patrimonio familiar.

En cuanto se refiere a la posición contraria, es decir que la única facultad del Notario es la de subrogar el patrimonio, recorro al criterio expresado por Paúl Arellano Sarastí en su blog “Extinción del Patrimonio Familiar”, quien manifiesta:

“La única causal por la que se puede extinguir el patrimonio familiar en una notaría es por subrogación” (Arellano, 2018). Es decir, de las causales que se encuentran previstas en el Código Civil ecuatoriano, la única por la cual se puede acudir a tramitar la extinción en sede notarial es la subrogación, pues las demás causales son potestad exclusiva de los jueces competentes, esto en razón de que el Código Civil de forma muy clara otorga esta exclusiva facultad a los Notarios.

Hay que anotar que aún en los casos de subrogación, es necesario de conformidad con el Código Civil, que el Juez o el propio Notario califique si es conveniente o no para el interés común de todos los beneficiarios, por lo tanto, esta situación debería ser

observada en una posible reforma para establecer como se determinaría esa conveniencia en el caso de tramitarse la extinción del patrimonio familiar en sede notarial.

#### **4.2.7. El derecho a la seguridad jurídica respecto de la extinción del patrimonio familiar**

Los autores Stalin Lucas y José Albert, hacen una importante precisión acerca del derecho a la seguridad jurídica, cuando manifiestan:

La seguridad jurídica es un principio constitucional y un derecho fundamental, que se refiere a la obligatoriedad que tiene el Estado de brindar al ciudadano que su integridad, vida, libertad, familia, patrimonio, y sobre sus derechos sean respetados y garantizados.

El Notario como funcionario estatal, en el ámbito de sus atribuciones debe fielmente observar que los actos, contratos y negocios jurídicos que otorga cumplan con todas las solemnidades legales para que estos estén basados por la fe pública, y tengan la presunción legal de autenticidad, validez, veracidad, certeza y legitimidad, lo que brinda a la ciudadanía en general de seguridad jurídica notarial (Lucas & Albert, 2019, p. 47).

Como lo indican los autores, la seguridad jurídica está reconocida en la Constitución de la República, y es catalogada como un derecho fundamental según el cual el Estado está en la obligación de proteger la vigencia de los derechos de los ciudadanos,

entre ellos el de contar con un patrimonio familiar que respalde las necesidades y de seguridad a los integrantes de la familia.

Atendiendo a la seguridad jurídica, el Notario, al ser un servidor público, en el cumplimiento del servicio notarial, debe garantizar que en los actos, contratos y negocios jurídicos que ante él se celebran, se cumpla con todas las solemnidades previstas en la ley, para que los mismos tengan una presunción legalidad de validez y legitimidad, de esta forma los ciudadanos tienen garantizada la seguridad jurídica notarial.

En cuanto tiene que ver con la seguridad jurídica respecto de la extinción del patrimonio familiar en sede notarial, esta no está debidamente garantizada porque las normas de la Ley Notarial, contradicen las previstas en el Código Civil, y confunden lo que es la extinción con la subrogación, dando lugar a entender que los Notarios pueden extinguir el patrimonio por cualquiera de las causales contempladas en el Código Civil, cuando lo que en realidad faculta la ley es para que puedan intervenir únicamente en los casos de extinción por subrogación.

Esta contradicción genera una inseguridad jurídica, que ha provocado que en algunos casos extralimitándose en el cumplimiento de sus atribuciones, los Notarios hayan declarado la extinción del patrimonio familiar por causales distintas a la subrogación, generando instrumentos que carecerían de validez jurídica y legitimidad por contravenir expresamente las disposiciones del Código Civil, además de poner en riesgo los derechos de las personas beneficiarias de dicho patrimonio, que no están debidamente garantizados al no existir un trámite notarial que pueda hacer posible la extinción por las demás causales.



#### **4.2.8. El principio de legalidad en la regulación de la extinción del patrimonio familiar**

Sobre el principio de legalidad, aplicado al ejercicio de la función notarial, Bécquer Carvajal señala:

En base a este principio, el Notario únicamente puede ejecutar actos o dar fe pública de lo que la ley le permita y apegado a las normas constitucionales y legales, es obligación del Notario revestir de legalidad el acuerdo de voluntades de los contratantes, previo al estudio del acto que se pretende legalizar y la manera de realizarlo es teniendo conocimiento de los distintos cuerpos legales que regulan la actividad notarial, verificando los requisitos como tal. Considero que, dentro del negocio inmobiliario, la manera más fidedigna de dar seguridad al comercio en sí, es con la presentación del certificado de gravámenes extendido por el Registrador de la Propiedad. He ahí entonces la responsabilidad de este funcionario (Carvajal, 2007, p. 85).

Por la vigencia del principio de legalidad, el Notario al ser un funcionario cuya misión es dar fe pública de los actos y contratos que se han celebrado en su presencia, debe someterse estrictamente a lo establecido en el ordenamiento jurídico vigente, esto es en las normas previstas en la Constitución y en las leyes. Además, el Notario debe asegurarse de que el acuerdo de voluntades que se pone de manifiesto por parte de los usuarios del servicio notarial sea legal, para ello previamente debe empaparse del contenido de las leyes que tienen que ver con el ejercicio de su actividad, de modo que sus criterios y actuaciones sean legales y jurídicas, además verificará que irrestrictamente

se cumplan todos los requisitos que contempla la normativa vigente para la validez del acto.

Así para que sea posible que se solemnice un acto o contrato relacionado con el traspaso de dominio será indispensable verificar que el mismo no esté afectado por gravamen alguno, en cuyo caso es infalible que el Notario cuente con el certificado emitido por el Registrador de la Propiedad.

El principio de legalidad sólo le faculta al Notario para realizar lo que la ley le permite, de allí que dicho principio se afecta cuando extralimita en sus funciones en cuanto tiene que ver con la extinción del patrimonio familiar, justamente por contravenir lo señalado en el Código Civil, esto debido a la falta de claridad en la Ley Notarial al confundir la extinción con la subrogación como dos términos con el mismo significado.

#### **4.2.9. La contradicción jurídica respecto de la regulación de la extinción o subrogación del patrimonio familiar en la Ley Notarial**

Uno de los preceptos que integran la garantía de seguridad jurídica, es la claridad de la ley, manifestada entre otras cosas, en que sus preceptos no sean contradictorios, de forma que puedan ser aplicados efectivamente para tutelar los derechos de las personas.

Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin han expresado lo siguiente:

Contradicción jurídica. - Es cuando un caso individual es regulado por dos o más normas planteando soluciones o efectos jurídicos opuestos para dicho caso. Concretamente, nos estamos refiriendo aquí a un sistema normativo incoherente. Por lo tanto, un sistema es coherente cuando no existe contradicción de varias normas para regular la misma situación de hecho (Alchourrón & Bulygin, 2002, p. 37).

De acuerdo con lo anterior, existe contradicción jurídica respecto del problema investigado por cuanto la extinción del patrimonio familiar, está regulada en dos normas jurídicas contempladas tanto en el Código Civil como en la Ley Notarial.

La solución que presenta el Código Civil, es que la subrogación es una de las formas de extinción del patrimonio familiar, la única en que conforme a esta normativa puede ser declarada por el Notario, puesto que las demás de acuerdo al sentido literal de la norma corresponden a los Jueces de lo Civil y Mercantil o a los Jueces Multicompetentes según la jurisdicción territorial en donde se ubiquen los bienes sobre los cuales se pretende declarar la extinción del patrimonio familiar.

En cambio, la Ley Notarial, presenta otra solución, pues establece que tanto la extinción como la subrogación, son primero términos sinónimos, y esta confusión generada por defectos en la redacción formal de la norma hace que exista una extralimitación de los notarios, que por la incoherencia entre la norma prevista en la referida Ley y la establecida en el Código Civil, actúan extralimitándose en sus funciones declarándose la extinción del patrimonio familiar por todas las causales previstas en este Código.

Esta contradicción, se opone a la seguridad jurídica, puesto que se han incorporado en el ordenamiento jurídico, dos normas que le dan un sentido diferente a un mismo hecho cuya relevancia es evidente puesto que se relaciona con derechos fundamentales de las personas, especialmente de los beneficiarios del patrimonio familiar.

La situación anterior la puntualiza con precisión, específicamente en cuanto a las atribuciones de jueces y notarios en cuanto a la subrogación del patrimonio familiar, el autor Pablo Alonso y quienes señalan en lo pertinente:

Según se ha insinuado ya, las normas ecuatorianas parecen tener una calidad desigual y no ser siempre congruentes entre sí. Se han dado casos en que dos normas reguladoras de los mismos derechos tienen efectos distintos. Por ejemplo, la autoridad competente para la subrogación del patrimonio familiar varía según el texto consultado (el juez según el Código Civil, o el notario según la ley notarial) (Alonso, y otros, 2007, p. 12).

Es decir, que no existe congruencia entre las normas de la legislación civil y las contempladas en la ley notarial, la redacción contradictoria de los preceptos legales establece según el Código Civil que el notario tiene competencia únicamente para la subrogación potestad que es compartida con el Juez. Mientras que, conforme a la Ley Notarial, el notario puede extinguir o subrogar, es decir que atendiendo al sentido de la norma puede actuar en todos los presupuestos señalados como causales para la extinción del patrimonio familiar incluyendo a la subrogación, situación que resulta contradictoria con el Código Civil, que de forma expresa en el numeral 4 del Art. 851, sólo le da la potestad para intervenir en la subrogación.

### **4.3. Marco Jurídico**

#### **4.3.1. Constitución de la República del Ecuador**

La Constitución de la República del Ecuador, promulgada en el Registro Nro. 449 del 20 de octubre del 2008, en su Art. 1, establece textualmente:

El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.

La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución.

Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible (Constitución de la República del Ecuador , 2008, p. 2).

Conforme esta disposición los ecuatorianos vivimos actualmente bajo un régimen constitucional cuya finalidad esencial es la garantía y protección de los derechos de las personas, como una forma de procurar la justicia social. De allí que un deber esencial del Estado ecuatoriano es garantizar los derechos de todos los ciudadanos, entre ellos el de contar con un patrimonio que les permita tener seguridad y estabilidad, tanto individualmente como a nivel familiar.

Los órganos del poder público, sin excepción, están obligados a respetar los derechos de las personas y a garantizarlos a través de todos los medios posibles, de allí que en el ámbito jurídico todas las entidades del Estado, deben procurar que los derechos reconocidos en la Constitución y en la Ley se hagan efectivos.

También es necesario puntualizar que, en la Constitución de la República del Ecuador, específicamente en el Art. 11, numeral 4, se establece lo siguiente: “Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: ...4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, p. 8).

De forma muy clara establece la norma constitucional, que no puede a través de preceptos legales contenido en normas jurídicas que forman parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano, restringirse derechos que estén reconocidos en la Constitución.

En este sentido se debe precisar que no se puede a través de los preceptos contenidos en la Ley Notarial, afectar los derechos de las personas beneficiarias del patrimonio familiar, mediante una declaratoria de extinción que no se ajuste al ordenamiento jurídico previsto en la legislación civil. En relación estricta con la temática que se aborda en esta investigación se debe señalar que la Constitución de la República del Ecuador reconoce en el Art. 66, numeral 26, como uno de los derechos de libertad de las personas, el derecho de propiedad en los siguientes términos: “26. El derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental. El derecho al acceso a la propiedad se hará efectivo con la adopción de políticas públicas, entre otras medidas” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, p. 38).

A través del postulado constitucional antes citado en el Ecuador se reconoce como un derecho fundamental de las personas, el derecho a la propiedad, exigiéndose como elemento indispensable de este derecho que la propiedad cumpla una función, y una responsabilidad social y ambiental.

Una de las formas en las que se puede ejercer el derecho de propiedad, es justamente a través de la imposición de una limitación como es el patrimonio familiar, esto con la finalidad de que la propiedad cumpla la función social de brindar protección a la familia, siendo también el patrimonio familiar una medida que la ley impone para proteger patrimonialmente a la familia en todos los casos en que esta limitación al dominio se constituye por un mandato legal.

De igual manera respecto al patrimonio familiar, como un mecanismo para proteger los derechos de las personas que integran la familia, la Constitución de la República del Ecuador de forma textual señala lo siguiente.

Art. 69.- Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia:

2. Se reconoce el patrimonio familiar inembargable en la cuantía y con las condiciones y limitaciones que establezca la ley. Se garantizará el derecho de testar y de heredar (Constitución de la República del Ecuador, 2008, p. 40).

A través del precepto anterior, el Estado ecuatoriano brinda protección a la familia, reconociendo la institución jurídica del patrimonio familiar, al cual le otorga el carácter de inembargable. Esta limitación al dominio, reconocida constitucionalmente, deberá constituirse en la cuantía y con las condiciones y limitaciones previstas en la Ley.

La norma anterior ratifica la importancia del patrimonio familiar, que al constituirse en una institución que busca proteger económica y patrimonialmente a la familia, recibe protección constitucional, la cual se desarrolla a través de la incorporación de normas legales recogidas principalmente en la legislación civil, las cuales serán revisadas más adelante dentro de este marco jurídico.

Es importante dentro del análisis de los preceptos constitucionales, tomar en cuenta lo que señala el Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador, en sus numerales 1 y 3, que establecen como garantía de un debido proceso, las siguientes:

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y derechos de las partes.
3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pp. 42-43).

De acuerdo con las normas anteriores en todo procedimiento en donde se determinan derechos y obligaciones de las personas, las autoridades deben garantizar que



se cumplan las normas legales y se protejan los derechos de los intervinientes; todas las personas deben someterse ante las autoridades competentes las que están obligadas a seguir el procedimiento señalado por la Ley para la celebración de cada proceso o acto, que afecte derechos o genere obligaciones.

La norma anterior es muy importante, pues por su rango constitucional es aplicable para el caso de la extinción del patrimonio familiar por subrogación, en cuyo caso el notario está en la obligación de observar los preceptos legales de manera que no se extralimite en sus funciones, y esa extralimitación pueda significar una vulneración a los derechos de las partes que intervienen, y especialmente de los beneficiarios del patrimonio.

Es importante dentro del análisis de las normas de la Constitución de la República del Ecuador, hacer referencia a la seguridad jurídica, que se encuentra regulada en el Art. 82 del texto constitucional en la siguiente forma:

“Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes” (2008, pág. 49).

Muy claro es el precepto anterior, en el sentido de que la seguridad jurídica como derecho fundamental de las personas, está basado en que se respete las normas contenidas en la Constitución de la República del Ecuador, y en que como parte del ordenamiento legal existan preceptos jurídicos establecidos en forma previa, clara y pública, que puedan ser aplicados por las autoridades competentes.

Es importante indicar que la existencia de normas claras, se refiere a que los preceptos legales contenidos en ellas no contradigan el texto constitucional, ni guarden criterios contradictorios con las demás normas que integran la legislación ecuatoriana, esto con la finalidad de que puedan aplicarse, bajo un criterio de certeza que garantice los derechos de las personas.

Además, en cuanto tiene que ver con las autoridades competentes, esto se refiere a que sólo las autoridades que tienen potestad para aplicar una norma jurídica deben hacerlo, sin que exista la intromisión de otros servidores, ni siquiera de aquellos que corresponden a la propia función judicial o son parte de sus órganos auxiliares, pues la competencia nace de las normas legales que deben ser lo suficientemente claras en su contenido.

No se garantiza la seguridad jurídica en cuanto tiene que ver con la extinción del patrimonio familiar, por la falta de claridad en las normas de la Ley Notarial, las cuales se contradicen con las que están contempladas en el Código Civil, al otorgar a los Notarios competencia para extinguir o subrogar el patrimonio familiar, cuando lo que confiere la legislación civil a los servidores que cumplen la función notarial es la potestad para la subrogación, como una forma de extinción. Estas contradicciones generan inseguridad jurídica y ponen en riesgo incluso el cumplimiento de las finalidades propias del patrimonio familiar.

La Constitución de la República del Ecuador, regula lo concerniente al sistema notarial, en los artículos que se citan y analizan en las siguientes líneas:

Art. 199.- Los servicios notariales son públicos. En cada cantón o distrito metropolitano habrá el número de notarias y notarios que determine el Consejo de la Judicatura. Las remuneraciones de las notarias y notarios, el régimen de personal auxiliar de estos servicios, y las tasas que deban satisfacer los usuarios, serán fijadas por el Consejo de la Judicatura. Los valores recuperados por concepto de tasas ingresarán al Presupuesto General del Estado conforme lo que determine la ley (Constitución de la República del Ecuador, 2008, p. 98).

A través de la norma anterior se establece en primer lugar el carácter público de los servicios notariales, y se determina la existencia de notarios en cada cantón o distrito metropolitano de las diferentes provincias del Ecuador, en un número determinado por el Consejo de la Judicatura, que fijará también los concerniente a la remuneración de estos servidores, el personal auxiliar del servicio notarial, y las tasas que deben cancelar los usuarios cuyos valores formarán parte del presupuesto general del Estado ecuatoriano.

Art. 200.- Las notarias y notarios son depositarios de la fe pública; serán nombrados por el Consejo de la Judicatura previo concurso público de oposición y méritos, sometido a impugnación y control social. Para ser notaria o notario se requerirá tener título de tercer nivel en Derecho legalmente reconocido en el país, y haber ejercido con probidad notoria la profesión de abogada o abogado por un lapso no menor de tres años. Las notarias y notarios permanecerán en sus funciones seis años y podrán ser reelegidos por una sola vez. La ley establecerá los estándares de rendimiento y las causales para su destitución (Constitución de la República del Ecuador, 2008, p. 98).

A través de lo que establece la norma constitucional, se enviste a los Notarios como depositarios de la fe pública, investidura que les autoriza para legalizar y solemnizar los actos y contratos que se celebren ante ellos. El precepto comentado deja claro que será el Consejo Nacional de la Judicatura, el que nombrará a los Notarios previo el desarrollo de un concurso público de méritos y oposición, además establece cuáles son los requisitos para ser notario, y el tiempo de funciones que será de seis años con la posibilidad de una sola reelección, y deja claro que será la Ley la que establecerá los estándares de rendimiento para la evaluación del servicio notarial, así como las causales por las que se puede destituir a los Notarios.

Para finalizar el análisis de las normas constitucionales, se cita y comenta el siguiente artículo que tiene que ver con la jerarquía normativa vigente en el Ecuador.

Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.

La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los

gobiernos autónomos descentralizados (Constitución de la República del Ecuador, 2008, p. 184).

La jerarquía normativa en el Ecuador, determina la supremacía de la Constitución de la República sobre las demás normas, siguiendo en jerarquía: los instrumentos internacionales, las leyes orgánicas, las leyes ordinarias, las normas regionales y las ordenanzas distritales, los decretos y reglamentos, las ordenanzas, los acuerdos y resoluciones, y los actos y decisiones a través de los cuales se ponen de manifiesto los poderes públicos.

Cuando exista un conflicto entre normas de rangos jerárquicos diferentes, será resuelto a través de la aplicación de la norma que sea de una jerarquía superior. Para aplicar la jerarquía normativa se considerará el principio de competencia.

De acuerdo con lo señalado atendiendo a la jerarquía normativa es necesario que, en relación con la problemática estudiada, tomando en cuenta el derecho a la seguridad jurídica consagrado en la Constitución de la República, se apliquen en cuanto a la extinción del patrimonio familiar, las normas previstas en el Código Civil, con las cuales debe guardar coherencia los preceptos contemplados en la Ley Notarial.

#### **4.3.2. Instrumentos Jurídicos Internacionales**

Dentro de los instrumentos jurídicos internacionales que han sido ratificados por el Ecuador, no existen ordenamientos especiales que regulen la actuación de los Notarios en la extinción del patrimonio familiar, por eso para el desarrollo de este numeral se tomará en cuenta aquellos que contemplan normas que están relacionadas de

alguna forma con el patrimonio familiar, estos los que se describen en su parte pertinente, a continuación.

#### **4.3.2.1. La Declaración Universal de los Derechos Humanos**

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, hace un reconocimiento específico del derecho a la propiedad, como un derecho humano de todas las personas, en los siguientes términos:

Art. 17.-

1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente.
2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948, p. 36).

Todas las personas, a nivel mundial, son titulares del derecho a la propiedad la que puede ser ejercida de una forma individual y colectiva. Ninguna persona puede ser privada de forma arbitraria e ilegítima de su derecho a la propiedad.

A través de la norma citada se ratifica la importancia de la propiedad como un derecho fundamental para el desarrollo de los seres humanos, pues es indispensable que todos dispongan de una base material que permita satisfacer nuestras necesidades en el ámbito individual, familiar y social.

De igual forma el Art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, dispone:

Art. 25.-

1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948, p. 52).

Esta disposición es importante, y se relaciona con el patrimonio familiar, por cuanto reconoce como elemento indispensable del nivel de vida adecuado al que tiene derecho toda persona, el poder contar con una vivienda.

La institución del patrimonio familiar, al recaer como una limitación al dominio, especialmente sobre bienes inmuebles y concretamente sobre una casa que sirva de vivienda para la familia, está relacionada con la calidad de vida de todos los integrantes del núcleo familiar.

El carácter inembargable, del inmueble constituido en patrimonio familiar, permite que todas las personas que tienen la condición de beneficiarios de esta institución, tengan un nivel de vida adecuado, pues la morada o la casa en la que habita la familia, está protegida frente a acciones de acreedores y de terceras personas, de modo que no pueda verse en riesgo de ser embargada. Además, el patrimonio familiar, mientras

subsiste le asegura a la familia la posibilidad de contar con una vivienda para cobijarse y desarrollar su existencia dentro de ella.

#### **4.3.2.2. Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales**

Este instrumento internacional adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 16 de diciembre de 1966, y suscrito y ratificado por el Estado ecuatoriano el 24 de septiembre del 2009, en el contexto que se está analizando, dispone lo siguiente:

##### Artículo 11

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento (Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966, p. 1).

Se reconoce el derecho de las personas y de las familias, a como una garantía para el nivel de vida adecuado, contar entre otras garantías con una vivienda, la cual es asegurada mediante la constitución del patrimonio familiar, que puede limitar este inmueble ante la acción de los acreedores, mediante una limitación que lo vuelve inembargable.



El precepto analizado permite entender la importancia que tiene la vivienda para el núcleo familiar, pues todo hogar necesita de un espacio en donde poder desarrollarse de una forma normal, de allí que el patrimonio familiar se instituye como una de las garantías para este derecho, ya que mientras dure la limitación de dominio sobre la vivienda constituida en patrimonio familiar, este bien mantiene las condiciones de inembargable, dando seguridad y protección para la familia.

#### **4.3.2.3. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre**

Esta Declaración, adoptada por la IX Conferencia Internacional de la Organización de Estados Americanos, en el año de 1948, dispone:

Artículo XXIII.- Derecho a la propiedad. - Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1948, p. 1).

La norma anterior, que tiene vigencia en el contexto latinoamericano, reconoce el derecho de todas las personas a la propiedad privada, que permite satisfacer las necesidades esenciales de la vida y que contribuya a que las personas puedan tener una existencia digna.

En efecto, como ya se ha señalado en algunos apartados de este trabajo investigativo, la propiedad es un derecho fundamental de los seres humanos, pues les permite desarrollar su existencia en condiciones de dignidad.

De igual forma el instrumento jurídico internacional citado y comendado, dispone lo siguiente:

Artículo XI.- Derecho a la preservación de la salud y al bienestar. - Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1948, p. 1).

Como una garantía del bienestar del ser humano, se reconoce el derecho a la vivienda. Esto ratifica lo que se había mencionado anteriormente que las personas y la familia a la que pertenecen tienen derecho a desarrollar su existencia dentro de una vivienda, la cual les dará seguridad patrimonial y económica para que puedan satisfacer las demás necesidades a través de las cuales se puede alcanzar un nivel de vida adecuado y un bienestar familiar.

De allí que esta norma se relaciona con el patrimonio familiar cuyo objeto es imponer una limitación al dominio para preservar y garantizar el derecho de la familia a contar con un lugar donde vivir.

#### **4.3.3. Código Orgánico de la Función Judicial**

El Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el Registro Oficial Nro. 544 del 09 de marzo del 2009, es el cuerpo de leyes que en el Ecuador regula todo lo concerniente a la Función Judicial, refiriéndose de manera específica a las atribuciones y obligaciones que corresponden a los órganos jurisdiccionales, administrativos, auxiliares

y autónomos que se encuentran previstos en la Constitución de la República y en las leyes internas, este ordenamiento regula también la jurisdicción y competencia de los jueces, así como las relaciones con los servidores judiciales y con otros sujetos que participan en la administración de justicia.

El Código Orgánico de la Función Judicial, contempla algunos principios rectores en la administración de justicia, uno de ellos es el de legalidad, regulado en la siguiente norma:

Art. 7.- Principios de legalidad, jurisdicción y competencia. - La jurisdicción y la competencia nacen de la Constitución y la ley. Solo podrán ejercer la potestad jurisdiccional las juezas y jueces nombrados de conformidad con sus preceptos, con la intervención directa de fiscales y defensores públicos en el ámbito de sus funciones.

Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán las funciones jurisdiccionales que les están reconocidas por la Constitución y la ley.

Las juezas y jueces de paz resolverán en equidad y tendrán competencia exclusiva y obligatoria para conocer aquellos conflictos individuales, comunitarios, vecinales y contravencionales, que sean sometidos a su jurisdicción, de conformidad con la ley.

Los árbitros ejercerán funciones jurisdiccionales, de conformidad con la Constitución y la ley.

No ejercerán la potestad jurisdiccional las juezas, jueces o tribunales de excepción ni las comisiones especiales creadas para el efecto (Código Orgánico de la Función Judicial , 2009, p. 7).

La norma anterior, claramente determina que la jurisdicción y la competencia se encuentran previstos tanto en la Constitución como en la Ley, por lo tanto, la potestad jurisdiccional debe ser ejercida por los jueces que han sido nombrados conforme a las disposiciones legales pertinentes. Esto quiere decir que, ningún otro servidor público, puede interferir en forma alguna en la potestad jurisdiccional.

En cuanto a la administración de justicia en las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas que existen en el Ecuador, la jurisdicción también se encuentra reconocida en la Constitución y la ley. Se instituye, asimismo, la justicia de paz, en donde los jueces tienen competencia para resolver conflictos individuales, comunitarios, vecinales y contravencionales que sean sometidos a su conocimiento, observando para el efecto los procedimientos que se encuentran contemplados en la Ley.

Para la aplicación del arbitraje como mecanismo de solución de conflictos, las personas que desempeñan la función de árbitros, ejercerán su función jurisdiccional conforme a las normas constitucionales y legales pertinentes.

Finalmente, la norma de forma clara, señala que no pueden ejercer potestad jurisdiccional, ningún juez o tribunal de excepción, ni se crearán comisiones especiales con esta finalidad. Es decir, la potestad jurisdiccional confiada a los jueces, en su condición de administradores de justicia, por el principio de legalidad, debe regirse

exclusivamente a la Constitución y a las normas legales pertinentes, sin que sus atribuciones puedan ser invadidas o ejercidas por personas ajenas a la función judicial y tampoco por personas que siendo parte de esta función no han recibido de parte del Estado la potestad de administrar justicia en materia ordinaria.

Uno de los principios rectores que está contemplado en el Código Orgánico de la Función Judicial, es el de unidad jurisdiccional, respecto del cual el mencionado Código señala:

Art. 10.- Principios de unidad jurisdiccional y gradualidad. - De conformidad con el principio de unidad jurisdiccional, ninguna autoridad de las demás funciones del Estado podrá desempeñar funciones de administración de justicia ordinaria, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución.

La administración de justicia ordinaria se desarrolla por instancias o grados. La casación y la revisión no constituyen instancia ni grado de los procesos, sino recursos extraordinarios de control de la legalidad y del error judicial en los fallos de instancia (Código Orgánico de la Función Judicial , 2009, p. 9).

Por la vigencia del principio de unidad jurisdiccional, ninguna autoridad que corresponda a las demás funciones del Estado, puede desempeñar funciones relacionadas con la administración de justicia ordinaria, esto sin perjuicio de aquellas potestades jurisdiccionales que están reconocidas en la Constitución de la República del Ecuador.

Particularmente estimo que la unidad jurisdiccional implica que solamente los servidores judiciales, a los que el Estado les ha confiado la potestad de impartir justicia,

pueden intervenir administrando ésta en el ámbito ordinario, ninguna otra persona, incluso aquellas que tienen la condición de servidores judiciales o de personas que desempeñan actividades denominadas como “auxiliares”, pueden ejercer la potestad de administrar justicia.

El principio de gradualidad hace referencia en cambio a que para la administración de justicia en los diferentes ámbitos y materias deberá observarse las instancias y los grados en que está establecida esta potestad.

Otro principio importante recopilado en el Código Orgánico de la Función Judicial es el de seguridad jurídica, que se encuentra establecido en la siguiente norma:

Art. 25.- Principio de seguridad jurídica. - Las juezas y jueces tienen la obligación de velar por la constante, uniforme y fiel aplicación de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado y las leyes y demás normas jurídicas” (Código Orgánico de la Función Judicial , 2009, p. 16).

De acuerdo a lo citado, la seguridad jurídica como principio de la administración de justicia, impone a los jueces el deber de velar porque se aplique fielmente la Constitución, los instrumentos internacionales que garantizan los derechos humanos, los instrumentos internacionales que han sido suscritos por el Ecuador, así como los preceptos contenidos en leyes y normas jurídicas que forman parte del ordenamiento jurídico nacional.

Aquí es oportuno detenerse, para mencionar que como parte de la seguridad jurídica reconocida como principio de la administración de justicia, los jueces están en la obligación de garantizar que se aplique la Constitución y la Ley, en consecuencia en relación con el patrimonio familiar los jueces están obligados a intervenir en todos los casos de extinción del patrimonio familiar, siendo que únicamente podrían intervenir los Notarios respecto de la subrogación como veremos más adelante al analizar las normas pertinentes del Código Civil y la Ley Notarial vigentes.

En cuanto tiene que ver con los Notarios el Código Orgánico de la Función Judicial, establece algunas disposiciones que por su importancia son citadas y comentadas a continuación:

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

Así como intervenir en ejercicio de la fe pública de la que se encuentran investidos, en los asuntos no contenciosos determinados en la Ley, para autorizar, conceder, aprobar, declarar, extinguir, cancelar y solemnizar situaciones jurídicas respecto de las que se encuentren expresamente facultados en el Código Orgánico General de Procesos, la Ley Notarial y otros cuerpos legales.

El ejercicio de la función notarial es personal, autónomo, exclusivo e imparcial (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009, p. 183).

La norma anterior establece en primer lugar que el notariado es un órgano auxiliar de la función judicial. De igual forma determina que el servicio notarial, se refiere al desempeño de una función pública ejecutada por los Notarios, quienes tienen la condición de servidores públicos a los cuales el Estado ha investido de fe pública, para que puedan autorizar, por pedido de las personas interesadas, aquellos actos, contratos y documentos que se encuentran establecidos en las normas legales, dando fe de la existencia y la certeza de todos aquellos hechos que ocurren ante él.

De igual forma los Notarios tienen la potestad de intervenir, ejerciendo la fe pública de la que son titulares, en todos aquellos asuntos de naturaleza no contenciosa que se encuentran establecidos en la ley, con la finalidad de autorizar, conceder, aprobar, declarar, extinguir, cancelar y solemnizar aquellas situaciones jurídicas en relación con las cuales se encuentren facultados por las normas previstas en la Ley Notarial, el Código Orgánico General de Procesos y otros cuerpos legales.

Es necesario tomar en cuenta que entre los verbos rectores que se emplean en la norma está el de “extinguir”, situación que se traslada a la Ley Notarial, cuando en referencia a las potestades exclusivas del Notario, se hace referencia a la de extinguir o subrogar el patrimonio familiar.

Finalmente, el artículo citado hace referencia a que el ejercicio de la fe pública conferida al Notario y manifestada en la función notarial que cumple, debe desempeñarse



de manera personal, atendiendo a los criterios de autonomía, exclusividad e imparcialidad.

La función notarial, en su ejercicio debe someterse estrictamente a los preceptos legales vigentes en el Ecuador, como se deduce de la siguiente norma legal: “Art. 297.- Régimen legal. - El Servicio Notarial se rige por la Constitución, este Código, la Ley Notarial y demás disposiciones legales y reglamentarias” (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009, p. 183). En la Constitución de la República del Ecuador, en el Código Orgánico de la Función Judicial, en la Ley Notarial y en otras leyes como por ejemplo el Código Civil, el Código Orgánico General de Procesos, entre otros encontramos normas que rigen la actividad notarial y que deben ser observadas por el Notario en el cumplimiento de su función.

Sobre la forma en que se ingresa a formar parte del servicio notarial, en el Ecuador, el Código Orgánico de la Función Judicial, señala:

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

Las disposiciones contenidas en este Código relativas a la convocatoria, calificación, selección, impugnación, formación inicial y nombramiento para el

ingreso a las diferentes carreras de la Función Judicial, se aplicarán en lo que sea pertinente al ingreso al Servicio Notarial.

Los concursos no podrán privilegiar la experiencia frente a la preparación académica y la evaluación de desempeño” (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009, p. 183).

Para ingresar a desempeñar la función de Notario, las personas que aspiren tal designación deben someterse a concurso público de méritos y oposición, pues esa la forma de ingresar al servicio público en el Ecuador.

Estos concursos están sometidos a procedimientos de impugnación y control social, y deberán cumplir con las directrices y reglas previstas en el Código Orgánico de la Función Judicial. El concurso está dirigido por la Unidad de Talento humano, del Consejo de la Judicatura, esto sin perjuicio de que el proceso de formación inicial sea cumplido por parte de la Escuela de la Función Judicial.

Para el ingreso al servicio notarial, se aplican las normas que en relación a procedimientos como convocatoria, calificación, selección, impugnación, formación inicial y nombramiento se aplican dentro de la carrera de la Función Judicial. En los concursos no se privilegiará la experiencia frente a la preparación académica y a la evaluación de desempeño de los postulantes.

Los requisitos principales que deben cumplir las personas que aspiren al cargo de Notarios están establecidos en la siguiente norma.

Art. 299.- Requisitos para ser notaria o Notario. - Para ser notaria o Notario se requerirá:

1. Ser ecuatoriana o ecuatoriano y hallarse en goce de los derechos de participación política;
2. Tener título de abogada o abogado, legalmente reconocido en el país;
3. Haber ejercido con probidad notoria la profesión de abogada o abogado por un lapso no menor de tres años (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009, p. 184).

Como se observa los requisitos están básicamente relacionados con ser ecuatorianos, tener capacidad legal para presentarse al concurso la cual se refiere a que el postulante esté en goce de sus derechos políticos; además en cuanto a la capacitación profesional se requiere título de abogado, y haber ejercido dicha profesión por un lapso que no sea menor a tres años.

Es así que, en el Ecuador, solo los ecuatorianos que tengan el título de abogado pueden acceder al desempeño del servicio notarial, luego de haber cumplido los demás requisitos previstos dentro del correspondiente concurso de méritos y oposición.

La formación académica específica en el ámbito de la abogacía, garantiza a los usuarios del servicio notarial la capacidad del Notario para intervenir como servidor investido de fe pública, en todos los actos para los que la ley le faculta.

#### **4.3.4. Código Orgánico General de Procesos**

En el Suplemento del Registro Oficial No. 506 del 22 de mayo del 2015, se publicó el Código Orgánico General de Procesos, que en la actualidad recoge toda la normativa de orden procesal aplicable en todas las materias a excepción de la constitucional, electoral y penal, el mencionado código su Disposición Reformativa Décimo Quinta, numeral 1, determina que las atribuciones de los Notarios contempladas en el Art. 18 de la Ley Notarial, tendrán el carácter de “exclusivas” (Código Orgánico General de Procesos, 2019, p. 35).

Es conforme a lo señalado en el párrafo anterior, que de acuerdo con el numeral 10 del Art. 18 de la Ley Notarial, son los notarios quienes tienen la atribución exclusiva para extinguir o subrogar el patrimonio familiar, generándose por la incorporación de este texto legal, una contradicción normativa con lo señalado en el Art. 851 del Código Civil ecuatoriano, específicamente con lo establecido en el numeral 4 en el sentido de que los notarios sólo tienen competencia para la subrogación del patrimonio familiar, que es una de las causales de extinción que están señaladas en el Código Civil. Esta situación se explica de forma muy clara al analizar la normativa pertinente en páginas posteriores de este trabajo.

El Código Orgánico General de Procesos, regula el denominado procedimiento voluntario en las siguientes disposiciones:

Art. 334.- Procedencia. Se considerarán procedimientos voluntarios, con competencia exclusiva de las o los juzgadores, los siguientes:

1. Pago por consignación.
2. Rendición de cuentas.
3. Divorcio o terminación de unión de hecho por mutuo consentimiento, cuando haya hijos dependientes y que su situación en cuanto a tenencia, visitas y alimentos no se encuentre resuelta previamente.
4. Inventario, en los casos previstos en este capítulo.
5. (Derogado por el Art. 60 de la Ley s/n, R.O. 517-S, 26-VI-2019).
6. Autorización de venta de bienes de niñas, niños y adolescentes y, de personas sometidas a guarda.

También se sustanciarán por el procedimiento previsto en esta Sección los asuntos de jurisdicción voluntaria, como el otorgamiento de autorizaciones o licencias y aquellas en que por su naturaleza o por razón del estado de las cosas, se resuelvan sin contradicción (Código Orgánico General de Procesos, 2019, p. 95).

De acuerdo con la norma anterior, todos los procedimientos mencionados en los numerales previstos en el artículo deben someterse a procedimiento voluntario.

Interesa esencialmente lo mencionado en el inciso final del artículo, en el sentido de que serán sustanciados en procedimiento voluntario, todos los asuntos de jurisdicción voluntaria, mencionándose expresamente el otorgamiento de autorizaciones o licencias.

Para la extinción del patrimonio familiar por cualquiera de las causales previstas en el Código Civil, distintas al a subrogación, se requiere justamente una autorización o

licencia de parte del Juez, por eso el procedimiento voluntario sería el más adecuado para la sustanciación del trámite de extinción del patrimonio familiar en sede judicial.

Art. 335.- Procedimiento. Se iniciarán por solicitud que contendrá los mismos requisitos de la demanda.

La o el juzgador calificará la solicitud. Si se admite la solicitud, la o el juzgador dispondrá la citación de todas las personas interesadas o de quienes puedan tener interés en el asunto. Para el cumplimiento de lo dispuesto en el presente artículo, la o el juzgador podrá requerir la información a la o el interesado, con respecto al domicilio o residencia y otros datos necesarios de quienes deban ser citados.

La o el juzgador convocará a audiencia en un término no menor a diez días ni mayor a veinte días siguientes a la citación. En dicha audiencia, escuchará a los concurrentes y se practicarán las pruebas que sean pertinentes. A continuación, aprobará o negará lo solicitado (Código Orgánico General de Procesos, 2020, p. 95).

El artículo anterior señala la forma en que debe sustanciarse el procedimiento voluntario, el cual empieza con la presentación de la solicitud por parte de la persona interesada, la cual será calificada por el Juez, una vez admitida, se dispondrá la citación a los interesados. En el término no menor a diez días y no superior a veinte desde la citación, el Juez convocará a audiencia, en la que escuchará a los concurrentes y se practicarán las pruebas pertinentes, aprobando o negando luego lo solicitado.

Art. 336.- Oposición. Las personas citadas o cualquier otra que acredite interés jurídico en el asunto, podrán oponerse por escrito hasta antes de que se convoque a la audiencia.

La oposición deberá cumplir los mismos requisitos de la contestación a la demanda.

La o el juzgador inadmitirá la oposición cuando sea propuesta sin fundamento o con el propósito de retardar el procedimiento. En los demás casos, se entenderá que ha surgido una controversia que deberá sustanciarse por la vía sumaria, teniéndose la solicitud inicial como demanda y la oposición como contestación a la demanda. En tal caso, la o el juzgador concederá a las partes el término de quince días para que anuncien las pruebas, hecho lo cual se convocará a la audiencia (Código Orgánico General de Procesos, 2020, p. 95).

Es posible que ante la solicitud presentada comparezca alguno de los interesados, presentando oposición a la solicitud, esta comparecencia podrá darse hasta antes de la convocatoria a la audiencia de procedimiento voluntario. Para la oposición deberán observarse los mismos requisitos formales señalados para la contestación a la demanda.

El juez no aceptará la oposición cuando se proponga sin fundamento o con el propósito de dilatar el proceso. De ser fundada la oposición, se considerará que ha surgido una controversia, y la misma se sustanciará en procedimiento sumario, para lo cual el Juez concederá el término de quince días para presentar prueba, y convocará a la audiencia correspondiente.

Art. 337.- Recursos. Será apelable la providencia que inadmita la solicitud inicial y la resolución que la niegue.

Las demás providencias que se pronuncien solo serán susceptibles de aclaración, ampliación, reforma y revocatoria (Código Orgánico General de Procesos, 2019, p. 96).

Dentro del procedimiento voluntario es posible apelar de la decisión del Juez que inadmite la solicitud inicial, así como de la resolución que niega lo solicitado. También procederán respecto de las demás providencias pronunciadas en este procedimiento, los recursos de aclaración, ampliación, reforma y revocatoria.

El procedimiento antes descrito debería seguirse en caso de que se incorpore el trámite para la extinción del patrimonio familiar, como uno de los presupuestos en que es posible aplicar el procedimiento voluntario, que sería el más adecuado considerando que se trata de un asunto de jurisdicción voluntaria.

#### **4.3.5. Código Civil Ecuatoriano**

Para empezar este subtema se debe citar lo mencionado en el numeral 2 del Art. 18 del Código Civil Ecuatoriano, que, en referencia a las reglas de interpretación judicial de la ley, de forma textual establece:

Art. 18.- Los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por oscuridad o falta de ley. En tales casos juzgarán atendiendo a las reglas siguientes:



2a.- Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará a estas su significado legal (Código Civil, 2019, p. 20).

La regla anterior sirve para establecer que conforme a su significado común la extinción y la subrogación son palabras que tienen un sentido diferente, y que de acuerdo a lo mencionado por el legislador en la redacción del numeral 4 del Art. 851 del Código Civil, la subrogación es una de las formas de extinción. Por lo tanto, no puede considerarse estos dos términos como sinónimos, pues designan actos jurídicos que involucran circunstancias y efectos diferentes, situación que no ha sido considerada en la redacción del numeral 10 del Art. 18 de la Ley Notarial.

De igual forma el Art. 19 del Código Civil, señala:

Art. 19.- Cuando haya falta u oscuridad de ley, los jueces, sin perjuicio de juzgar; consultarán a la Legislatura por medio de la Corte Suprema, a fin de obtener una regla cierta para los nuevos casos que ocurran. (Código Civil, 2019, p. 20).

La anterior es otra de las normas de interpretación de la ley que obliga a los juzgadores, a consultar ante el máximo órgano de administración de justicia, en todos aquellos casos en que exista oscuridad de la ley, con la finalidad de que se expidan reglas claras, para aplicarlas a nuevos hechos que se les presenten para su juzgamiento, en este sentido debería por parte de los Jueces y de los Notarios requerirse la expedición de una

regla que defina de forma clara lo concerniente al a subrogación del patrimonio familiar, como una causa de extinción de esta limitación al dominio.

En la legislación ecuatoriana, es el Código Civil, el que regula todo lo relacionado con la propiedad, los bienes y la familia, en consecuencia, la institución del patrimonio familiar ha sido regulada como parte de este cuerpo de leyes.

El patrimonio familiar, aparece regulado por primera vez en el Código Civil promulgado en el suplemento del Registro Oficial Nro. 104, del 20 de noviembre de 1970, que señalaba lo siguiente:

Art. 852.- El marido, la mujer o ambos conjuntamente, si son mayores de edad, tiene derecho de constituir, con bienes raíces de su exclusiva propiedad, un patrimonio para sí y en beneficio de sus descendientes, quedando aquellos bienes excluidos del régimen ordinario de la sociedad conyugal y de toda acción de los acreedores (Código Civil, 1970, p. 154).

Como se puede observar desde su inclusión en la legislación ecuatoriana, la regulación del patrimonio familiar en cuanto a su constitución no ha variado mucho, pues la norma citada determina que el marido, la mujer, o ambos en forma conjunta, tienen el derecho de constituir, con bienes inmuebles que son de su exclusiva propiedad, un patrimonio para sí mismo y también en beneficio de sus descendientes, al constituirse el patrimonio dichos bienes quedan libres del régimen ordinario de la sociedad conyugal y de las acciones que pueden intentar los acreedores.

En cuanto a la extinción del patrimonio familiar, el Código Civil de 1970, preceptuaba lo siguiente:

Art. 868.- Son causas de extinción del patrimonio familiar ya constituido:

1a.- El fallecimiento de todos los beneficiarios, si el constituyente es célibe;

2a.- La terminación del estado de matrimonio, siempre que hubieren fallecido los beneficiarios;

3a.- El acuerdo entre los cónyuges si no existiere algún hijo o nieto de uno de ellos o de ambos, que tuviere derecho a ser beneficiario; y,

4a.- La subrogación por otro patrimonio que podrá ser autorizada por el juez, previa solicitud del instituyente. El juez calificará la conveniencia en interés común de los beneficiarios (Código Civil, 1970, p. 157).

De igual forma las causales de extinción del patrimonio familiar que estaban previstas en la legislación de 1970, son prácticamente las mismas que están contempladas en la actualidad, a excepción de que, en el caso de la subrogación, claramente se determina que la autoridad competente para autorizarla es el juez, quien calificará la conveniencia considerando el interés común de todas las personas beneficiarias; el juzgador actuará siempre a solicitud del instituyente.

Habiendo revisado brevemente, en lo que es pertinente el origen histórico del patrimonio familiar y la subrogación como una causa de extinción, en la legislación

ecuatoriana, a partir de ahora el análisis se concretará a la forma en que se encuentra regulada esta institución en el Código Civil vigente.

Sobre los constituyentes y beneficiarios del patrimonio, así como respecto de la forma en que se celebrará la constitución el Código Civil señala:

Art. 835.- El marido, la mujer o ambos conjuntamente, si son mayores de edad, tiene derecho de constituir, con bienes raíces de su exclusiva propiedad, un patrimonio para sí y en beneficio de sus descendientes, quedando aquellos bienes excluidos del régimen ordinario de la sociedad conyugal y de toda acción de los acreedores.

El patrimonio familiar se constituirá mediante escritura pública otorgada ante notaría o Notario Público, debiendo cumplirse el procedimiento previsto en la presente Ley (Código Civil, 2019, p. 281).

En primer lugar, la norma se refiere a los constituyentes del patrimonio, señalando que el marido, la mujer, o los dos cónyuges de común acuerdo, tienen derecho a constituir con bienes inmuebles de su propiedad un patrimonio familiar. No hago referencia en el comentario a la condición de mayores de edad, por cuanto en la actualidad en el Ecuador se ha suprimido la posibilidad de que se celebre el matrimonio entre personas menores de dieciocho años.

Luego se refiere a los beneficiarios del patrimonio familiar, señalando que serán el propio constituyente y sus descendientes.

Aclara además el precepto legal analizado que los bienes constituidos en patrimonio familiar, quedan excluidos del régimen ordinarios de la sociedad conyugal, - o de la sociedad de bienes si se trata de personas que vivan bajo el régimen de la unión de hecho-, así como de toda acción de los acreedores.

Como un aspecto diferenciador, de la legislación de 1970, encontramos lo señalado en el inciso segundo de la disposición analizada, que preceptúa que el patrimonio familiar, debe inscribirse en escritura pública, que será otorgado ante el competente Notario Público, siguiendo para ello el procedimiento que será analizado más adelante.

En cuanto a la intervención de los propietarios de los bienes, el Código Civil manifiesta:

Art. 836.- Si los inmuebles pertenecieren al haber social, será necesario que intervengan, de común acuerdo, ambos cónyuges, quienes podrán hacer extensivo dicho patrimonio a los hijos, sean de uno de ellos o de ambos. Podrá también instituirse un patrimonio familiar sobre bienes propios de cualquiera de los cónyuges, a favor de sus hijos (Código Civil, 2019, p. 282).

Es decir, cuando los bienes son parte del haber de la sociedad conyugal, o de la sociedad de bienes, deben intervenir en la constitución del patrimonio familiar, de mutuo acuerdo ambos cónyuges o convivientes según el caso, quienes pueden constituir el patrimonio en favor de los hijos, sea de ambos constituyentes o de uno sólo de ellos. si

los bienes pertenecen a uno sólo de los cónyuges o convivientes, ellos están facultados para constituir patrimonio familiar sobre dichos bienes en beneficio de sus hijos.

Por efecto de lo dispuesto en el Art. 837 del Código Civil, puede constituir patrimonio familiar en beneficio propio o de sus hijos, aquellas personas que tuvieren el estado de solteros, divorciados o viudos.

Sobre los derechos de los beneficiarios y los constituyentes del patrimonio familiar, la legislación civil del Ecuador señala:

Art. 838.- Los beneficiarios y el instituyente del patrimonio familiar, en su caso, tendrán derecho a vivir en la casa, cultivar el campo y aprovechar en común los frutos del inmueble.

El acto constitutivo del patrimonio familiar no significa enajenación, sino tan sólo limitación del dominio (Código Civil, 2019, p. 282).

Una vez constituido el patrimonio familiar, el constituyente y las personas beneficiarias, tienen derecho a vivir en la casa sobre la que recae esta limitación al dominio, así como realizar actividades de cultivo y aprovechar los frutos que produzca el inmueble.

Aclara la norma, que la constitución del patrimonio familiar no significa en ningún caso una enajenación del bien, sino que implica únicamente una limitación al dominio, esto en razón de que su titular no puede realizar algunas actividades como la disposición del mismo a través de la enajenación o venta.

En cuanto tiene que ver con la inembargabilidad e inalienabilidad de los bienes constituidos en patrimonio familiar, el Código Civil dispone que:

Art. 839.- Los bienes que forman el patrimonio familiar son inalienables y no están sujetos a embargo ni gravamen real, excepto el caso de las ejecuciones que se realicen para el cobro de los créditos a que se refiere el sexto inciso del Artículo 465 del Código Orgánico Monetario y Financiero, el de las servidumbres preestablecidas y las que llegaren a ser forzosas y legales.

También se exceptúa el evento en que el deudor se encontrare en mora en el pago de sus obligaciones originadas en los créditos a que se refiere el inciso anterior, previa comprobación de que aquel se halla imposibilitado de cubrir los valores adeudados por otro medio que no sea la enajenación de su propiedad, en cuyo caso, la entidad acreedora podrá autorizar la enajenación total o parcial del inmueble, sin necesidad de licencia judicial” (Código Civil, 2019, p. 283).

Los bienes que han sido constituidos en patrimonio familiar, tienen el carácter de inalienables e inembargables, tampoco pueden ser objeto de la imposición de ningún otro gravamen real, excepto en el caso de ejecuciones para cobrar créditos, concedidos con préstamos otorgados por la entidad financiera pública a cargo de programas de vivienda de interés sociales, las asociaciones mutualistas de ahorro y crédito para la vivienda y las cooperativas de vivienda. Además, se exceptúan las servidumbres preestablecidas y las que llegaren a ser forzosas y legales. De igual forma se establecen como caso de excepción, el caso en que el deudor se encuentre en mora en el pago de sus obligaciones originadas en los créditos antes mencionados, pero se cumplirá como requisito previo la

comprobación de que dicho deudor no tiene posibilidades de cubrir los valores que adeuda por notro medio que no sea la enajenación de su propiedad, en estos casos la entidad acreedora puede autorizar que se enajene total o parcialmente el inmueble, sin que en este presupuesto sea necesario contar con la licencia de parte de la autoridad judicial.

El Art. 840 del Código Civil, declara que los bienes constituidos en patrimonio familiar no pueden ser objeto de división, comodato, sociedad, renta vitalicia, ni anticresis, sino en los casos y de conformidad con las normas dispuestas en el título correspondiente a las limitaciones del dominio.

Resulta bastante importante el precepto contenido en el Art. 841 del Código Civil, en el sentido que manifiesta que únicamente en los casos de conveniencia o necesidad, que hayan sido calificados previamente por parte del juez competente, el instituyente puede dar en arrendamiento los bienes que estén constituidos en patrimonio familiar.

En lo que hace referencia a la administración del patrimonio familiar, el Código Civil contiene la siguiente disposición:

Art. 842.- Corresponde a los cónyuges la administración del patrimonio familiar, si ambos lo han constituido, siguiendo reglas análogas a las de la administración de la sociedad conyugal.

En caso de muerte o de impedimento legal de uno de los cónyuges, le reemplazará el otro, y a falta de ambos, el administrador que nombraren los beneficiarios mayores de edad y el curador o curadores que, de acuerdo con las leyes, representaren a los menores beneficiarios.



Puede la jueza o el juez nombrar administrador cuando la mayoría de los que deben aprovechar de la cosa común, así lo determinare. Para hacerlo, seguirá el procedimiento voluntario previsto en el Código Orgánico General de Procesos.

El divorcio de los cónyuges instituyentes no se inscribirá en el Registro Civil, sino cuando hubiesen acordado, entre ellos, la administración del patrimonio familiar, aprobado por el juez.

La administración del patrimonio familiar instituido por un célibe, corresponderá a la persona que designare el instituyente, quien podrá designarse a sí mismo. Con todo, en cuanto al aprovechamiento de frutos se estará a lo dispuesto en el inciso 3o. del presente artículo.

Puede el juez nombrar administrador cuando la mayoría de los que deben aprovechar de la cosa común, así lo determinare” (Código Civil, 2019, p. 283).

De acuerdo a la norma anterior, cuando ambos cónyuges han constituido patrimonio familiar, a ellos le corresponde la administración del mismo, y deberán seguirse para el efecto las mismas reglas aplicables para la administración de la sociedad conyugal. Si uno de los cónyuges está afectado por un impedimento legal o fallece, será reemplazado por otro, y si ambos faltaren, será el administrador nombrado por los beneficiarios mayores de edad y el curador que represente a los beneficiarios menores de edad, quienes administren el patrimonio familiar. Puede ser el juez quien nombre al administrador cuando la mayoría de los beneficiarios así lo determine, en este caso deberá

seguirse un procedimiento voluntario conforme a las normas del Código Orgánico General de Proceso.

Si se produce el divorcio de los cónyuges que han constituido patrimonio familiar, el mismo no se inscribirá en el Registro Civil, sino cuando hubieren acordado entre ellos respecto de quien continuará con la administración del patrimonio y este acuerdo haya sido aprobado por parte del juez competente. Cuando el constituyente sea una persona célibe, la administración corresponderá a la persona que el designare, pudiendo designarse a sí mismo. El juez puede nombrar administrador, cuando la mayoría de los beneficiarios así lo determine.

La ley establece también la cuantía de los bienes que integran el patrimonio familiar, así lo determina el siguiente artículo:

Art. 843.- La cuantía de los bienes que integren el patrimonio familiar, no puede exceder de cuarenta y ocho mil dólares de los Estados Unidos de América, como base, y de un adicional de cuatro mil dólares de los Estados Unidos de América por cada hijo.

La cuantía del patrimonio familiar establecida por leyes especiales se imputará a las sumas fijadas en el inciso anterior (Código Civil, 2019, p. 284).

Según el precepto anterior la cuantía de los bienes que se constituyen en patrimonio familiar no puede ser superior a cuarenta y ocho mil dólares de los Estados Unidos de América, como base general, y un adicional de cuatro mil dólares de los Estados Unidos de América, por cada hijo que tenga la condición de beneficiarios.

Además, la cuantía prevista en leyes especiales será imputable a los valores antes mencionados. Es decir, para una familia promedio de padre, madre y dos hijos el valor de la cuantía no puede superar los cincuenta y seis mil dólares.

Se debe mencionar que la cuantía señalada para el patrimonio familiar no está acorde con la realidad que se vive actualmente en el Ecuador, en donde una vivienda para una familia pequeña supera en mucho la cantidad establecida en la norma legal. Por eso sería conveniente que esta norma se actualice con la finalidad de atender a las características de los costos que los inmuebles tienen hoy en día en nuestro país.

Para que el acto de constitución del patrimonio familiar sea válido, es necesario el cumplimiento de algunos requisitos legales como lo dispone la siguiente norma:

Art. 844.- Para la validez del acto se requiere:

- 1o.- Autorización del juez competente; y,
- 2o.- Que la escritura de constitución del patrimonio familiar, en la que se deberá insertar la sentencia del juez que autorizare el acto, se inscriba en el registro de gravámenes de la propiedad del cantón, en el que estuviesen situados los bienes raíces (Código Civil, 2019, p. 284).

La constitución del patrimonio familiar para que sea legalmente válida debe necesariamente cumplir con las formalidades que señala la ley, principalmente con la autorización que deberá conferir el juez competente y además tendrá que celebrarse por escritura pública, que deberá contener la sentencia del juez que autorice dicho acto, esta

escritura deberá ser inscrita en el registro de gravámenes del Registro de la Propiedad del cantón en donde se encuentren situados los bienes inmuebles respecto de los cuales se constituye el patrimonio.

Los requisitos que deben cumplirse para obtener la autorización judicial necesaria para la constitución del patrimonio familiar, están descritos en el Código Civil en la siguiente forma:

Art. 845.- Para obtener la autorización judicial para constituir el patrimonio familiar se determinará en la solicitud el nombre y apellido, el estado civil, la edad y el domicilio del peticionario, así como los de los beneficiarios y el lugar o lugares donde estuvieren situados los inmuebles, con sus linderos propios y demás circunstancias que los individualicen.

Además, se justificarán los requisitos siguientes:

1o.- Que los bienes no estén embargados, hipotecados, en litigio, anticresis o en poder de tercer poseedor con título inscrito, lo que se acreditará con el certificado del registrador de la propiedad; y,

2o.- Que su valor no exceda del determinado en el Art. 843. Para esto, el juez ordenará el avalúo por un perito nombrado por él.

El precio fijado en el informe, si fuere mayor que el que figura en el catastro, servirá de base para el pago del impuesto predial correspondiente; para este fin, el juez lo comunicará a la oficina respectiva (Código Civil, 2019, p. 284).

La persona interesada en constituir patrimonio familiar debe comparecer ante el Juez competente con una solicitud en la que hará constar sus generales de ley, así como los de los beneficiarios, y el lugar en donde están ubicados los inmuebles, sus linderos y demás circunstancias que permitan su individualización. Además, el solicitante debe justificar documentadamente lo siguiente: que los bienes no están bajo embargo, hipoteca, litigio o en poder de un tercer poseedor con título inscrito, situación que se acreditará con el correspondiente certificado del Registrador de la propiedad, que el valor del bien no exceda el de la cuantía señalada en el Código Civil, para lo cual el Juez ordenará que se practique el correspondiente avalúo por parte de un perito designado por él para el efecto. Aquí se encuentra un inconveniente en la aplicabilidad de la norma porque como ya se mencionó antes los valores son demasiado bajos considerando la cuantía que los inmuebles tienen en la actualidad en el Ecuador, donde superan en mucho el monto previsto en la Ley.

En relación a las personas que pueden tener la condición de beneficiarios en la constitución del patrimonio familiar, el Código Civil señala:

Art. 849.- El patrimonio familiar podrá establecerse en beneficio de los cónyuges, de los hijos menores de edad, de los mayores de edad incapaces, y de los descendientes hasta el segundo grado de consanguinidad.

El patrimonio familiar garantiza, no sólo a aquellos en favor de quienes se constituyó, sino a los descendientes citados en el inciso anterior, y que llegaren a existir posteriormente (Código Civil, 2019, p. 285).

Según la norma anterior pueden ser beneficiarios de la constitución del patrimonio familiar los cónyuges, los hijos menores de edad, los hijos mayores de edad que sean incapaces legalmente, y los descendientes hasta el segundo grado de consanguinidad del constituyente, es decir los nietos. El patrimonio familiar no sólo garantiza a las personas en favor de quienes se constituyó, sino también a todos los descendientes antes mencionados y a aquellos que llegaren a existir en forma posterior a su constitución.

Sobre los presupuestos en los que no podrá celebrarse la constitución del patrimonio familiar, el Código Civil señala:

Art. 850.- La constitución del patrimonio familiar no podrá hacerse en perjuicio de los derechos de los acreedores, ni de las personas a quienes deba alimentos el instituyente, quienes podrán ejercer en contra de éste, acción rescisoria, dentro del plazo de prescripción que se contará desde la inscripción de la escritura (Código Civil, 2019, p. 285).

No podrá celebrarse la constitución del patrimonio familiar cuando aquello implique perjuicio para los derechos de las personas que tienen la condición de acreedores de los constituyentes; tampoco de aquellas personas que tienen la condición de beneficiarios de pensiones alimenticias que sean adeudadas por el instituyente, en estos casos podrá ejercerse una acción rescisoria para dejar sin efecto dicha constitución.

En cuanto tiene que ver con el tema central de la presente investigación, es decir con la extinción del patrimonio familiar, y las causales por las que opera esta extinción, el Código Civil ecuatoriano señala:

“Art. 851.- Son causas de extinción del patrimonio familiar ya constituido:

- 1a.- El fallecimiento de todos los beneficiarios, si el constituyente es célibe;
- 2a.- La terminación del estado de matrimonio, siempre que hubieren fallecido los beneficiarios;
- 3a.- El acuerdo entre los cónyuges si no existiere algún hijo o nieto de uno de ellos o de ambos, que tuviere derecho a ser beneficiario; y,
- 4a.- La subrogación por otro patrimonio que podrá ser autorizada por el juez o el notario o notaria, previa solicitud del instituyente. El juez o el notario o notaria calificará la conveniencia en interés común de los beneficiarios”  
(Código Civil, 2019, p. 285).

En primer lugar, observamos como causal el fallecimiento de todas las personas que tienen la condición de beneficiarias del patrimonio familiar, en los casos en que el constituyente haya sido soltero; la terminación del estado de matrimonio -o de unión de hecho- cuando hayan fallecido las personas beneficiarias; el acuerdo de los cónyuges si no existe ningún hijo o nieto de uno de ellos o de ambos, que tenga derechos como beneficiarios.

Finalmente, el Código Civil del Ecuador, establece como causal la subrogación, es decir el reemplazo o sustitución, del bien constituido en patrimonio familiar por otro bien que quedará afectado por las mismas limitaciones al dominio que el primero. Esta subrogación, puede ser autorizada por el Juez, o por el Notario, únicamente a solicitud

del instituyente. Atendiendo al sentido literal de la norma, el Juez o el Notario deben, en todos los casos, calificar si la subrogación conviene o no al interés común de todos los beneficiarios, pues que existe la posibilidad de que cualquiera de ellos se oponga a la petición presentada por no convenir a sus intereses la subrogación, este aspecto deberá ser analizado por el Juez o por el Notario, quien en base a la sana crítica resolverá atendiendo el interés común de todos los beneficiarios.

Del contenido estricto de la norma se entiende claramente que los Notarios tienen competencia únicamente respecto de la cuarta causal de extinción, es decir sólo pueden declarar extinguido el patrimonio por subrogación, incluso en este caso debería resolverse la situación de la calificación de la conveniencia en interés común de los beneficiarios por parte del Juez competente o del propio Notario según lo establece la norma.

Es importante señalar que no existe actualmente un procedimiento al que debería someterse el trámite de extinción del patrimonio familiar, ante el Juez competente, sin embargo, atendiendo al sentido estricto del inciso final del Art. 334 del Código Orgánico General de Procesos, que textualmente dice: “También se sustanciarán por el procedimiento previsto en esta Sección los asuntos de jurisdicción voluntaria, como el otorgamiento de autorizaciones o licencias y aquellas en que por su naturaleza o por razón del estado de las cosas, se resuelvan sin contradicción” (Código Orgánico General de Procesos, 2020, p. 96), el procedimiento para la extinción del patrimonio familiar sería voluntario, obviamente en caso de existir oposición al entenderse que surgiría una controversia, deberá sustanciarse mediante el procedimiento sumario.



#### **4.3.6. Ley Notarial, atribuciones de los Notarios**

En el Ecuador está vigente la Ley Notarial, que es la que rige todo lo relacionado con la actividad notarial y las atribuciones de los Notarios, en lo pertinente señala:

Art. 6.- Notarios son los funcionarios investidos de fe pública para autorizar, a requerimiento de parte, los actos, contratos y documentos determinados en las Leyes (Ley Notarial, 2020, p. 2).

Esta disposición establece que, en el Ecuador, los Notarios son servidores públicos, a los cuales el Estado les ha investido de fe pública, para que puedan autorizar a requerimiento de parte, los actos, contratos y documentos que se encuentran establecidos en las leyes. De la parte final del artículo citado se entiende que los Notarios están facultados para ejercer únicamente aquellas atribuciones que les están conferidas en la ley, por lo que no pueden extralimitarse en el ejercicio de su función.

Respecto a las atribuciones de los Notarios, estas se encuentran establecidas en el Art. 18 de la Ley Notarial, que en la parte pertinente a este estudio señala:

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

10.- Receptar la declaración juramentada del titular del dominio, con la intervención de dos testigos idóneos que acrediten la necesidad de extinguir o subrogar, de acuerdo a las causales y según el procedimiento previsto por la Ley, el patrimonio familiar constituido sobre sus bienes raíces, en base a lo cual el Notario elaborará el acta que lo declarará extinguido o subrogado

y dispondrá su anotación al margen de la inscripción respectiva en el Registro de la Propiedad correspondiente.

En los casos en que el patrimonio familiar se constituye como mandato de la Ley, deberá adicionalmente contarse con la aceptación de las instituciones involucradas. Si tales instituciones ya no existen, están inactivas, liquidadas o canceladas o no hay la documentación de las mismas en el órgano regulador competente y así se certifica, no será necesaria su aceptación (Ley Notarial, 2020, p. 4).

Conforme al inciso primero del numeral 10, los Notarios tienen la facultad para recibir la declaración juramentada del constituyente del patrimonio familiar, quien es el titular del dominio, con la intervención de dos testigos que acrediten que es necesario extinguir o subroga el patrimonio familiar de conformidad con las causales, y según el procedimiento previsto en la ley.

Es decir que el Notario solamente con la comparecencia del constituyente y de los testigos que acrediten la necesidad de extinguir el patrimonio familiar o de subrogarlo, puede elaborar el acta declarando tal extinción o subrogación y disponer que se inscriba dicha acta en el Registro de la Propiedad.

La Ley Notarial, no prescribe nada respecto de los beneficiarios, ni de la determinación de que la extinción o subrogación, representan un beneficio común para todos ellos, esto genera inseguridad jurídica para los derechos de los beneficiarios y para el incumplimiento de la finalidad del patrimonio familiar, más si consideramos que de

acuerdo con las normas del Código Civil ecuatoriano el beneficio del patrimonio familiar alcanza a los nietos y a las personas que llegaren a existir luego de su constitución, situación que difícilmente puede ser determinada en base a la declaración de dos testigos.

De igual forma, la Ley Notarial, contradice expresamente lo establecido en el Art. 851 del Código Civil, en cuyo análisis se determinó que el único presupuesto en que se permite la intervención del Notario es en el caso de subrogación del patrimonio familiar, y aún en este presupuesto es necesaria la calificación de la conveniencia de que se subroge el bien constituido en patrimonio otorgada por el Juez o por el propio Notario, represente un beneficio para todos los constituyentes, sin que exista la calificación respecto a dicha conveniencia, no sería procedente la subrogación en sede notarial.

Por lo tanto, al existir una imprecisión de carácter técnico en el precepto del numeral 10 del Art. 18 de la Ley Notarial, se pone en riesgo la institución de la patrimonio familiar y los derechos de sus beneficiarios, pues la inadecuada redacción de la norma ha permitido que en muchos casos los Notarios declaren la extinción por causales distintas a la subrogación, sin que se cumplan los presupuestos establecidos en el Código Civil, que es la ley que en nuestro país regula la institución del patrimonio familiar.

La Ley Notarial agrega que, si el patrimonio familiar se ha constituido por mandato legal, deberá contarse para la extinción o subrogación con la autorización de las instituciones involucradas y si estas ya no existen, están inactivas, han sido liquidadas o canceladas y no hay información sobre ellas en el órgano que las regula, no será indispensable esta autorización.

#### **4.4. Legislación Comparada**

##### **4.4.1. Ley que Autoriza la Constitución de Patrimonios de Familia no Embargables de la República de Colombia**

En Colombia se encuentra vigente la Ley 70 de 1931 que autoriza la Constitución de Patrimonios de Familia no Embargables, que señala lo siguiente:

Artículo 1°. Autorízase la constitución a favor de toda familia, de un patrimonio especial, con la calidad de no embargable, y bajo la denominación de patrimonio de familia (Ley 70 de 1931, que autoriza la Constitución de Patrimonios de Familia no Embargables, 1999, p. 1).

De acuerdo con la norma citada, en Colombia se autoriza la constitución de un patrimonio especial, en favor de toda la familia, la cual tiene la condición de no embargable y se denomina como patrimonio de familia, es decir se trata de lo que en el Ecuador se ha denominado como patrimonio familiar.

Artículo 2°. Denominase constituyente aquel que lo establece. Llámase beneficiario aquel a cuyo favor se constituye. En la constitución de un patrimonio de familia pueden concurrir varios constituyentes y varios beneficiarios (Ley 70 de 1931, que autoriza la Constitución de Patrimonios de Familia no Embargables, 1999, p. 1).

La norma señala quienes son los constituyentes y beneficiarios. Siendo los primero aquél que establece el patrimonio de familia, respecto de un bien de su propiedad

y beneficiarios, las persona a cuyo favor se constituye dicho patrimonio. En la constitución pueden intervenir varias personas como constituyentes o como beneficiarios. En cuanto a los constituyentes y beneficiarios existe similitud entre la legislación colombiana y ecuatoriana.

Artículo 7°. El patrimonio de familia, salvo que se diga lo contrario en el acto constitutivo, se considera establecido no sólo a favor del beneficiario designado, sino de su cónyuge y de los hijos que lleguen a tener (Ley 70 de 1931, que autoriza la Constitución de Patrimonios de Familia no Embargables, 1999, p. 4).

De acuerdo con la norma anterior, y salvo que se establezca lo contrario en el acto de constitución del patrimonio de familia, este se considera establecido no únicamente a favor de los beneficiarios designados, sino de su cónyuge y de los hijos que llegaren a tener, es decir se considera también como beneficiarios a personas que llegaren a existir luego del a constitución, situación que es similar a la legislación ecuatoriana.

En cuanto a la extinción del patrimonio familiar la legislación colombiana establece:

Artículo 29. Cuando todos los comuneros lleguen a la mayoría se extingue el patrimonio de familia, y el bien que lo constituye queda sometido a las reglas del derecho común (Ley 70 de 1931, que Autoriza la Constitución de Patrimonios de Familia no Embargables, 1999, p. 9).

Es decir, la única causal por la cual se extingue el patrimonio familiar conforme a la normativa vigente en Colombia, es que todos los beneficiarios del patrimonio de

familia, lleguen a la mayoría de edad, una vez que se verifica este hecho el bien constituido en patrimonio queda sometido a las reglas del derecho común.

Por lo tanto, existe una diferencia con la legislación ecuatoriana en donde además de la mayoría de edad de los beneficiarios se han previsto algunas otras causales como el fallecimiento de los beneficiarios, la terminación del estado de matrimonio, y la subrogación.

No obstante, hay que manifestar que, en la legislación colombiana, si se establece lo relacionado a la subrogación o sustitución del patrimonio, y se lo hace en el siguiente artículo:

Artículo 25. Puede sustituirse un patrimonio de familia por otro, pero si entre los beneficiarios hay mujer casada o menores, el marido o el constituyente no puede hacer la sustitución sin licencia judicial, previo conocimiento de casusa.

La escritura pública respectiva debe inscribirse en el libro especial de que trata el artículo 18, dentro del término de los noventa días señalados en el mismo texto (Ley 70 de 1931, que Autoriza la Constitución de Patrimonios de Familia no Embargables, 1999, p. 9).

Es decir, en Colombia también se admite la subrogación del patrimonio familiar, que consiste en reemplazar el bien que está constituido en patrimonio de familia por otro. Cuando entre los beneficiarios hay mujer casada o menores, el constituyente, no puede proceder a la sustitución del bien, sin licencia otorgada por el juez, el cual la concederá previo conocimiento de causa. Por lo tanto, la única autoridad facultada para autorizar la

licencia judicial es el juez competente, previa la sustanciación del correspondiente proceso, que le permitirá tener el suficiente conocimiento acerca de la necesidad de sustitución.

Una vez obtenida la autorización del juez, se elaborará la correspondiente escritura pública de sustitución ante el Notario.

Por lo tanto, se determina una diferencia sustancial entre la legislación colombiana y ecuatoriana en cuanto a que en la la única autoridad que puede autorizar la sustitución o subrogación del patrimonio familiar es el Juez, mientras que en el caso ecuatoriano se ha otorgado también la facultad de subrogación al Notario, que en Colombia no tiene dicha atribución.

Podría tomarse como un fundamento para una posible reforma a la legislación civil, el hecho de que, en la legislación colombiana, la única autoridad con potestad para poder declarar la subrogación del patrimonio familiar, es el Juez, siendo este un requisito indispensable para que proceda a celebrarse la correspondiente escritura ante el Notario.

#### **4.4.2. Código Civil de los Estados Unidos Mexicanos**

El Código Civil de los Estados Unidos Mexicanos, cuya última reforma se publicó en la Gaceta de Gobierno el 22 de junio del 2015, sobre el patrimonio familiar contiene las siguientes disposiciones:

Artículo 4.376.- Son objeto del patrimonio de familia:

I. La casa habitación;

II. En algunos casos, una parcela cultivable” (Código Civil del Estado de México, 2015, p. 94).

El artículo citado determina cuáles son los bienes respecto de los cuales puede constituirse patrimonio familiar, que se limitan a la casa de habitación, y en algunos casos a una parcela cultivable cuyos frutos como es lógico aprovecharán a los beneficiarios del patrimonio. En cuanto a los bienes objeto del patrimonio familiar, no existe mayor diferencia entre la legislación de México y la de Ecuador, más bien los ordenamientos analizados son similares en este sentido.

Hay que aclarar que conforme el numeral II, puede ser objeto del patrimonio familiar una parcela cultivable, es decir se instituye una especie de patrimonio familiar agrario en similar forma a como estuvo contemplado en la Ley de Reforma Agraria, vigente hasta hace algunos años en nuestro país. No obstante, cuando el Código Civil se refiere a que puede constituirse el patrimonio familiar con “bienes raíces” de su propiedad, obviamente no se excluye que sea constituido también sobre inmuebles destinado a actividades agrarias, reiterando que existe similitud entre las dos legislaciones analizadas.

Artículo 4.378.- Tienen derecho de habitar la casa y de aprovechar los frutos de la parcela, el cónyuge del que lo constituye, las personas a quienes tiene obligación de dar alimentos o los miembros de la familia a favor de quien se constituya el patrimonio familiar. Este derecho es intransmisible. (Código Civil del Estado de México, 2015, p. 94)



En la norma anterior se señala a las personas quienes tendrán la condición de beneficiarios del patrimonio familiar, y que son: el cónyuge del constituyente, las personas a quienes el constituyente tiene la obligación de dar alimentos, o los miembros de la familia a favor de la cual se constituye el patrimonio familiar. El derecho de los beneficiarios tiene la condición de intransmisible.

En cuanto a los constituyentes no existe mayor diferencia, pues las personas a quienes se debe alimentos, son aquellas que en la legislación de Ecuador se identifican como menores de edad. En México no se extiende la condición de beneficiarios para quienes llegaren a existir luego del acto de constitución.

Artículo 4.380.- Los bienes afectos al patrimonio de familia son inalienables, y no estarán sujetos a ningún gravamen (Código Civil del Estado de México, 2015, p. 94).

En México, los bienes afectados por el patrimonio familiar tienen el carácter de inalienables y no son susceptibles de ningún gravamen, en este sentido encontramos absoluta coincidencia con la legislación de Ecuador en cuanto tiene que ver con las características del patrimonio familiar.

Artículo 4.383.- La persona que quiera constituir un patrimonio familiar, lo manifestará por escrito al Juez de la ubicación del inmueble, precisando las características del mismo, y comprobando:

I. Que es mayor de edad o emancipado;

- II. La existencia de la familia a cuyo favor se va a constituir el patrimonio;
- III. Que son propiedad del constituyente los bienes destinados al patrimonio, y que no reportan gravámenes fuera de las servidumbres;
- IV. Que el valor de los bienes que van a constituir el patrimonio no excede del fijado en la ley (Código Civil del Estado de México, 2015, p. 95).

Es así que encontramos recopilados los requisitos que debe reunir la persona que desea constituir patrimonio familiar, la cual debe concurrir con su solicitud ante el Juez competente, señalando en donde se encuentra ubicado el inmueble, precisando sus características y comprobando que es una persona mayor de edad o emancipada, que existe una familia que se va a beneficiar de ese patrimonio, que los bienes destinados al patrimonio son de su propiedad y no están afectados por gravámenes a excepción de las servidumbres y que el valor de los bienes está dentro de la cuantía que está contemplada en la ley.

En realidad, en cuanto a los requisitos para la constitución no se encuentra mayores diferencias, sino que existen más bien similitudes con los que están previstos en el Código Civil del Ecuador.

La legislación de México se refiere también a las causas de extinción del patrimonio familiar, en la siguiente norma:

“Artículo 4.389.- El patrimonio de familia se extingue cuando:

- I. Todos lo (sic) beneficiarios cesen de tener derecho de percibir alimentos;

- II. Sin causa justificada la familia deje de habitar por un año la casa o de cultivar por su cuenta por dos años consecutivos la parcela;
- III. Se demuestre que hay necesidad o notoria utilidad para la familia;
- IV. Se decrete expropiación de los bienes;
- V. Así lo decidan los interesados” (Código Civil del Estado de México, 2015, p. 96).

Las causas de extinción del patrimonio familiar son entonces: que los beneficiarios dejen de tener derecho a recibir alimentos del constituyente; que la familia beneficiaria del patrimonio deje de habitar por un año la casa o cultivar por dos años consecutivos la parcela constituida en patrimonio; que se demuestre que la familia beneficiaria tiene necesidad o notoria utilidad de que el patrimonio se extinga; de que se decrete por parte de la autoridad una expropiación sobre el bien constituido en patrimonio, o que exista una decisión unánime de todos los beneficiarios respecto a la extinción.

Existe diferencias en cuanto a las causales de extinción y específicamente en cuanto tiene que ver a la subrogación del patrimonio familiar, la cual no está contemplada en la legislación de México. Hay que anotar que la legislación de Ecuador no contempla como causa de extinción el hecho de que no se haga uso del bien constituido en patrimonio situación que es importante, pues en estos casos el bien dejaría de cumplir la finalidad por la cual se constituyó el patrimonio familiar.

Artículo 4.390.- La declaración de extinción del patrimonio la hará el Juez competente. En caso de expropiación no es necesaria la declaración” (Código Civil del Estado de México, 2015, p. 96).

La norma anterior es importante por cuanto permite establecer que en México la única autoridad facultada para declarar la extinción del patrimonio familiar es el Juez competente quien intervendrá en todos los casos, a excepción de la expropiación en que no es necesaria la declaración judicial.

Se puede tomar como una base a considerar dentro del análisis de una posible reforma al Código Civil ecuatoriano, el hecho de que en la legislación de México se señala que la autoridad con potestad para declarar la extinción, en todos los casos, es el Juez competente, ratificando con ello lo que se había mencionado en este trabajo en el sentido de que el Notario se extralimita en funciones al declarar la extinción por causales distintas a la subrogación.

#### **4.4.3. Código Civil de la República de Perú**

En la legislación del Perú, se ha legislado también sobre la institución del patrimonio familiar, su extinción, y modificación que es lo que en Ecuador recibe el nombre de subrogación. A continuación, se presentan y analizan las normas del Código Civil del Perú.

Artículo 488.- Características del patrimonio familiar. - El patrimonio familiar es inembargable, inalienable y transmisible por herencia (Código Civil del Perú, 1984, p. 1).

Esta norma al igual que la legislación ecuatoriana señala que el patrimonio familiar tiene las características de inembargable e inalienable, sin embargo, agrega una

diferencia con el Código Civil del Ecuador, en el sentido de que el patrimonio puede ser transmisible por herencia.

Artículo 489.- Bienes afectados patrimonio familiar. - Puede ser objeto del patrimonio familiar:

1. La casa habitación de la familia.
2. Un predio destinado a la agricultura, la artesanía, la industria o el comercio.

El patrimonio familiar no puede exceder de lo necesario para la morada o el sustento de los beneficiarios (Código Civil del Perú, 1984, p. 1).

El artículo anterior se refiere a que los bienes que pueden ser objeto de la constitución en patrimonio familiar son la casa de habitación de la familia, y un inmueble destinado a labores como la agricultura, la artesanía, la industria o el comercio. Aquí también se establece una diferencia puesto que se consideran como objeto del patrimonio familiar, los bienes en los que se realizan labores artesanales, industriales o comerciales, situación que no está prevista en nuestra legislación.

Artículo 491.- Autorización judicial para disponer del patrimonio familiar. - Los bienes del patrimonio familiar pueden ser arrendados sólo en situaciones de urgente necesidad, transitoriamente y con autorización del juez.

También se necesita autorización judicial para arrendar una parte del predio cuando sea indispensable para asegurar el sustento de la familia (Código Civil del Perú, 1984, p. 1).

Se citó el precepto anterior, para determinar que al igual que lo que señala la legislación ecuatoriana, el Código Civil del Perú, determina como requisito para que los bienes constituidos en patrimonio familiar sean arrendados, que se cuente con la autorización del juez, que podrá otorgarla de forma transitorio y sólo en situaciones de urgente necesidad y cuando sea indispensable para el sustento de la familia.

Artículo 493.- Personas que pueden constituir patrimonio familiar. - Pueden constituir patrimonio familiar:

1. Cualquiera de los cónyuges sobre bienes de su propiedad.
2. Los cónyuges de común acuerdo sobre bienes de la sociedad.
3. El padre o madre que haya enviudado o se haya divorciado, sobre sus bienes propios.
4. El padre o madre solteros sobre bienes de su propiedad.
5. Cualquier persona dentro de los límites en que pueda donar o disponer libremente en testamento (Código Civil del Perú, 1984, p. 1).

El artículo anterior en forma similar a lo establecido en el Código Civil del Ecuador, determina que pueden constituir patrimonio familiar: cualquiera de los cónyuges con bienes de su propiedad; ambos cónyuges de común acuerdo sobre bienes de la sociedad conyugal; el padre o madre de estado civil viudos o divorciados sobre bienes que sean de su propiedad; el padre o madre solteros sobre bienes que son de su propiedad; y cualquier persona dentro de los límites en que puede donar o disponer

libremente a través de testamento, este presupuesto no se encuentra señalado en el Código Civil del Ecuador.

Artículo 495.- Beneficiarios del patrimonio familiar. - Pueden ser beneficiarios del patrimonio familiar sólo los cónyuges, los hijos y otros descendientes menores o incapaces, los padres y otros ascendientes que se encuentren en estado de necesidad y los hermanos menores o incapaces del constituyente (Código Civil del Perú, 1984, p. 1).

En cuanto a los beneficiarios del patrimonio familiar el Código Civil peruano, señala a los cónyuges, los hijos y otros descendientes menores o incapaces, los padres y otros ascendientes que se encuentren en estado de necesidad, y los hermanos menores o incapaces del constituyente. Aquí se encuentra un aspecto diferenciador en el sentido de considerar como beneficiarios a los padres y ascendientes en estado de necesidad y a los hermanos menores o incapaces del constituyente, presupuestos que no están previstos en el Código Civil del Ecuador respecto a los beneficiarios del patrimonio.

Artículo 499.- Causales de extinción de patrimonio familiar. - El patrimonio familiar se extingue:

1. Cuando todos sus beneficiarios dejan de serlo conforme al artículo 498.
2. Cuando, sin autorización del juez, los beneficiarios dejan de habitar en la vivienda o de trabajar el predio durante un año continuo.

3. Cuando, habiendo necesidad o mediada causa grave, el juez, a pedido de los beneficiarios, lo declara extinguido.
4. Cuando el inmueble sobre el cual recae fuere expropiado. En este caso, el producto de la expropiación debe ser depositado en una institución de crédito para constituir un nuevo patrimonio familiar. Durante un año, el justiprecio depositado será inembargable. Cualquiera de los beneficiarios puede exigir dentro de los seis primeros meses, que se constituya el nuevo patrimonio. Si al término del año mencionado no se hubiere constituido o promovido la constitución de un nuevo patrimonio, el dinero será entregado al propietario de los bienes expropiados.

Las mismas reglas son de aplicación en los casos de destrucción del inmueble cuando ella genera una indemnización (Código Civil del Perú, 1984, p. 1).

En cuanto a las causales de extinción del patrimonio familiar el Código Civil de Perú señala: el hecho de que todos los beneficiarios pierdan la condición de tales; cuando sin autorización judicial los beneficiarios han dejado de habitar en la vivienda o de trabajar el predio durante un año continuo; cuando el juez declara extinguido el patrimonio, por necesidad o causa grave a pedido de los beneficiarios; cuando el inmueble constituido en patrimonio fuere expropiado.

En este caso se encuentra diferencias con la legislación ecuatoriana, en cuanto a la causal en la cual el juez autoriza la extinción por necesidad o causa grave a solicitud de los beneficiarios y cuando se ha dejado de habitar la vivienda o de trabajar el predio



constituido en patrimonio. Es necesario anotar que no existe un expreso señalamiento del a subrogación del patrimonio como causa de extinción en la legislación del Perú.

Artículo 500.- Declaración judicial de extinción del patrimonio familiar. - La extinción del patrimonio familiar debe ser declarada por el juez y se inscribe en los registros públicos (Código Civil del Perú, 1984, p. 1).

Conforme a la norma anterior, la extinción del patrimonio familiar debe ser declarada por el juez e inscrita en los registros públicos. Esto quiere decir que en el Perú la única autoridad facultada para declarar la extinción es el juez competente, situación que también marca una diferencia con la legislación ecuatoriana en donde se autoriza la extinción por subrogación a los Notarios.

Artículo 501.- Modificación del patrimonio familiar. - El patrimonio familiar puede ser modificado según las circunstancias, observándose el mismo procedimiento que para su constitución (Código Civil del Perú, 1984, p. 1).

Lo que contiene esta norma es una especie de subrogación o sustitución del patrimonio familiar, que opera a través de la modificación del mismo constituyéndolo sobre otro bien, en este caso como señala la norma debe seguirse el mismo procedimiento establecido para la constitución, el cual involucra necesariamente la autorización judicial, que es concedida por el juez competente. Es decir que en el Perú, la modificación que es una especie de subrogación, sólo es ordenada por el Juez, y no por los Notarios como sucede en el Ecuador.

También se debe considerar como un elemento interesante que aporta la legislación analizada el hecho de que, para la modificación del patrimonio familiar, se requiere autorización del Juez, situación que corrobora la importancia de que por tratarse de una institución jurídica que garantiza derechos fundamentales de los beneficiarios, su modificación debe ser ordenada exclusivamente por el Juez.

#### **4.4.4. Código de las Familias y del Proceso Familiar del Estado Plurinacional de Bolivia.**

En Bolivia, se encuentra vigente el denominado Código de las Familias y del Proceso Familiar, en el cual está regulado el patrimonio familiar, en algunas disposiciones como las siguientes:

Artículo 128. (objeto, carácter y extensión).

- I. El patrimonio familiar tiene por objeto proteger y garantizar el sostenimiento y bienestar de la familia.
- II. Comprende un inmueble libre y alodial, o una parte del mismo destinado a la vivienda, o los muebles de uso ordinario.  
  
Este patrimonio es de interés público y los bienes que lo constituyen son inalienables e inembargables.
- III. Otros componentes del patrimonio familiar establecidos por leyes especiales, se rigen por lo que éstas disponen (Código de las Familias y del Proceso Familiar, 2014, p. 36).

La norma anterior empieza por reseñar un objeto, que no se encuentra establecido de forma específica en la legislación ecuatoriana, al señalar que el patrimonio familiar tiene como finalidad proteger y garantizar el bienestar de la familia.

El patrimonio familiar se constituye sobre un bien libre o una parte del mismo que está destinado a la vivienda, es de interés público y reúne las características de inalienable e inembargable, características también establecidas en la legislación ecuatoriana.

Artículo 129. (constitución de patrimonio familiar).

- I. El patrimonio familiar se constituye en forma única por resolución judicial a pedido de uno o más miembros de la familia, y se registra en la oficina de Derechos Reales.
- II. En ningún caso puede constituirse más de un patrimonio familiar en beneficio de las y los miembros de una familia.
- III. Se constituye en proporción a las necesidades de la familia, siendo susceptible de disminución o de ampliación según los casos” (Código de las Familias y del Proceso Familiar, 2014, p. 36).

La norma anterior establece que el patrimonio familiar se constituye por resolución judicial, a pedido de uno o más integrantes de la familia, que no se puede constituir más de un patrimonio familiar en beneficio de los miembros de una familia, y que se constituye en proporción a las necesidades de la familia, siendo susceptible de disminuirse o ampliarse según los casos. En este aspecto encontramos una diferencia con la legislación ecuatoriana en el sentido de que en Bolivia se establece claramente la

posibilidad de ampliación o disminución del patrimonio familiar y también el hecho de que no puede constituirse más de un patrimonio en beneficio de la familia, situación que no está mencionada de forma expresa en el caso del Código Civil del Ecuador.

Artículo 130. (personas que pueden solicitar la constitución del patrimonio familiar y las o los beneficiarios).

I. Las personas que pueden solicitar la constitución del patrimonio familiar son:

1. Los cónyuges o uno de ellos, para ambos, y las hijas e hijos menores de edad, si los hay.

2. La madre o el padre cuyo vínculo conyugal o de unión libre esté disuelto, para sí o para la o el otro y las y los hijos menores de edad, o sólo para éstos.

3. La madre soltera o el padre soltero.

4. La madre o el padre viudo, para sí, y sus hijas e hijos menores de edad o sólo para éstos.

5. Las y los ascendientes, las y los colaterales para sí y sus descendientes y parientes menores de edad o sólo para éstos.

II. En los casos indicados en el Parágrafo anterior, también puede solicitarse la constitución de patrimonio familiar para beneficio de una persona declarada interdicta (Código de las Familias y del Proceso Familiar, 2014, p. 37).

De conformidad con el artículo, pueden constituir patrimonio familiar y tener la condición de beneficiarios del mismo: los cónyuges de común acuerdo o sólo uno de ellos, en beneficio de ambos y de los hijos menores de edad si los hubiere; la madre o el padre que han disuelto su vínculo conyugal o de unión libre, para sí mismo o para el otro, y para los hijos menores de edad o sólo en beneficio de estos; la madre soltera o el padre soltero; la madre o padre viudos para sí mismos y para sus hijos menores de edad o sólo en beneficio de éstos; las y los ascendientes, las y los colaterales para sí y sus descendientes y parientes menores de edad o solo para éstos; también puede constituirse patrimonio familiar para una persona declarada en estado de interdicción.

En cuanto a los beneficiarios se establece una diferencia únicamente en el último caso en el cual se puede declarar beneficiaria del patrimonio familiar a una persona interdicta, situación que no se encuentra prevista en la legislación ecuatoriana.

Artículo 132. (extinción del patrimonio familiar).

I. El patrimonio familiar se extingue cuando:

- a) Fallece la última persona beneficiaria;
- b) La persona beneficiaria más joven llega a su mayoría de edad, siempre y cuando no existan otras personas beneficiarias;
- c) La persona beneficiaria declarada interdicta ha recuperado sus facultades;
- d) Se extingue el vínculo conyugal o de convivencia siempre que no haya hijas o hijos menores de edad, y si los hay, se aplicará de acuerdo al Artículo 133 del presente Código;

- e) Por invalidez del título, reivindicación, mejor derecho de propiedad, expropiación o destrucción total del inmueble, salvo en estos dos últimos casos, lo que se dispone en cuanto a expropiación o destrucción del patrimonio familiar;
- f) Por acuerdo voluntario de las y los beneficiarios.

II. La extinción se declara judicialmente a petición de parte interesada, ordenándose su cancelación en el registro de Derechos Reales. En los casos de invalidez del título, reivindicación, mejor derecho de propiedad y de expropiación, la extinción se produce por efecto de sentencia ejecutoriada dentro de los respectivos procesos, debiendo diligenciar también su inscripción (Código de las Familias y del Proceso Familiar, 2014, p. 37).

Atendiendo al contenido del artículo citado, las causas de extinción del patrimonio familiar son las siguientes: el fallecimiento del último beneficiario; el hecho de que el beneficiario más joven llegue a la mayoría de edad y no existan otros beneficiarios; la persona beneficiaria interdicta recupere sus facultades; se extinga el vínculo conyugal o de convivencia y no existan hijos menores de edad; por invalidez del título de constitución, expropiación, destrucción, mejor derecho de propiedad o reivindicación del bien constituido en patrimonio familiar; y , por acuerdo voluntario de los beneficiarios.

Existe una diferenciación en cuanto a las causales de extinción pues en la legislación de Bolivia se contempla algunas que no han sido expresamente manifestadas en la legislación ecuatoriana, como la relacionada con la recuperación de las facultades

de la persona declarada en interdicción; la invalidez del título de constitución del patrimonio; y, el acuerdo de todos los beneficiarios.

Ahora es muy importante lo establecido en la norma antes citada en el sentido de que la declaración sólo se declara judicialmente a petición de parte interesada, y se produce por efecto de sentencia ejecutoriada en los casos de invalidez del título de constitución, reivindicación, expropiación y mejor derecho de propiedad.

Con lo que queda claramente establecido que, en la legislación boliviana, la única autoridad facultada para extinguir el patrimonio familiar es el juez competente.

Como se ha podido establecer del análisis realizado, en las legislaciones de Colombia, México, Perú y Bolivia, la única autoridad facultada para poder declarar la extinción del patrimonio familiar, es el juez competente, es decir los Notarios no tienen la potestad para intervenir en la extinción del patrimonio familiar, situación que ratifica lo manifestado desde el planteamiento de la problemática formulada como base para el desarrollo de este trabajo de investigación, en el sentido de que existe una extralimitación de funciones de los Notarios al intervenir en la declaración de extinción del patrimonio familiar, en casos distintos a la subrogación, que como se ha manifestado reiteradamente es el único presupuesto en el cual ellos pueden intervenir por así facultarlos la Ley Notarial y el Código Civil.

## **5. MATERIALES Y MÉTODOS**

### **5.1. Materiales Utilizados.**

Al tratarse el presente trabajo, de una investigación jurídica de carácter bibliográfico, los materiales que me permitieron desarrollar la tesis de grado, son los siguientes:

- Bibliográficos: libros de derecho civil, libros sobre el derecho de propiedad, diccionarios, ensayos, revistas jurídicas, artículos de páginas web y textos contenidos en la Constitución, Instrumentos Jurídicos Internacionales, legislación comparada y legislación ecuatoriana, que una vez consultados han sido debidamente referenciados y citados, constando como parte de la bibliografía empleada en este trabajo.
- Tecnológicos: Se empleó para la recopilación de información, así como para el procesamiento y edición de la misma los siguientes materiales: teléfono celular, conexión a internet, laptop, calculadora, impresora.
- De oficina: fueron empleados materiales de escritorio y oficina como cuaderno de apuntes, papel bon, esferográficos, lápices, borradores. Además, se emplearon fotocopias, anillados, impresión y empastado de los borradores parciales y del borrador final de la tesis, para su presentación y sustentación.

### **5.2. Métodos:**

En el proceso de investigación Socio – Jurídico, se aplicó los métodos:



**Método científico:** Definido como el proceso que se sigue con la finalidad de encontrar la verdad respecto de un problema determinado. En esta investigación, el método científico se empleó para realizar el análisis de los criterios de los diferentes tratadistas, manifestados en sus obras jurídicas, cuyos contenidos son presentados en el marco conceptual y el marco doctrinario del trabajo, y que han sido debidamente citadas formando parte de la bibliografía que sustenta la investigación.

**Método inductivo:** Se utilizó en la parte teórica de la investigación con la finalidad de determinar los antecedentes del derecho notarial y los antecedentes del patrimonio familiar en la legislación ecuatoriana, que están debidamente determinados en el marco conceptual, doctrinario y jurídico de la investigación. De igual forma se aplicó para estudiar la institución del patrimonio familiar en el contexto nacional, para luego realizar un estudio de la legislación de otros países, y de los instrumentos internacionales, todo este enfoque fue presentado como parte de la revisión de literatura que sustenta teóricamente la investigación.

**Método deductivo:** Se trata de un método que, desde premisas de orden general, avanza hacia la determinación de los rasgos particulares de una problemática. Fue de utilidad al momento de estudiar la institución del patrimonio familiar en relación con el contenido de instrumentos internacionales suscritos por el Ecuador, de igual forma al estudiar el contexto del derecho comparado para determinar las semejanzas y diferencias con la legislación ecuatoriana, se trata por lo tanto de un método que fue de utilidad en la estructuración de la revisión de literatura.

**Método histórico:** Es aquel que se basa en la recopilación de referentes históricos acerca del problema de investigación. Fue empleado con la finalidad de presentar algunos antecedentes históricos acerca del derecho notarial, así como también respecto al patrimonio familiar y la forma en que apareció regulado en la legislación ecuatoriana.

**Método analítico:** Se empleó para analizar los criterios tomados de los diferentes autores y tratadista que fueron citados en la parte conceptual y doctrinaria, en base a este método fue posible elaborar los comentarios que se presentan por parte de la responsable de la investigación, se empleó también en el análisis e interpretación de los resultados que se obtuvieron de la aplicación de las técnicas de la encuesta y la entrevista.

**Método exegético:** En esta investigación se empleó principalmente en el marco jurídico de la revisión de literatura, para analizar las normas de la Constitución de la República del Ecuador, de los Instrumentos Jurídicos Internacionales, del Código Civil, del Código Orgánico de la Función Judicial, y de la Ley Notarial, como también de los diferentes códigos y leyes en el derecho comparado.

**Método hermenéutico:** Sirve este método para el esclarecimiento e interpretación de textos jurídicos que no tienen la suficiente claridad en cuanto al significado de sus preceptos. Se empleó en esta investigación específicamente con la finalidad de poder entender el contenido de las normas de la Ley Notarial que dan a los notarios la potestad para extinguir y subrogar el patrimonio familiar, y determinar que las mismas son contradictorias con las normas del Código Civil, sobre la extinción del patrimonio familiar.

**Método mayéutico:** Es un método que, a través del planteamiento de interrogantes sobre un determinado problema, busca esclarecer la verdad respecto al mismo. Se aplicó en cuanto tiene que ver con la estructuración del banco de preguntas de la encuesta y la entrevista, pues en ambos casos se presentan interrogantes destinadas a obtener información que permita corroborar la existencia de un problema jurídico respecto de la facultad de los notarios de extinguir o subrogar el patrimonio familiar.

**Método comparativo:** En esta investigación se empleó con la finalidad de desarrollar el estudio de la legislación comparada, en donde se abordó la normativa de Ley que Autoriza la Constitución de Patrimonios de Familia no Embargables de la República de Colombia, Código Civil de los Estados Unidos Mexicanos, Código Civil de la República de Perú y Código de las Familias y del Proceso Familiar del Estado Plurinacional de Bolivia, estableciendo las diferencias y semejanzas entre la regulación de la extinción del patrimonio familiar en esos países y la normativa vigente en el Ecuador.

**Método estadístico:** Es de utilidad en la investigación para determinar información cualitativa y cuantitativa, que permita establecer conclusiones acerca de la problemática investigada; aplicado especialmente para el análisis de la información recopilada mediante la encuesta, tabulación, y representación gráfica de los resultados.

**Método sintético:** Este método sintetiza los elementos encontrados en un proceso investigativo, con la finalidad de concretar criterios sobre un problema determinado. Se empleó, para sintetizar las opiniones de los tratadistas nacionales e internacionales, cuyos criterios fueron citados, así como las opiniones obtenidas de parte de las personas que

fueron entrevistadas, con la finalidad de concretar sus apreciaciones respecto al problema investigado. Además, se aplica este método en la discusión de la verificación de los objetivos, contrastación de hipótesis, fundamentación jurídica de la propuesta de reforma legal, conclusiones y recomendaciones.

### **5.3. Técnicas**

**Encuesta:** Consiste en un cuestionario previamente elaborado en base a planteamientos de interrogantes que pretenden conseguir la opinión de las personas encuestas acerca del problema investigado. En este caso se empleó a cincuenta abogados en libre ejercicio con la finalidad de conocer sus criterios acerca de la problemática abordada en el trabajo investigativo.

**Entrevista:** De igual forma se trata de un cuestionario estructurado de forma previa en base a interrogantes relacionadas con un determinado problema objeto de estudio. A través de esas preguntas se facilita un diálogo entre el investigador y la persona entrevistada. En el presente caso la entrevista se aplicó a un número de diez profesionales entre jueces y notarios que por su conocimiento especializado pueden aportar opiniones puntuales acerca del problema estudiado.

**Observación directa:** Consiste en el estudio de casuística relacionada con el problema objeto de la investigación. En este caso se realizó la observación de tres casos que permiten determinar la existencia de la problemática relacionada con la extralimitación de funciones de los notarios, al declarar la extinción del patrimonio familiar en casos distintos a la subrogación.

## 6. RESULTADOS

### 6.1. Resultados de las Encuestas

La presente técnica de encuesta fue aplicada a treinta profesionales del derecho de las ciudades de Catamayo y Loja, a través de un cuestionario de seis preguntas; resultados que a continuación procedo a detallar:

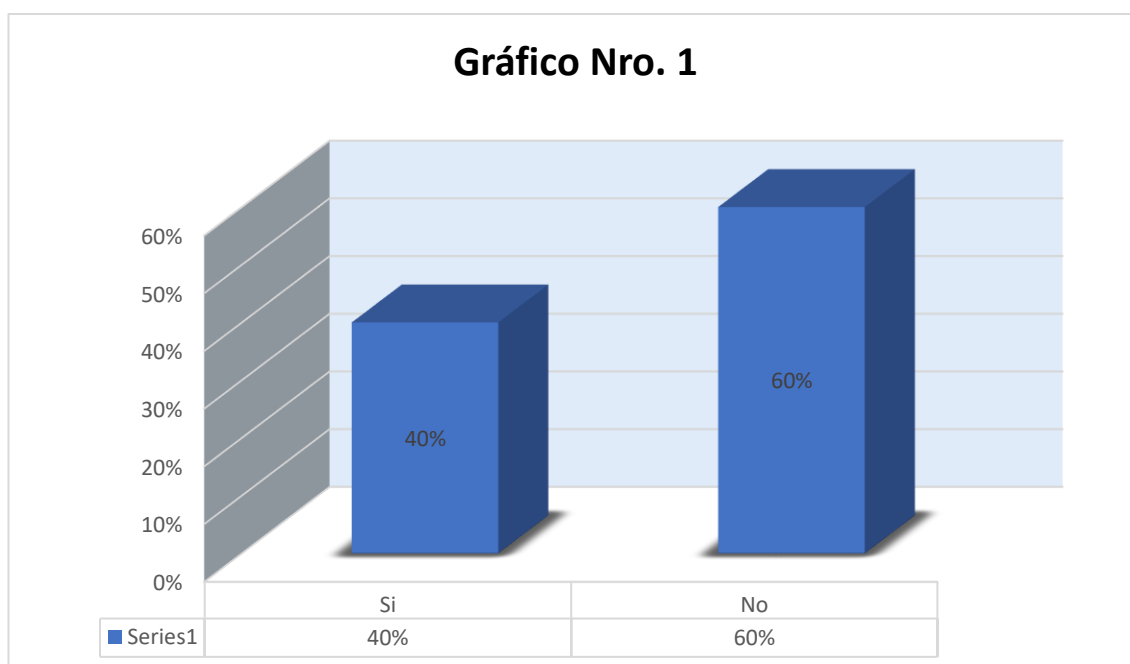
**Primera pregunta:** De acuerdo a la normativa prevista en el Código Civil, ¿Considera usted que el Notario tiene competencia para declarar la extinción del patrimonio familiar por causales distintas a la subrogación?

**Cuadro Estadístico Nro. 1**

Indicadores	Variable	Porcentaje
Si	12	40%
No	18	60%
<b>Total</b>	<b>30</b>	<b>100%</b>

**Fuente:** Abogados en libre ejercicio de las ciudades de Catamayo y Loja

**Autora:** Karla Elizabeth Herrera Herrera



### **Interpretación:**

En la presente pregunta de los treinta encuestados, doce de los profesionales que representan al 40% respondieron que sí, porque la Ley Notarial conforme lo determina el artículo 18 faculta al Notario para realizar la extinción del patrimonio familiar, pues tal como lo señala la normativa el Notario puede extinguir o subrogar. Además, señalan que es un acto facultativo y voluntario de quien constituye el patrimonio familiar ante el Notario, por lo tanto, se manifiesta la voluntad de extinción y se cumple con los principios constitucionales de celeridad y economía procesal. Mientras que dieciocho encuestados que corresponden al 60% respondieron que no, porque el artículo 851 del Código Civil es claro al no estipular otra forma jurídica de extinguir el patrimonio familiar por parte del Notario, sino únicamente a través de la subrogación por otro patrimonio, por lo tanto, solo se señala una sola causal. El juez es competente para realizar la extinción del patrimonio familiar mediante sentencia, cumpliendo con el debido proceso y sin violación a los intereses de los beneficiarios.

### **Análisis:**

Respecto a esta pregunta, comparto la opinión de la mayoría que corresponde al 60% porque el Código Civil en el artículo 851 numeral 4 manifiesta que la subrogación por otro patrimonio que podrá ser autorizada por el juez o el notario o notaria, previa solicitud del instituyente, y en conveniencia de los beneficiarios. La norma en este sentido es muy clara pues solo menciona que el Notario puede autorizar la extinción del patrimonio familiar en esta causal, cabe recalcar que todas las causales que se determinan

en el artículo anteriormente mencionado son competencia del Juez, en este caso sería un Juez de lo Civil o uno Multicompetente cuando sea el caso. No estoy de acuerdo con las respuestas del 40% porque la Ley Notarial en el artículo 18 establece que el Notario debe extinguir o subrogar el patrimonio familiar de acuerdo a las causales establecidas en la ley, es así pues que el Notario debe basarse en el Código Civil pues en esta normativa se señalan cuáles son las causales de extinción del patrimonio familiar, y concretamente en el numeral 4 se señala la atribución que tiene el Notario para subrogar el patrimonio familiar.

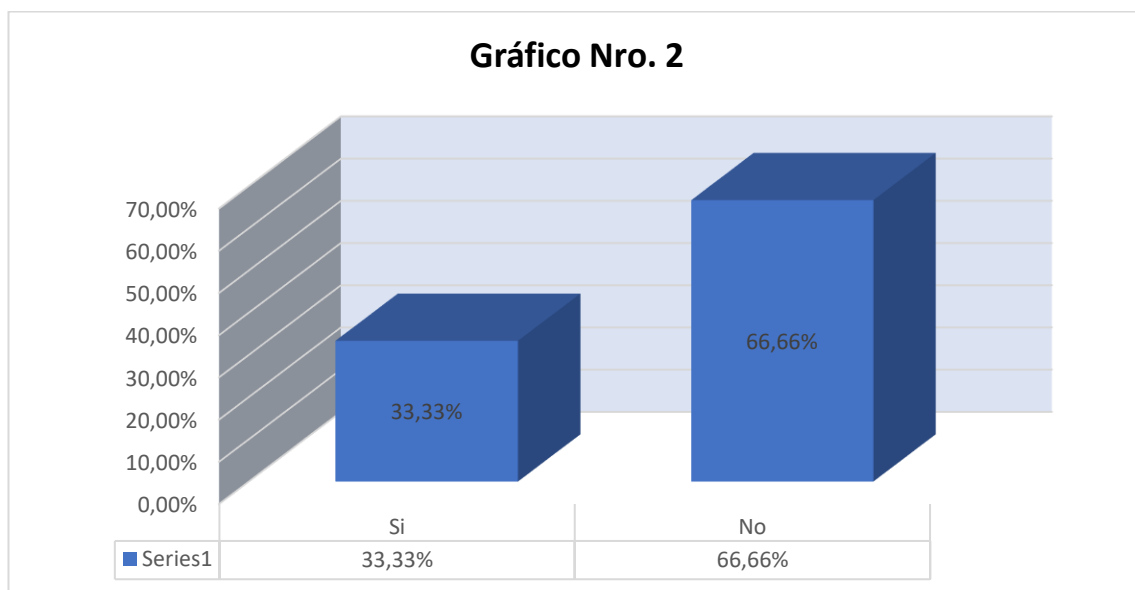
**Segunda pregunta:** ¿Cree usted que se garantiza efectivamente los principios de seguridad jurídica y de legalidad, al permitir que el Notario Público, declare la extinción del patrimonio familiar por cualquiera de las causales previstas en el Art. 851 del Código Civil?

**Cuadro Estadístico Nro. 2**

<b>Indicadores</b>	<b>Variable</b>	<b>Porcentaje</b>
Si	10	33,33%
No	20	66,66%
<b>Total</b>	<b>30</b>	<b>99,99%</b>

**Fuente:** Abogados en libre ejercicio de las ciudades de Catamayo y Loja

**Autora:** Karla Elizabeth Herrera Herrera



**Interpretación:**

En esta pregunta de los treinta encuestados, diez de los profesionales del derecho constituyen el 33,33% con la respuesta sí, porque señalan que la Ley Notarial faculta expresamente al Notario para realizar la extinción del patrimonio familiar, por lo que los principios de seguridad jurídica y legalidad están garantizados pues el Notario es autoridad investida de fe pública y puede verificar la veracidad de los documentos presentados para justificar la extinción del patrimonio familiar de acuerdo a la ley. Mientras que veinte encuestados que corresponden al 66,66% respondieron que no, porque las atribuciones están claramente determinadas en el Código Civil y son violentadas al permitir que el Notario realice la declaración de la extinción del patrimonio familiar por otras causales que no son de su competencia, añadiendo que debe existir un pronunciamiento razonable del Juez en base a las pruebas presentadas para que el o los beneficiarios del patrimonio familiar no queden desprotegidos al vulnerarse el derecho a



la propiedad privada; se evidencia también poca claridad entre el Código Civil y la Ley Notarial.

**Análisis:**

Respecto a esta pregunta, estoy de acuerdo con la opinión de la mayoría que corresponde al 66,66% porque no se garantizan los principios de seguridad jurídica y de la legalidad que se encuentran establecidos en la Constitución de la República del Ecuador, puesto que se encuentra tipificado en el Código Civil la única casual por la cual el Notario tiene competencia para extinguir el patrimonio familiar siendo esta la cuarta, o sea la subrogación, por lo tanto si el Notario realiza la extinción de éste por otras causales estaría contraviniendo la norma jurídica y violando los derechos garantizados en la Ley Suprema y en la Ley. Es el Juez quien tiene el deber de aplicar ley cumpliendo así los principios de legalidad, jurisdicción y competencia que se relacionan directamente con el de tutela judicial efectiva de derechos tal y como lo señala el Código Orgánico de la Función Judicial. No estoy de acuerdo con las respuestas del 40% porque no basta que el Notario sea una autoridad investida en fe pública, es más bien una cuestión de competencias que no se encuentran determinadas claramente en la Ley Notarial y como resultado de ello violenta los principios de seguridad jurídica y legalidad al declarar la extinción del patrimonio familiar fuera de sus atribuciones.

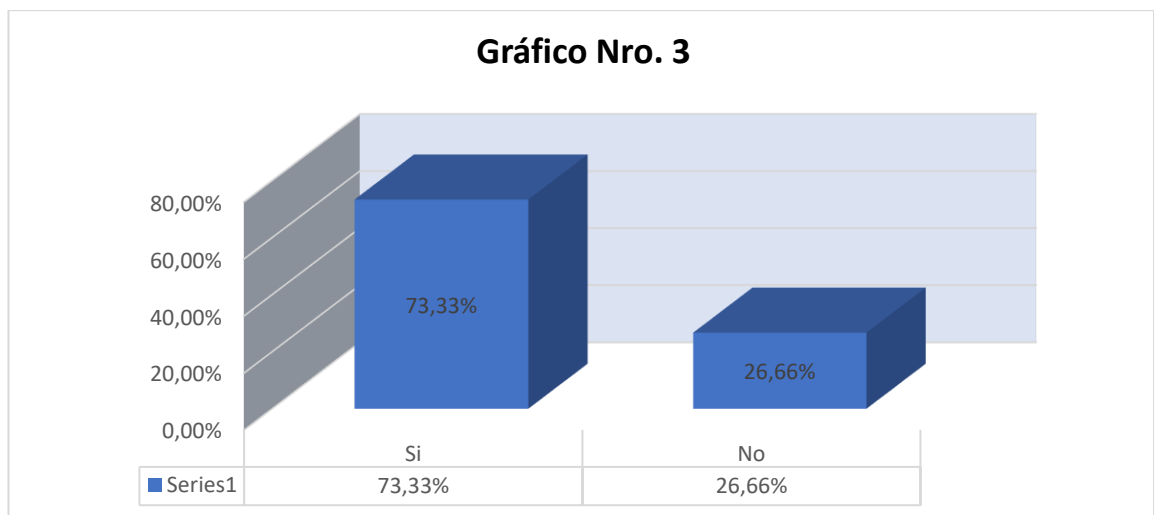
**Tercera pregunta:** ¿Cree usted que existen extralimitaciones en las atribuciones que tiene el Notario Público para emitir la declaratoria de extinción del patrimonio familiar?

**Cuadro Estadístico Nro. 3**

Indicadores	Variable	Porcentaje
Si	22	73,33%
No	8	26,66%
<b>Total</b>	<b>30</b>	<b>99,99%</b>

**Fuente:** Abogados en libre ejercicio de las ciudades de Catamayo y Loja

**Autora:** Karla Elizabeth Herrera Herrera



**Interpretación:**

En esta pregunta de los treinta encuestados, veinte y dos de los profesionales del derecho que constituyen el 73,33% con la respuesta sí, porque es el Juez el indicado y facultado por la ley para declarar la extinción del patrimonio familiar por todas las causales establecidas en el Código Civil, cumpliendo con el debido proceso. El Notario se toma esa atribución sin tenerlas de manera arbitraria y generan la vulneración a la

propiedad y a los derechos constitucionales. Mientras que ocho encuestados que corresponden al 26,66% respondieron que no, porque las atribuciones para declarar la extinción del patrimonio familiar que tiene el Notario se encuentran tipificadas en la Ley Notarial y así se desconcentra el trabajo a los señores Jueces, de manera ágil.

### **Análisis:**

Respecto a esta pregunta, estoy de acuerdo con la opinión de la mayoría que corresponde al 73,33% de la población encuestada, porque el Código Civil en su Art. 851, expresamente en la cuarta causal de forma muy clara limita la facultad de los notarios a la extinción del patrimonio familiar por subrogación, es decir no se niega que tiene facultad para extinguir el patrimonio familiar, sino que se delimita la misma a un solo presupuesto legal que es la subrogación o reemplazo del bien constituido en patrimonio por otro que asegure el cumplimiento de las finalidades de esta institución jurídica, por lo que el Notario no puede extralimitarse a extinguirlo por otras causales para las que de acuerdo con la legislación civil no tiene competencia. Según las normas del Código Civil, la competencia para extinguir el patrimonio familiar por causales distintas a la subrogación, radica exclusivamente en los Jueces de lo Civil o en los Jueces de las Unidades Judiciales Multicompetentes, según el caso. Por lo tanto, no estoy de acuerdo con las respuestas del 26,66%, porque como ya lo he manifestado al no ser clara la Ley Notarial y al ir en contra de lo establecido en el Código Civil, se han dado en la práctica notarial muchos casos en los que los notarios declaran la extinción del patrimonio familiar por causas distintas a la subrogación, generándose de esta manera una extralimitación en las atribuciones de los Notarios.

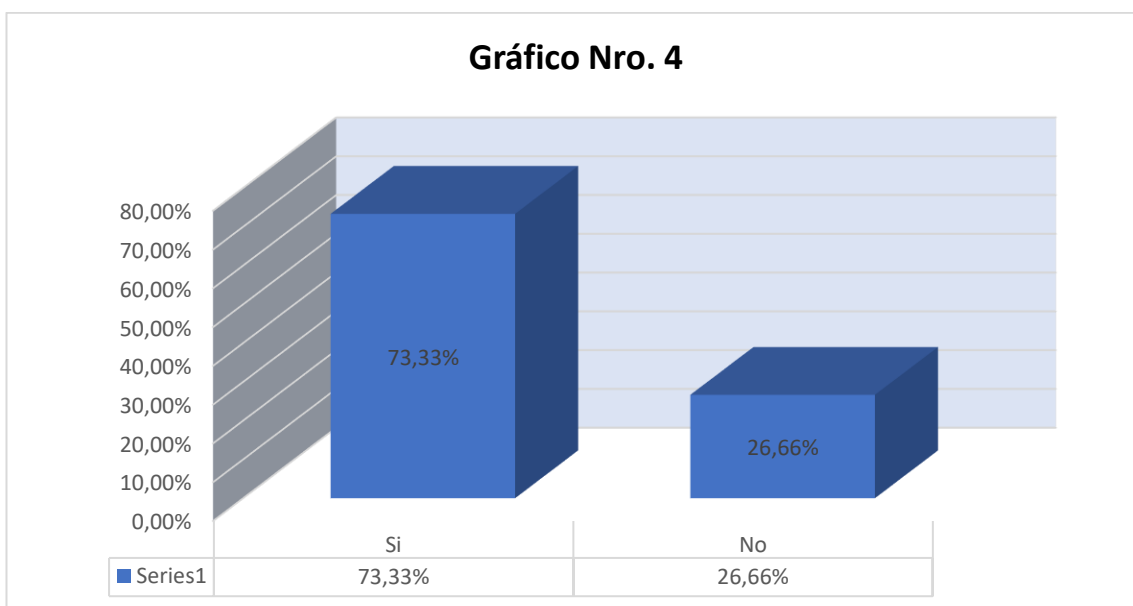
**Cuarta pregunta:** ¿Considera usted que existe contradicción legal entre el Código Civil y Ley Notarial en lo concerniente a la extinción de patrimonio familiar?

**Cuadro estadístico Nro. 4**

Indicadores	Variable	Porcentaje
Si	22	73,33%
No	8	26,66%
<b>Total</b>	<b>30</b>	<b>99,99%</b>

**Fuente:** Abogados en libre ejercicio de las ciudades de Catamayo y Loja

**Autora:** Karla Elizabeth Herrera Herrera



**Interpretación:**

En esta pregunta de los treinta encuestados, veinte y dos de los profesionales del derecho constituyen el 73,33% con la respuesta sí, porque en el Código Civil se encuentra tipificado cuales son las causales para extinguir el patrimonio familiar y el Notario solo podría intervenir en la subrogación y por otra parte en la Ley Notarial señala la extinción o subrogación por las causales establecidas en la Ley; en este caso en la Ley Notarial se

debería especificar o detallar solamente que se puede realizar por la causal número cuatro del Código Civil, como consecuencia existe una contradicción entre ambas normativas. Mientras que ocho encuestados que corresponden al 26,66% respondieron que no, porque las disposiciones de las dos normas son claras sobre la actuación del Notario en la extinción del patrimonio familiar, ya que en ninguna se restringe la actuación del Notario en la extinción por todas las causales establecidas en el Código Civil y la Ley Notarial faculta su trámite y lo simplifica, además se habla de trámites de jurisdicción voluntaria en donde no hay un conflicto puesto que emana de la voluntad de las partes.

#### **Análisis:**

Respecto a esta pregunta, estoy de acuerdo con la opinión de la mayoría que constituye el 73,33% porque el Código Civil no faculta expresamente al Notario para la extinción del patrimonio familiar en el artículo 851, sin embargo en la Ley Notarial señala que el Notario podrá extinguir o subrogar el patrimonio familiar por las causales que determine la ley, por lo tanto, el Notario interpreta que puede extinguirlo por todas las causales y de esta forma se genera inseguridad jurídica y se vulnera el principio de legalidad al tomar competencias que son únicamente del Juez. No estoy de acuerdo con las respuestas del 26,66% porque al leer y analizar las normas jurídicas, tanto el Código Civil como la Ley Notarial, se observa que existe una contradicción entre ambas respecto a las atribuciones del Notario en declarar extinto el patrimonio familiar, la Ley Notarial claramente señala que se extinguirá de acuerdo a las causales, según el procedimiento previsto en la Ley; el Código Civil señala que para la validez de constituir el patrimonio familiar es necesaria la autorización del juez competente, incluso si llegara a existir

oposición para constituirlo se deberá resolver en juicio sumario, entonces quien por ley le corresponde extinguir es el mismo Juez que lo constituyó, además, salvo el caso de subrogación, las demás causales no pueden ser tomada en cuenta como asuntos de jurisdicción voluntaria, puesto que están en juego y pueden afectarse derechos de personas distintas a los constituyentes, concretamente derechos y garantías de los beneficiarios del patrimonio.

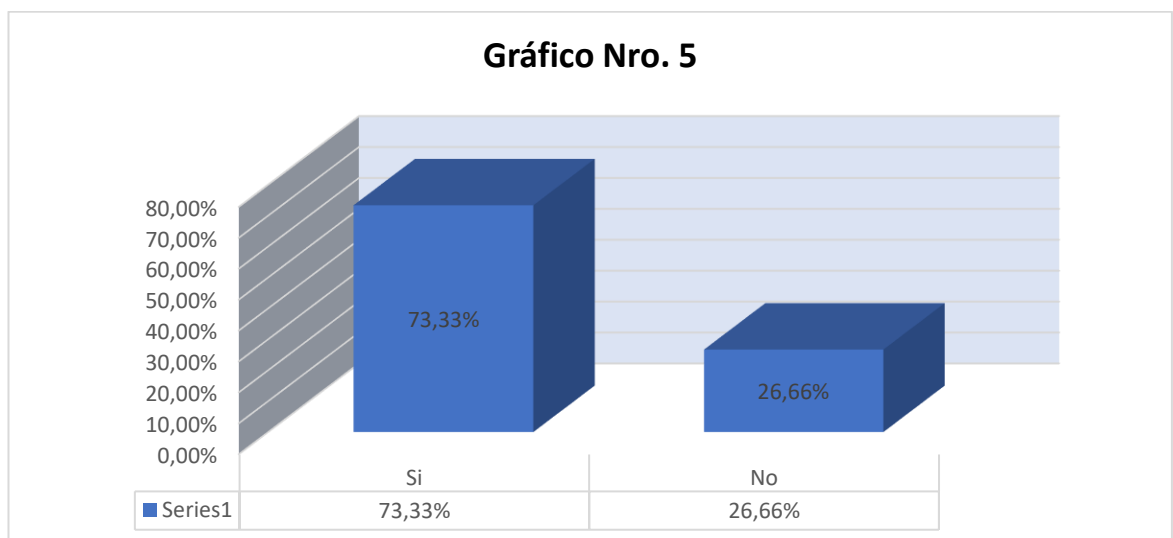
**Quinta pregunta:** Cree usted que la falta de precisión en la Ley Notarial en cuanto a las atribuciones del Notario Público para declarar la extinción del patrimonio familiar, ha permitido su extralimitación, generando inseguridad jurídica de sus actos.

**Cuadro Estadístico Nro. 5**

Indicadores	Variable	Porcentaje
Si	22	73,33%
No	8	26,66%
<b>Total</b>	<b>30</b>	<b>99,99%</b>

**Fuente:** Abogados en libre ejercicio de las ciudades de Catamayo y Loja

**Autora:** Karla Elizabeth Herrera Herrera



### **Interpretación:**

En esta pregunta de los treinta encuestados, veinte y dos de los profesionales del derecho simbolizan el 73,33% con la respuesta sí, porque al no ser clara, ni precisa la norma ocasiona que los Notarios se extralimiten en sus funciones al actuar bajo su criterio personal al interpretar la ley y por consiguiente no se garantiza la seguridad jurídica, afectando el debido proceso y el principio de legalidad. Se refleja además que el Notario asume competencias del Juez violando las disposiciones constitucionales y legales, dando como resultado la nulidad de este acto. Mientras que ocho encuestados que corresponden al 26,66% respondieron que no, porque y el Notario para declarar la extinción del patrimonio familiar se basa en la Ley Notarial en concordancia con el Código Civil, y de esta manera se desconcentran tramites de los Jueces Civiles. Además, el levantamiento del patrimonio familiar no depende del Notario, sino del representante legal de la institución que lo constituye.

### **Análisis:**

En relación a esta pregunta, estoy de acuerdo con la opinión de la mayoría que corresponde al 73,33% porque la Ley Notarial para extinguir el patrimonio familiar se debe regir en las causales de extinción establecidas en el Código Civil que claramente señala que la subrogación podrá ser autorizada por el Juez o el Notario previa solicitud del instituyente y de la misma manera el Juez o el Notario deberán calificar la conveniencia en interés común de los beneficiarios, es decir se reconoce la atribución del Notario en este cuarto numeral; sin embargo la Ley Notarial es imprecisa al declarar que el Notario puede extinguir o subrogar por las causales previstas en la ley, lo correcto sería

la frase extinción por subrogación para que exista la correlación con la normativa civil. Por lo tanto, no estoy de acuerdo con las respuestas del 26,66% porque la Ley Notarial carece de precisión en cuanto a señalar que solamente el Notario debe declarar la extinción del patrimonio familiar por la causal número cuatro que se encuentra en el Código Civil establecido en el artículo 851 que incluso fue reformado para señalar esta potestad del Notario.

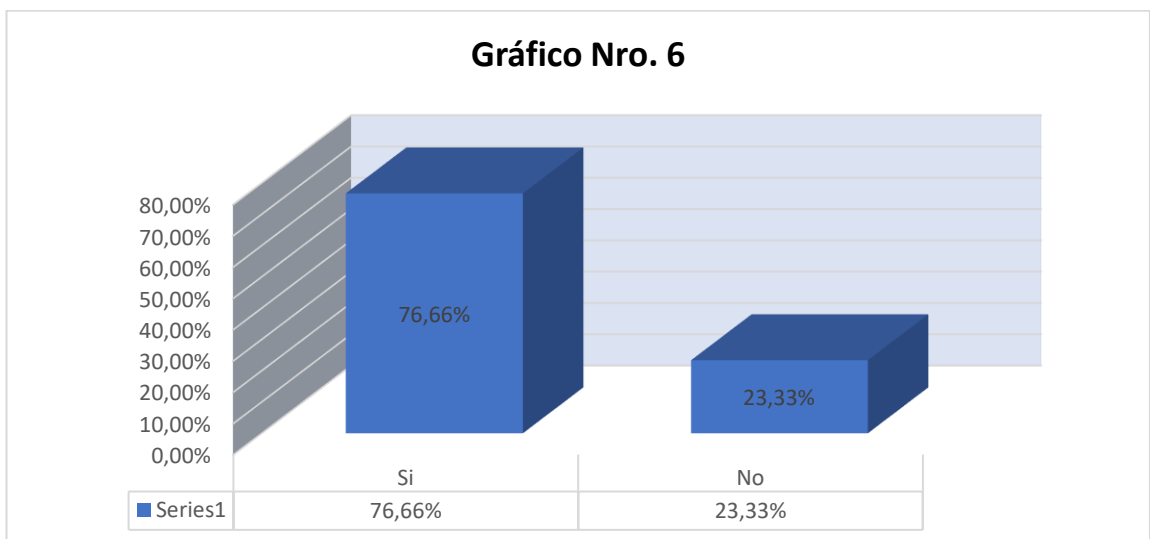
**Sexta pregunta:** ¿Está de acuerdo que se elabore un proyecto de reforma legal, que determine como potestad exclusiva del Notario, declarar la extinción del patrimonio familiar por subrogación, considerando el interés común de todos los beneficiarios?

**Cuadro Estadístico Nro. 6**

<b>Indicadores</b>	<b>Variable</b>	<b>Porcentaje</b>
Si	23	76,66%
No	7	23,33%
<b>Total</b>	<b>30</b>	<b>99,99%</b>

**Fuente:** Abogados en libre ejercicio de las ciudades de Catamayo y Loja

**Autora:** Karla Elizabeth Herrera Herrera





### **Interpretación:**

En esta pregunta de los treinta encuestados, veinte y tres de los profesionales del derecho simbolizan el 76,66% con la respuesta sí, porque es necesario que quede señalada en la ley la competencia de los Notarios en cuanto a la extinción del patrimonio familiar a fin de corregir el conflicto que surge entre el Código Civil y la Ley Notarial, de esta manera se lograría que los señores Notarios tengan esta competencia exclusiva. Así también para que no exista la violación de los derechos y principios Constitucionales de los beneficiarios y en lo posterior no se genere nulidad del acto. Mientras que siete encuestados que corresponden al 23,33% respondieron que no, porque la ley es clara en la forma de extinguir el patrimonio familiar por parte del Notario Público, de acuerdo lo que señala la Ley Notarial y las leyes conexas; además al realizar esta reforma se limitaría esta atribución de los Notarios.

### **Análisis:**

En relación a esta pregunta, estoy de acuerdo con la opinión de la mayoría que corresponde al 73,33% porque para garantizar los principios de seguridad jurídica y de legalidad así como el de tutela judicial efectiva y el debido proceso que se encuentran tipificados en la Constitución de la República del Ecuador, es necesario que se realice una reforma legal que determine como potestad exclusiva del Notario en la extinción del patrimonio familiar por subrogación en concordancia con lo establecido en el Código Civil, evitando la violación de los derechos de los beneficiarios de este patrimonio, además uno de los principios esenciales para la validez del ordenamiento jurídico y para su adecuada aplicación en tutela de los derechos de las personas es que exista claridad,

coherencia y concordancia entre los preceptos que se refieren a una misma institución, pues la contradicción de preceptos genera más bien un caos jurídico que redundaría en la inseguridad de los ciudadanos. Por lo tanto, no estoy de acuerdo con las respuestas del 26,66% porque es el Juez quien tiene competencia para realizar la extinción por todas las causales establecidas en el Código Civil con excepción a la número cuatro que es también atribución del Notario, por lo tanto, se debe realizar la reforma a la Ley Notarial que acredite esta única atribución, evitando generar inseguridad jurídica y nulidad de estos actos.

## **6.2. Resultados de las Entrevistas.**

La técnica de entrevista se aplicó a diez profesionales del Derecho, entre ellos Notarios y Jueces de lo Civil en las ciudades de Catamayo y Loja; en un cuestionario de cinco preguntas, obteniendo los siguientes resultados:

**Primera pregunta:** ¿Considera usted que la norma del numeral 10 del Art. 18 de la Ley Notarial, es clara y precisa al disponer que el Notario Público, puede extinguir o subrogar el patrimonio familiar?

### **Respuestas:**

**Primer Entrevistado:** Si, cuando la ley establece una determinada causal para competencia de un notario, éste debe seguirla de acuerdo con el sentido literal de la ley. Entonces si la ley notarial le faculta al Notario realizar la extinción del patrimonio familiar con una determinada causal, debe seguir el sentido literal de esa norma.

**Segundo Entrevistado:** Para mi criterio estaría incompleta, debería ligarla a que disposición se puede aplicar respecto del Código Civil para poder hacerla. Para mi esa norma debería de decir: Se puede extinguir por subrogación el patrimonio familiar.

**Tercer Entrevistado:** No es tan clara ni tan precisa, porque si tomamos en cuenta el artículo dieciocho que habla de las atribuciones exclusivas de los Notarios manifiesta que se puede extinguir o subrogar de acuerdo a las causales de la ley; hasta ahí nos da un parámetro, pero si revisamos el artículo ochocientos cincuenta y uno, numeral cuatro del Código Civil, habla de la subrogación exclusivamente, no de la extinción.

**Cuarto Entrevistado:** Creo que el numeral 10 del Art. 18 de la Ley Notarial, como casi muchas normas de la legislación ecuatoriana son muy imprevisibles de ciertas circunstancias que en la práctica se observan muchas falencias, entonces en virtud de eso creo que no está bien estipulado el procedimiento de extinción o subrogación del patrimonio familiar.

**Quinto Entrevistado:** La Ley Notarial siendo una ley que esta atribuida para que sea practicada por los Notarios es clara, yo en el ejercicio de mis funciones no he tenido ningún problema en aplicarla, específicamente en los casos de extinción o subrogación del patrimonio familiar.

**Sexto Entrevistado:** Yo considero que la norma del numeral 10 del Art. 18 de la Ley Notarial, para mi parecer es clara, indicando en qué casos puede el Notario realizar la extinción de patrimonio porque ahí nos indica la extinción y la subrogación del

patrimonio, debemos nosotros limitarnos de acuerdo a las causales que establece el artículo ochocientos cincuenta y uno del Código Civil.

**Séptimo Entrevistado:** Yo considero que de acuerdo a esa normativa se le está dando la facultad al Notario para que haga la extinción o la subrogación como dice el numeral 10 del Art. 18, para que el Notario previa a la comparecencia de dos testigos pueda declarar extinguido o subrogado de acuerdo a como está previsto en el Código Civil el patrimonio familiar, pero no señala si es por todas las causales, si es por las cuatro que se encuentran o si es solamente por la última causal del artículo ochocientos cincuenta y uno del Código Civil.

**Octavo Entrevistado:** Sí porque la ley faculta prácticamente, y varios de estos aspectos o estos casos pasen a ser competencia de las Notarías a efectos de que no se acumule tanto trabajo a los señores Jueces de lo Civil.

**Noveno Entrevistado:** Considero que sí, la norma del numeral 10 del Art. 18 de la Ley Notarial, es clara, nosotros tenemos las facultades de extinguir o subrogar el patrimonio familiar.

**Décimo Entrevistado:** El texto de la Ley Notarial contiene un error de contradicción con lo que establece el artículo 851 del Código Civil pues ahí única y exclusivamente le concede facultad al Notario para efectuar la subrogación por otro patrimonio, no está facultado para efectuar otro tipo de diligencias. Hay que tomar en cuenta que el artículo ochenta y dos de la Constitución de la República del Ecuador, determina que el juez, en este caso mi persona, debemos de sujetarnos o las instituciones inclusive dice y las partes, tienen

que sujetarse o tenemos que sujetarnos a la Constitución y a las leyes que ya están escritas, entonces aquí cual es la normativa que tiene prioridad es en definitiva el Código Civil frente a la Ley Notarial.

**Comentario de la autora:** Estoy de acuerdo con las respuestas emitidas por la mayoría de los entrevistados, ya que es evidente que existe falta de claridad en la Ley Notarial en el artículo dieciocho numeral diez en donde se establece que el Notario puede extinguir o subrogar el patrimonio familiar; y falta de precisión al hablar de las causales por las que el Notario puede declarar la extinción del patrimonio familiar ya que existiría una contradicción con lo que señala el Código Civil en su artículo ochocientos cincuenta y uno, puesto que señala que la única forma de extinción en la que se encuentra facultado el Notario es la causal número cuatro. Cabe recalcar que todas las causales de extinción son competencia del Juez de lo Civil. Es por esto que no estoy de acuerdo con las respuestas de los entrevistados quinto, octavo y noveno porque la Ley Notarial si bien es cierto le concede la atribución de extinguir el patrimonio familiar, sin embargo no es clara y precisa al señalar que se puede extinguir o subrogar, ya que al encontrarse redactado de esta manera los Notarios interpretan que pueden extinguirlo por todas las causales establecidas en el Código Civil, y como consecuencia se atribuyen competencias que no tienen y que son exclusivas de los Jueces de lo Civil, violando principios constitucionales.

**Segunda pregunta:** ¿Estima usted que la extralimitación del Notario en sus atribuciones al declarar la extinción del patrimonio familiar genera inseguridad jurídica?

**Respuestas:**

**Primer Entrevistado:** Personalmente no conozco que se haya dictado con arbitrariedad o fuera del alcance de la ley, pero si se lo está haciendo, es una irresponsabilidad del notario que puede acarrear consecuencias de tipo penal y sobre todo la destitución de su cargo. La seguridad jurídica como dice la Constitución en su artículo 82, determina el respeto a la normativa vigente de ahí que, volviendo al contexto de la primera pregunta el Notario si está haciendo la extinción del patrimonio familiar fuera del contexto de la ley está acarreando una responsabilidad administrativa y penal, que le puede conllevar a la destitución de su cargo y a la acción penal correspondiente.

**Segundo Entrevistado:** Primero recordemos que el patrimonio familiar ampara a sus descendientes, el Doctor Ruber Ortega Jaramillo en su obra de Derecho Notarial manifiesta que es una limitación a la propiedad tan fuertemente que duraría más o menos unos setenta y cinco años señala él, habla hasta de un periodo, peor que una hipoteca o un embargo, es un evento más grave. Si la norma dice que protege a sus descendientes no quiere decir que solo protege a sus hijos mayores de edad como a veces hemos mal entendido los Notarios. Entonces prácticamente el patrimonio familiar debería ser una persona que no tuvo hijos, para poder ir ante un juez a cancelar el patrimonio familiar y por subrogación ante un Notario.

**Tercer Entrevistado:** Si, porque la norma no es tan precisa, no es tan clara y eso conlleva a inseguridad jurídica. Para que haya seguridad jurídica se requiere normas precisas y claras.

**Cuarto Entrevistado:** Bueno la extralimitación que usted señala no creo que se pueda calificar de esa forma, creo que todos los Notarios realizamos las potestades notariales

que están previstas en la Ley, aunque es media conflictiva la normativa entre la Ley Notarial y el Código Civil respecto del patrimonio familiar. Los Notarios lo que hacemos es lo que señala la Ley Notarial, que es hacer el acta declarando extinguido o subrogado el patrimonio. y es responsabilidad de los solicitantes justificar las causales que están establecidas en la ley.

**Quinto Entrevistado:** Pienso yo que más bien al ser actos de voluntad, la ley no tiene otra cosa sino obedecer y sobre todo en las notarías como son actos de jurisdicción voluntaria, son los propietarios o los usuarios quienes pueden ejercer este derecho que si bien ellos en algún momento por determinación de la ley y como un acto voluntario al poner una limitante de dominio como es el patrimonio familiar, son ellos quienes estarían en condición de levantar este gravamen. No veo que se genere inseguridad jurídica.

**Sexto Entrevistado:** Yo considero que cuando un Notario Público realiza la extinción del patrimonio sin basarse en las causales que se establecen en el artículo ochocientos cincuenta y uno del Código Civil, si estaríamos hablando de una inseguridad jurídica y por lo tanto, causaría un perjuicio a las personas beneficiarias de dicho patrimonio.

**Séptimo Entrevistado:** Claro, si es que lo hace apartándose de la norma que está establecida estaría afectando el artículo ochenta y dos de la Constitución porque las autoridades están obligadas a hacer solamente aquello que les está permitido en la ley y el extralimitarse afectaría el derecho a la seguridad jurídica.

**Octavo Entrevistado:** Le podría decir que no habría problemas en virtud de que eso es de carácter totalmente voluntario, no es una atribución que haga simplemente por decisión

del Juez, sino por aspectos de que las partes se ponen de acuerdo y resuelven este tipo de actos.

**Noveno Entrevistado:** No de ninguna manera, porque como le comentaba los notarios tenemos esas atribuciones, de ninguna manera se contraviene a la seguridad puesto que ninguna ley se puede contraponer a la Constitución. Entonces los Notarios lo que hacemos es receptar la voluntad de las partes, y si es la voluntad de las partes acudir y solicitar una extinción del patrimonio familiar, nosotros la receptamos, entonces no hay atribuciones que contravengan al ordenamiento jurídico.

**Décimo Entrevistado:** Justamente le estaba indicando hace un momento que estamos en un conflicto de leyes y ese conflicto está produciendo inseguridad jurídica en lo que establece el artículo ochenta y dos de la Constitución. En base a esto el Código Civil es la norma que rige todos los asuntos relacionados en las actividades de las personas en sus cuatro libros, y ahí regula con calidad meridiana el artículo ochocientos cincuenta y uno la forma de la terminación del patrimonio familiar y el Código Orgánico de la Función Judicial da potestad a los jueces para que ellos sean los encargados de estos aspectos que acaba de consultarlos.

**Comentario de la autora:** Estoy de acuerdo con las respuestas de la mayoría de los entrevistados pues cuando el Notario se extralimita en sus atribuciones al declarar la extinción del patrimonio familiar viola la seguridad jurídica que se encuentra tipificada en la Constitución de la República del Ecuador en el artículo ochenta y dos que señala: “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades



competentes.”, la existencia de la norma previa y clara se proyecta en lo que establece el Código Civil ya que es en este cuerpo legal donde se encuentran tipificadas las causales de extinción del patrimonio familiar, en donde también determina claramente en cuál de ellas debe intervenir el Notario. Señalado esto, no estoy de acuerdo con las respuestas del quinto, octavo y noveno entrevistado porque no son competencias que tenga el Notario, sino más bien el Juez y además el Notario se debe regir por lo que señala el Código Civil de otra manera no podría declarar la extinción del patrimonio familiar.

**Tercera pregunta:** ¿Al no establecer con claridad lo relacionado a la extinción por subrogación, considera que existe imprecisión en la Ley Notarial en cuanto a las atribuciones del Notario Público para declarar la extinción del patrimonio familiar?

**Respuestas:**

**Primer Entrevistado:** Imprecisión no, porque el legislador le ha determinado determinadas competencias para que pueda actuar el Notario, y si él se sale fuera de esas competencias, se está atribuyendo funciones que no le corresponden, por lo tanto, le vuelvo a ratificar que, si lo está haciendo, el Notario está cometiendo una ilegalidad y sobre todo está acarreado una responsabilidad penal y como consecuencia de ello una administrativa que le conlleva a la destitución de su cargo.

**Segundo Entrevistado:** Si, yo creo que la norma es bastante imprecisa para poder delimitar de manera adecuada cuál es la atribución exclusiva del notario respecto a la extinción del patrimonio familiar por subrogación.

**Tercer Entrevistado:** Por supuesto que sí, se está afectando principalmente el derecho a la voluntad de las partes de extinguir o subrogar en este caso debería ser más precisa la ley, para que haya congruencia entre la Ley Notarial y el Código Civil.

**Cuarto Entrevistado:** Si hay imprecisión en la Ley Notarial como lo había indicado en la primera pregunta, en muchas potestades previstas en el artículo 18, y es muy complicada la actividad notarial en cuanto existen contradicciones en las leyes. En la Ley Notarial se señala que se hará de acuerdo a la causal del Código Civil, y en Código Civil en cambio se confunden algunas normas para que las pueda realizar con conocimiento el Juez y también con el acuerdo o voluntad de las partes; entonces si existen imprecisiones que tienen que superarse.

**Quinto Entrevistado:** Yo pienso que la Ley es clara, más allá de verla como limitante mediante el artículo 18 numeral 10, al ser un acto de jurisdicción voluntaria, no le veo ninguna situación que pueda afectar a las personas en cuanto al uso y goce de los derechos.

**Sexto Entrevistado:** En relación a esta pregunta, yo considero que la norma es clara al establecer que la subrogación del patrimonio familiar puede ser realizada tanto por el Notario como por el Juez, anteriormente esa subrogación solamente la realizaba el Juez, pero a partir de la reforma del Código Civil y en la Ley Notarial esa subrogación se la puede realizar por el Notario, cumpliendo eso si todos los requisitos que debe contener esa subrogación del patrimonio.

**Séptimo Entrevistado:** Como lo dije anteriormente sino se ha expresado literalmente que pueda hacerlo por las cuatro causales que prevé el artículo ochocientos cincuenta y uno, claro que generaría problemas de índole jurídico.

**Octavo Entrevistado:** Se puede subrogar el bien que tiene este gravamen con algún otro bien, siempre y cuando se justifique, en un bien de igual o mayor valor.

**Noveno Entrevistado:** No, claro que la Ley Notarial cada vez se está actualizando, y considero que para mi criterio está bien. Obviamente que la sociedad y los trámites van evolucionando y con eso las leyes también, por eso se van actualizando, pero mientras haya la voluntad de las partes y mientras estén enmarcadas en el ámbito jurídico está bien.

**Décimo Entrevistado:** Como acabe de decirle anteriormente tenemos una situación diría media oscura en cuanto a los contenidos de la Ley Notarial que para mí personalmente deben ser revisados por el legislador con el objeto de que se establezca en forma definitiva las atribuciones exactas de los señores Notarios toda vez que tenemos una norma concreta el artículo ochocientos cincuenta y uno del Código Civil que regula esta situación del patrimonio familiar y en mérito de eso lo que al Notario le corresponde única y exclusivamente la subrogación, la subrogación no quiere decir cancelación quiere decir que se traslada ese gravamen de patrimonio familiar a otro predio.

**Comentario de la autora:** Estoy de acuerdo con las respuestas de los entrevistados que señalan que existe la imprecisión en la Ley Notarial en cuanto a las atribuciones del Notario Público para declarar la extinción del patrimonio familiar puesto que el Notario debe cumplir lo establecido literalmente en el Código Civil por ende la imprecisión se da

al no establecer en la Ley Notarial que la extinción debe ser por subrogación, así se estaría limitando la actuación del Notario en concordancia con lo que establece la normativa jurídica civil, y se garantizarían los derechos de los beneficiarios del patrimonio familiar. Por otra parte, no estoy de acuerdo con las respuestas que señalan que no existe la imprecisión en la Ley Notarial al mencionar que existe la voluntad de las partes que acuden a las Notarías a realizar este tipo de actos, y que no se afectan derechos; en ningún momento se pone en duda la función que cumple el Notario como órgano auxiliar de la Función Judicial de acuerdo a la Ley Notarial, sino más bien es el hecho de que se debe hacer conjuntamente con lo determinado en otras leyes.

**Cuarta pregunta:** ¿Cree usted que existen contradicción jurídica entre las normas del Código Civil y la Ley Notarial en lo referente a la declaratoria de extinción de patrimonio familiar por parte del Notario Público?

**Respuestas:**

**Primer Entrevistado:** Yo creo que no, porque cada norma tiene su verdadera identidad; si nosotros encontramos que exista en el Código Civil una determinada facultad, estamos hablando de una ley sustantiva, pero si encontramos en las atribuciones que tiene el Notario, ya son normas adjetivas, es decir que le facultan a él hacer una determinada actividad en el ejercicio de su cargo con disposición legal, y si hubiera una contracción entre el Código Civil y la Ley Notarial, por el imperio de la ley tendría que sujetarse a lo que dice en la Constitución, que manda, prohíbe y permite; es decir si los actos están determinados en la Ley Notarial debe seguirse con ese lineamiento.

**Segundo Entrevistado:** No existe contradicción, más bien la norma de la Ley Notaria debería aclararse y encasillar al Notario dentro de una sola de sus facultades.

**Tercer Entrevistado:** Existe una contradicción en cuanto en la primera parte del artículo 18 numeral 10 manifiesta que puede extinguir o subrogar, y si nos vamos al Código Civil, solamente le da la facultad de subrogar. Entonces si sería importante aclarar este tema o pedir una reforma legal para que vaya en armonía tanto la Ley Notarial como el Código Civil.

**Cuarto Entrevistado:** La contradicción pudiera existir en la norma jurídica, por cuanto existen preceptos jurídicos que aparentemente se oponen en cuanto a la disposición que contienen.

**Quinto Entrevistado:** Personalmente, no creo. La Ley Notarial es bastante precisa en indicar que el notario puede intervenir tanto en la extinción como en la subrogación del patrimonio familiar.

**Sexto Entrevistado:** Considero que no existe ninguna contradicción, porque en el Código Civil en lo que se refiere el artículo ochocientos cincuenta y uno, solamente el numeral cuarto que se refiere a la subrogación anteriormente estaba establecido que solo la podía hacer el Juez, pero a partir de la reforma esta subrogación la puede hacer el Notario así como las demás causales que establece en el mismo artículo como el fallecimiento de todos los beneficiarios, por la terminación del matrimonio o por el acuerdo entre cónyuges. Yo considero que en todas puede actuar el Notario, antes sí, en lo que se refiere

a la subrogación solo la podía hacer el Juez, pero ahora con las nuevas reformas también ya tiene competencia el Notario Público.

**Séptimo Entrevistado:** El numeral cuatro del artículo ochocientos cincuenta y uno determina que la subrogación por cualquier otro patrimonio, siempre tiene que ser autorizada por el Juez, quien está en la obligación de calificar el interés que tiene la institución para el beneficio de todas las personas que se acogen a él, si es que no se encuentra clarificada esa situación en cuanto a quienes tienen facultad para declarar subrogación va a haber un conflicto de competencias.

**Octavo Entrevistado:** Yo pienso que contradicción no debe existir en virtud de que si hay una disposición en que al Notario le faculta realizar este tipo de actos, conforme al Código Civil y a la Ley Notarial.

**Noveno Entrevistado:** No considero porque son concordantes, y todo es coherente para mi criterio.

**Décimo Entrevistado:** Hemos observado en la práctica judicial que los señores notarios con mérito al artículo dieciocho de la Ley Notarial vienen efectuando la cancelación de los patrimonios familiares mediante un acta que la levantan y ellos declaran que queda cancelado el patrimonio familiar, esa situación tiene única y exclusivamente competencia los señores Jueces de lo Civil y los Jueces Multicompetentes, por lo que existe una contradicción. Por lo que el legislador tiene que proceder a establecer el límite o la interpretación de esa norma otorgada a los señores notarios para que no continúen con la actividad que vienen realizando al arrogarse atribuciones que no les corresponden.

### **Comentario de la Autora:**

Del análisis de la información que se ha obtenido se establece que un importante número de entrevistados acepta que existe una contradicción entre las normas del Código Civil y las de la Ley Notarial en cuanto se refiere a la regulación de la atribución exclusiva del notario respecto de la extinción del patrimonio familiar, puntualizan incluso que la contradicción está por el hecho de que en la legislación notarial se establece un significado similar entre los términos extinción o subrogación dejando de lado el hecho de que son circunstancias diferentes, esto ocasiona confusión debido a la falta de claridad en la norma jurídica que debería guardar congruencia con lo señalado en el Código Civil.

**Quinta pregunta:** ¿Qué alternativas de solución daría usted para garantizar el patrimonio familiar y la seguridad jurídica en la declaratoria de extinción del patrimonio familiar por parte del Notario Público?

### **Respuestas:**

**Primer Entrevistado:** Primero la institucionalidad del patrimonio familiar está protegido por la ley, segundo, una alternativa o una solución para esta actividad sería la supervigilancia del Consejo de la Judicatura en identificar este tipo de irregularidades a efecto de que esta institución tan importante que sobre todo es la protección de los bienes materiales de personas a quienes se les destina el patrimonio familiar a que sean protegidos y sancionar a los Notarios que irresponsablemente están fuera del contexto de la ley, en franca tergiversación de la seguridad jurídica contemplada en el artículo 82 de la Constitución.

**Segundo Entrevistado:** El Notario Público deberíamos limitarnos a extinguir el patrimonio solo por subrogación en un bien igual o en superior valor del que se lo está subrogando. Recordemos que al hablar de descendientes normalmente en la vida de uno siempre va a haber menores de edad, ya se que si los hijos fueron mayores de edad a lo mejor ya tienen hijos y si se habla de descendientes, no se señala hasta qué grado de descendencia; sin embargo, si se permite hablar de descendientes hasta la segunda generación, por eso se habla del gravamen de setenta y cinco años. Si bien es un gravamen un poco anticuado, más impuesto que voluntario. ¿Por qué es impuesto? Porque normalmente salen del banco de la vivienda del antiguo Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. ¿Por qué digo antiguo? Porque ahora hay el BIES, donde no ponen ese gravamen, etc. Inclusive hay la normativa que dice que ya no se pida el dictamen de la cooperativa cuando ésta se haya extinguido, entonces da muchas facilidades, pero tocaría ver la facultad que tiene el Notario para hacer esta parte. Deberíamos proponer un nuevo texto de lo previsto en el la Ley Notarial no en el Código Civil, el Código Civil es preciso.

**Tercer Entrevistado:** Una reforma legal sería el camino más conveniente para que haya seguridad jurídica y normas claras.

**Cuarto Entrevistado:** Yo consideraría que se determine y se reforme la Ley Notarial en el artículo dieciocho numeral diez, para que se establezca con toda la claridad respecto a la potestad del Notario, si es en todas las causales que están previstas en el Código Civil o solamente en una de ellas. Así también recomendaría que se reforme el Código Civil en el artículo ochocientos cincuenta y uno e inclusive en la demás normativa respecto de la constitución, la extinción o la subrogación del patrimonio familiar para que exista una



armonía y una seguridad jurídica, contando con normas claras y precisas; tanto en la Ley Notarial como en el Código Civil, respecto de estas tres situaciones.

**Quinto Entrevistado:** Yo pienso que tanto el Código Civil como la Ley Notarial tienen sus ámbitos de aplicación, si bien es cierto en la Ley Notarial, aquí actuamos únicamente cuando las partes están de acuerdo cumpliendo con los requisitos que en la misma ley específica.

**Sexto Entrevistado:** Cuando se refiere a una extinción o subrogación del patrimonio, el Notario debe tener claro que debe cumplir con todos los requisitos que establece la ley, si el Notario lo hace conforme a lo establecido en la ley, yo pienso que estaríamos dando seguridad jurídica a las personas que lo solicitan y de esa manera pues cumplir con el rol que le compete al Notario, de poder satisfacer el servicio que requiere el usuario pero siempre dando una seguridad jurídica y que el documento que uno realice tenga validez.

**Séptimo Entrevistado:** Primero el patrimonio familiar tiene un fin que es el de proteger a la familia con los bienes que se encuentran gravados bajo esta institución, de ahí que la ley le ha dado una especial protección a través del Código Civil para poderlo tutelar, pero cuando nos encontramos ya en el caso factico del artículo ochocientos cincuenta y uno del Código Civil en relación con el artículo dieciocho numeral diez de la Ley Notarial, yo creo que debería hacerse una reforma que pretenda establecer claramente en qué casos concretos el Notario podría declarar la extinción del patrimonio familiar y cuál sería el procedimiento previo para que lo pueda hacer, recuerde que esto de las competencias es también una garantía básica del debido proceso que está reconocida en el artículo setenta

y seis numeral tres de la Constitución, entonces consecuentemente para poder actuar en base a una competencia debe estar plenamente determinada.

**Octavo Entrevistado:** La comparecencia voluntaria de las partes en razón de que el notario tiene que manifestarles la situación en que va a quedar el patrimonio familiar, no cabría o no podría constituirse en un aspecto que no se legalice contra la voluntad expresa de las partes.

**Noveno Entrevistado:** Yo pienso que en lo referente al numeral diez del artículo dieciocho de la ley notarial, los legisladores instituyeron esta norma para no contraponerse al ordenamiento jurídico. Para mi criterio es una forma de resolver rápido los trámites ante una notaría, entonces para mi está bien, la ley notarial es adecuada y sobre todo respecto a la voluntad de las partes, no hay litigio caso contrario deberían hacerlo en un juzgado.

**Décimo Entrevistado:** Tendría que el legislativo proceder a efectuar una derogatoria de la artículo dieciocho numeral diez de la Ley Notarial, puesto que debe sujetarse a lo que establece el Código Civil.

**Comentario de la Autora:**

Los criterios de un número importante de entrevistados se orientan a establecer que tiene que plantearse una reforma a la Ley Notarial para que estén claramente delimitadas las atribuciones de los Notarios respecto de la extinción del patrimonio familiar, y para ello sugieren que tendría que tomarse en cuenta que, de acuerdo con el Código Civil, solamente tienen potestad para subrogar dicho patrimonio, y no intervenir en las demás

causales de extinción. Entonces, la reforma iría orientada más bien, a delimitar la actuación del notario exclusivamente a la subrogación en cuyo caso no habría afectación a los derechos de los beneficiarios que estarían amparados a través de la constitución del patrimonio sobre el otro bien, respecto del cual recaería el acto de subrogación.

### **6.3. Estudio de Casos.**

En este subtema se analizan e interpretan problemas jurídicos relacionados a la declaratoria de extinción del patrimonio familiar, para lo cual se analizan tres casos:

#### **Caso Nro. 1**

##### **1. Datos Referenciales:**

**Nro. de protocolo:** 20191101007P01315

**Partes:** M.A.J.L, A.R.J.L, S.C.J.L, C.E.J.L, J.E.J.L Y M.L.J.L

**Objeto:** Extinción del Patrimonio Familiar

**Notaría:** Séptima del Cantón Loja

**Fecha:** 21 de mayo del 2019

##### **2. Antecedentes:**

En la Ciudad de Loja, Cantón y Provincia del mismo nombre, República del Ecuador, el día de hoy VEINTIUNO DE MAYO DEL AÑO DOS MIL DIECINUEVE, YO, DOCTOR P.F.P.C, NOTARIO PÚBLICO SEPTIMO CANTONAL DE LOJA, LEVANTO LA PRESENTE ACTA NOTARIAL DE EXTINCIÓN DE PATRIMONIO FAMILIAR, para lo cual se considera lo siguiente: Uno.- , comparecieron los señores

**M.A.J.L, A.R.J.L, S.C.J.L, C.E.J.L, J.E.J.L Y M.L.J.L**, por sus propios y personales derechos ecuatorianos, portadores de las cédula de ciudadanía números cero, nueve, cero, cuatro, dos, nueve, tres, siete, seis, seis (0904293766), uno, uno, cero, cero, seis, seis, dos, cero, cinco, ocho, (1100662058), cero, siete, cero, cero, nueve, cero, cinco, seis, cero, siete (0700905607), uno, uno, cero, cero, siete, cinco, cinco, ocho, seis, seis, (1100755866), uno, uno, cero, dos, dos, nueve, tres, nueve, uno, cero, (1102293910) y uno, uno, cero, dos, cuatro, cuatro, uno, cuatro, cuatro, tres, (1102441443); para solicitar que se levante el Patrimonio Familiar el día Que el día seis de abril del año dos mil diecinueve, ante el Doctor P.F.P.C., Notario titular de la NOTARIA SEPTIMA DEL CANTÓN LOJA y le solicitó que se declare la extinción del Patrimonio Familiar que pesa sobre un lote de terreno con casa de habitación, ubicado en la calle Cuba, urbanización La Tebaida, perteneciente a la parroquia San Sebastián (actualmente parroquia Punzara) del cantón y provincia de Loja, bajo el número (704) del Registro de la Propiedad del 03 de Junio de 1977. comprendido dentro de los siguientes linderos y dimensiones: POR EL FRENTE, en la longitud de diez metros (10.00m) con la calle sin nombre hoy denominada calle Cuba. POR ATRÁS, en la longitud de diez metros (10.00m) con predios del licenciado Burneo pared propia del licenciado Burneo por división, POR UN COSTADO, en la longitud de veinte metros veinte centímetros, (20.20m) con el lote número siete; y; POR EL OTRO COSTADO, con el lote número nueve, en la extensión de veinte metros veinte centímetros, (20.20m) .- Tres.- Los comparecientes: **M.A.J.L, A.R.J.L, S.C.J.L, C.E.J.L, J.E.J.L Y M.L.J.L**, mediante su declaración jurada manifestaron que su interés es únicamente levantar el patrimonio familiar que pesa sobre el bien antes descrito es con la finalidad de mejorar su condición

de vida.- Cuatro.-Ampara su petición en el numeral Tercero del artículo ochocientos cincuenta y uno del Código Civil; y, en aplicación a lo dispuesto en el numeral diez del Artículo dieciocho de la Ley Notarial en los siguientes hechos: a) El dominio del inmueble sobre el que recae el Patrimonio Familiar que lo justifica con la copia de la escritura adquisitiva de dominio y el certificado conferido por la señora Registradora de la Propiedad del Cantón Loja, que acompaña a su petición, b) Mediante Oficio Nro. BEVLIQ-UIO-J-2019-0-302, de fecha miércoles 08 de mayo de 2019, la Magister Verónica Paulina Noboa Gavilanes, en calidad de Liquidadora del BANCO ECUATORIANO DE LA VIVIENDA EN LIQUIDACIÓN, manifiesta que NO tiene objeción alguna para que los peticionarios continúen con el trámite de Ley para el levantamiento del patrimonio que pesa sobre el referido inmueble; c) Con la declaración de los testigos señores H.M.A.V, por sus propios y personales derechos, portador de la cédula de ciudadanía número uno, uno, cero, uno, siete, ocho, cero, cero, cuatro, dos, (1101780042; y, la señora L.J.T.C, por sus propios y personales derechos, portadora de la cédula de ciudadanía número uno, uno, cero, uno, nueve, nueve, ocho, uno, siete, cero, (1101998170), testimonios que acreditan la necesidad y utilidad de extinguir el Patrimonio Familiar.- Atendiendo lo solicitado por los señores **M.A.J.L, A.R.J.L, S.C.J.L, C.E.J.L, J.E.J.L Y M.L.J.L** sobre la extinción del Patrimonio Familiar y de manera especial los encaminados a probar los fundamentos de los peticionarios.-

### **3. Extracto de la escritura:**

Por lo expuesto, como los peticionarios señores **M.A.J.L, A.R.J.L, S.C.J.L, C.E.J.L, J.E.J.L Y M.L.J.L**, han justificado plenamente los fundamentos de hecho y de

derecho de su petición, Yo, DOCTOR P.F.P.C, NOTARIO PÚBLICO SÉPTIMO CANTONAL DE LOJA, EN EJERCICIO DE LA FE PÚBLICA DE LA QUE ME HALLO INVESTIDO, DE CONFORMIDAD CON LO DISPUESTO EN EL NUMERAL TERCERO DEL ARTÍCULO OCHOCIENTOS CINCUENTA Y UNO DEL CÓDIGO CIVIL; Y, EN APLICACIÓN A LO DISPUESTO EN EL NUMERAL DIEZ DEL ARTÍCULO DIECIOCHO DE LA LEY NOTARIAL, INCORPORADO POR LA LEY REFORMATIVA DE FECHA CINCO DE NOVIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y SEIS, PUBLICADA EN EL SUPLEMENTO DEL REGISTRO OFICIAL NÚMERO SESENTA Y CUATRO DEL OCHO DE NOVIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y SEIS, DECLARO EXTINGUIDO EL PATRIMONIO FAMILIAR A FAVOR DE LOS COMPARECIENTES **M.A.J.L, A.R.J.L, S.C.J.L, C.E.J.L, J.E.J.L Y M.L.J.L**, sobre un bien inmueble que recae en un lote de terreno con casa de habitación, ubicado en la calle Cuba, urbanización La Tebaida, perteneciente a la parroquia San Sebastián (actualmente parroquia Punzara) del cantón y provincia de Loja, bajo el número siete, cero, cuatro, (704) del Registro de la Propiedad del TRES de Junio de mil novecientos setenta y siete .-DOS.- la propiedad se encuentra constituida bajo patrimonio familiar a favor del banco ecuatoriano de la vivienda, inscrito bajo el número 98 del registro de patrimonios de fecha veintiuno de noviembre del año mil novecientos setenta y ocho, los comparecientes **M.A.J.L, A.R.J.L, S.C.J.L, C.E.J.L, J.E.J.L Y M.L.J.L** como herederos universales de los extintos S.R.J.P y E.A.L.S.- tres.- el original de esta acta juntamente con el expediente, se incorpora en el protocolo de esta notaría, extendiendo además dos copias certificadas de la misma, para que el señor(a)

registrador(a) de la propiedad del canton Loja, proceda a cancelar dichos gravámenes.-  
doy fe.- firma) Dr. P.F.P.C, notario público séptimo cantonal de Loja. se otorgó ante mí  
y en fe de ello confiero esta primera copia certificada que la sello signo y firmo en el  
mismo lugar y fecha de su celebración.

#### **4. Comentario de la Autora:**

En este caso podemos observar que comparecen seis personas, hermanos entre sí, beneficiarios del patrimonio familiar constituido por sus extintos padres. Del contenido del acta de extinción de inventario se advierte que el fundamento de hecho es que los solicitantes pretenden mejorar sus condiciones de vida. Han comparecido dos testigos quienes acreditan la necesidad y utilidad de extinguir el patrimonio familiar. La causa por la que se declara extinguido el patrimonio familiar es la contenida en numeral 3 del Art. 851 del Código Civil, que textualmente señala “El acuerdo entre los cónyuges si no existiere algún hijo o nieto de uno de ellos o de ambos, que tuviere derecho a ser beneficiario”.

En el caso analizado no existe acuerdo entre los cónyuges, pues como consta del contenido del acta de inventario, los cónyuges constituyentes del patrimonio familiar han fallecido. Quienes comparecen son los beneficiarios en condición de hijos de los constituyentes, quienes tampoco acreditan si existe o no otro hijo o un nieto de los constituyentes que tenga derecho a ser beneficiario.

Es decir, al no existir documentación que acredite que los solicitantes son los únicos beneficiarios, al declarar extinguido el patrimonio familiar por una causal, para la

cual conforme al Art. 851 del Código Civil, no tiene competencia el notario, existe una extralimitación de funciones que pone en riesgo el derecho de otras personas que pueden tener la condición de hijos o de nietos de uno de los dos cónyuges constituyentes o de ambos.

## **Caso Nro. 2**

### **1. Datos Referenciales:**

**Nro. de protocolo:** 20191101005P00011

**Partes:** J.M.M.L.P

**Objeto:** Extinción del Patrimonio Familiar

**Notaría:** Quinta del Cantón Loja

**Fecha:** 01 de abril del 2019

### **2. Antecedentes:**

En la ciudad de Loja, capital de la Provincia del mismo nombre, República del Ecuador, hoy lunes, uno de abril del año dos mil diecinueve, ante mí, Doctor R. A. P. S., Notario Quinto del Cantón Loja, comparece con plena capacidad, libertad y conocimiento, el señor **J.M.M.L.P**, de nacionalidad ecuatoriana, mayor de edad, de estado civil Viudo, de ocupación Agricultor, domiciliado en la Parroquia Malacatos, portador de la cédula de ciudadanía número uno uno cero cero nueve cinco nueve seis cinco (1100095965), por sus propios y personales derechos, en calidad de PETICIONARIO, quien pide se le recepte la declaración juramentada con intervención de dos testigos idóneos tendiente a extinguir el patrimonio Familiar, petición que fue



presentada a esta notaria para el trámite de Ley; y, en la que manifiesta: UNO: Mediante escritura pública celebrada en la ciudad de Loja, el día once de diciembre de mil novecientos noventa y siete (1997), ante el doctor Leonardo Burneo Valdivieso, Notario Primero de Cantón Loja, en la que comparece por una parte los señores S.D.T.V, viudo, E.P.M., divorciada, en sus calidades de Gerente y Presidenta, respectivamente de la Cooperativa de Vivienda "MADRE LAURA"; y, por otra la señora V.R.M, casada, quien adquiere mediante contrato de adjudicación el lote número once, perteneciente a la parroquia San Sebastián del cantón y provincia de Loja, inscrito bajo el número bajo el número mil quinientos ochenta (1580), de fecha siete (07) de marzo de mil novecientos noventa y ocho (1998), b) Con fecha veinticuatro (24) de septiembre del dos mil ocho (2008) fallece la señora V.R.M., quedando a su fallecimiento su cónyuge sobreviviente señor J.M.L.P. y a sus seis (6) hijos el lote número once, perteneciente a la parroquia San Sebastián del cantón y provincia de Loja, inscrito en el Registro de la Propiedad del Cantón Loja, bajo el número mil quinientos ochenta (1580), de fecha siete (07) de marzo de mil novecientos noventa y ocho (1998). DOS.- La propiedad se encuentra constituida en Patrimonio Familiar, de acuerdo al artículo ciento cincuenta y tres (153), de la Ley de Cooperativas, inscrito bajo el número veinticinco (25) del Registro de prohibiciones del Jueves, siete de Mayo del año mil novecientos noventa y ocho TRES.- En el presente caso el compareciente presenta prueba documental de que es de estado civil viudo, tiene sus hijos los señores M.V.L.R., M.J.L.R; M.R.L.R., F.C.L.R; N.I.L.R, y S.J.L.R., y que son independientes y tienen solvencia económica. Amparan su petición en el numeral tercero del artículo ochocientos cincuenta y uno del Código Civil; y, en aplicación a lo dispuesto en el numeral diez del Artículo dieciocho de la Ley Notarial en

los siguientes hechos: a) El dominio del inmueble sobre el que recae el Patrimonio Familiar lo justifica con la copia certificada de la escritura adquisitiva de dominio y el certificado conferido por el Registro de la Propiedad del Cantón Loja, que acompaña a su petición b) b) Mediante Oficio número (**MIES-CZ-7-DDL-2019-0297-**), de fecha doce (12) de marzo del dos mil diecinueve (2019), la Ingeniera N.N.Q.P. en calidad de Directora Distrital Loja, del Ministerio de Inclusión Económica y Social Coordinación Zonal Siete, señala que mediante Acuerdo número **MIES GUION CZ GUION SIETE GUION DOS MIL DOCE GUION CERO CERO DIECIOCHO (MIES-CZ-7-2012-0018)**, del dieciocho (18) de octubre de dos mil doce (2012), en el cuadro anexo constan las cooperativas que constan en el cuadro anexo, domiciliadas en la Provincia de Loja, Disueltas y Liquidadas de hecho y de derecho, por estar inmersas en lo dispuesto en la causal del numeral Cuatro (4) del Artículo noventa y ocho (98) de la Ley de Cooperativas.- En la cual está la Cooperativa de Vivienda Madre Laura; conforme se desprende de la documentación que se adjunta como documento habilitante en la calidad que comparece, manifiesta que **"NO SE OPONE A LA CANCELACIÓN DEL PATRIMONIO FAMILIAR** del bien inmueble **de J.M.M.L.P**, sobre el inmueble de su propiedad que consiste en el lote número once, perteneciente a la parroquia San Sebastián del cantón y provincia de Loja, inscrito en el Registro de la Propiedad del Cantón Loja, bajo el número mil quinientos ochenta (1580), de fecha siete (07) de marzo de mil novecientos noventa y ocho (1998); c) Con la declaración de los testigos señores **J.H.P.Q** y **L.S.C.V** y el compareciente; con sus testimonios acreditan la necesidad y utilidad de extinguir el Patrimonio Familiar; d) han probado que no existen hijos menores de edad o personas que tengan derecho a ser beneficiarios. Atendiendo lo solicitado por el señor

**J.M.M.L.P.**, esto es la extinción del Patrimonio Familiar y de manera especial los encaminados a probar los fundamentos del peticionario.

### **3. Extracto de la escritura:**

Por lo expuesto, el señor **J.M.M.L.P.**, ha justificado plenamente los fundamentos de hecho y de derecho de su petición; por lo tanto; yo, **Doctor R.A.P.S, Notario Quinto del Cantón Loja y EN EJERCICIO DE LA FE PÚBLICA DE LA QUE ME HALLO INVESTIDO**, de conformidad con lo dispuesto en el Numeral tercero del artículo ochocientos cincuenta y uno del Código Civil del artículo ochocientos cincuenta y uno del Código Civil; y, en aplicación a lo dispuesto en el numeral diez del Artículo dieciocho de la Ley Notarial, incorporado por la Ley Notarial, **DECLARO EXTINGUIDO EL PATRIMONIO FAMILIAR**, sobre el inmueble de su propiedad que consiste en el lote número once, perteneciente a la parroquia San Sebastián del cantón y provincia de Loja, inscrito en el Registro de la Propiedad del Cantón Loja, bajo el número mil quinientos ochenta (1580), de fecha siete (07) de marzo de mil novecientos noventa y ocho (**1998**).- El original de esta acta juntamente con el expediente, se incorpora en el protocolo de esta notaría, extendiendo además dos copias certificadas de la misma, para que la señora Registradora de la propiedad del Cantón Loja, proceda a Cancelar dichos gravámenes.-  
Doy Fe.-

### **4. Comentario de la Autora:**

Del análisis del caso, se deduce que el patrimonio familiar se constituyó por mandato legal, ya que se trata de un bien adquirido a través de una Cooperativa de

Vivienda, entidad que adjudica a la constituyente el bien inmueble constituido en patrimonio familiar. A realizar el trámite de extinción en sede notarial comparece el cónyuge sobreviviente de la constituyente, quien acredita su condición de beneficiario, así como también la existencia de seis hijos que igual son beneficiarios del patrimonio familiar. De igual forma comparecen los testigos que declaren sobre la necesidad y utilidad de declarar extinguido el patrimonio familiar, del análisis de la escritura aparece probada la condición de personas mayores de edad independientes económicamente, de todos los hijos beneficiarios del patrimonio.

El Notario declara la extinción, por la causa contemplada en el numeral 3 del Art. 851 del Código Civil, esto es por acuerdo entre los cónyuges si no existe algún hijo o nieto de uno de ellos o de ambos, que tenga derechos para ser beneficiarios del patrimonio familiar. Es necesario dejar claro que lo que se ha probado en este expediente, es que los hijos son mayores de edad y personas independientes; pues, aun cuando se menciona en el acta que “han probado que no existen hijos menores de edad o personas que tengan derecho a ser beneficiarios”, no existe constancia alguna sobre la prueba de que no hay otras personas con derecho a ser beneficiarios, específicamente nietos de la persona constituyente.

En este caso se observa también que el Notario declara la extinción del patrimonio familiar por una causal distinta a la subrogación, apartándose del texto contenido en el Art. 851 del Código Civil, que claramente establece que el notario puede intervenir solamente en los casos de subrogación del patrimonio familiar, estando impedido de hacerlo en los otros casos contemplados en la norma antes indicada.

### **Caso Nro. 3**

#### **1. Datos Referenciales:**

**Nro. de protocolo:** 20191101004P01179

**Partes:** Z.A.S.D.

**Objeto:** Extinción del Patrimonio Familiar

**Notaría:** Cuarta del Cantón Loja

**Fecha:** 16 de diciembre del 2020

#### **2. Antecedentes:**

Loja, dieciséis de diciembre de dos mil veinte. VISTOS: La señorita Z.A.S.D. se presenta ante el infrascrito Notario, manifestando: Uno. Que mediante escritura pública celebrada en la Notaría Pública Cuarta del Cantón Loja, el trece de enero de mil novecientos noventa y cuatro, inscrita en el Registro de la Propiedad del Cantón Loja con el número ochenta y uno el trece de enero de mil novecientos ochenta y cuatro, el Banco Ecuatoriano de la Vivienda dio en venta a favor de la compareciente, la casa y solar identificados con el número DOS, de la Manzana U, tipo unifamiliar del programa Zamora Huaico, perteneciente a la Parroquia San Sebastián del cantón y Provincia de Loja; habiéndose constituido patrimonio familiar sobre dicho inmueble a favor del Banco Ecuatoriano de la Vivienda, que corre inscrito con el número trece de fecha trece de enero de mil novecientos ochenta y cuatro en el Registro de Patrimonios. Dos. Que, mediante escritura pública celebrada en la Notaría Sexta del cantón Loja el uno de febrero de mil novecientos noventa y cuatro el Banco Ecuatoriano de la Vivienda cancela la Hipoteca

Abierta y levanta la Prohibición de Enajenar inscritas con los números veintinueve y treinta respectivamente del año mil novecientos ochenta y cuatro; escritura inscrita el uno de febrero de mil novecientos noventa y cuatro. **Tres.** Que tiene necesidad de extinguir el patrimonio familiar indicado, es por el hecho de sanear el inmueble para solicitar un préstamo hipotecario en una entidad bancaria para la terminación y mejoramiento de mi casa de habitación. **Cuatro.** Que se recepte la declaración juramentada de la compareciente y la de los testigos señores V.I.M.R. y B.P.M.M. respecto de la conveniencia de extinguir el referido patrimonio familiar. Cinco. Que amparada en el artículo dieciocho numeral diez de la Ley Notarial, en concordancia con el artículo ochocientos cincuenta y uno numeral Tercero del Código Civil, y artículo cuarenta y ocho y sus reformas de la Ley del Banco Ecuatoriano de la Vivienda, solicita que el infrascrito Notario declare la extinción de dicho patrimonio. **Aceptada** la solicitud al trámite especial que corresponde y por encontrarse concluido, es momento de resolver lo pertinente y, para ello se considera: **PRIMERO: a)** A la petición presentada se le ha dado el trámite propio de su naturaleza, por lo que se declara su validez; b) Mediante escritura pública, la peticionaria con la intervención de los testigos V.I.M.R. y B.P.M.M. acreditan la conveniencia o necesidad de extinguir el patrimonio familiar constituido sobre el inmueble. **SEGUNDO:** Por tanto, la peticionaria con prueba instrumental, con su declaración y la de los testigos, acreditan lo siguiente: Que la peticionaria es propietaria del inmueble descrito; y, La conveniencia o necesidad de extinguir el patrimonio familiar constituido sobre el inmueble. Y, **TERCERO:** El Banco Ecuatoriano de la Vivienda en Liquidación mediante oficio BEVLIQ-U10-J-2020-0-1274 del veintinueve de junio de

dos mil veinte, que se agrega, emite informe favorable para la extinción del referido patrimonio familiar.

### **3. Extracto de la Escritura:**

Por lo expuesto, y por cumplidas las formalidades legales EL NOTARIO PUBLICO CUARTO DEL CANTÓN LOJA admite la petición y **declara extinguido el patrimonio familiar** que pesa sobre el inmueble antes descrito de propiedad de la peticionaria **Z.A.S.D.** La señora Registradora de la Propiedad del Cantón Loja se servirá disponer se tome nota de esta resolución en sus registros. Esta acta junto con el expediente se agregará al Protocolo de la Notaría Cuarta del Cantón Loja de esta fecha y se confiere copias para los fines de ley.

### **4. Comentarios de la Autora:**

En este caso se trata de la extinción del patrimonio familiar que pesa sobre un bien adquirido mediante un crédito hipotecario otorgado por una entidad financiera del Estado, es decir se constituyó patrimonio familiar por disposición legal. A solicitar la extinción comparece la constituyente, quien argumenta como fundamento de hecho de su petición, la necesidad de levantar el patrimonio a objeto de poder hipotecar el bien y obtener otro crédito. Se recepta la declaración de dos testigos que declaran sobre la necesidad y utilidad de declarar extinguido el patrimonio familiar.

Es necesario advertir que el Notario únicamente toma como elemento el pronunciamiento de la entidad financiera emitiendo informe favorable para la extinción, y la declaración de los dos testigos que aportan sobre la necesidad y utilidad de declarar

la extinción, sin embargo, no existe constancia alguna que acredite que no existen otros beneficiarios, pues pese a que la constituyente es de estado civil soltera, puede existir alguna persona que tenga la condición de beneficiario (un hijo menor de edad, un hijo mayor de edad que sea incapaz, o algún otro descendiente), hechos sobre los cuales no se exige ninguna constancia probatoria.

La norma legal en la que se basa la declaración de extinción que hace el notario es la prevista el numeral tercero del Art. 851 del Código Civil, que manifiesta “el acuerdo entre los cónyuges si no existiere algún hijo o nieto de uno de ellos o de ambos ,que tuviere derecho a ser beneficiario”, causal que no sería aplicable puesto que en este caso la persona constituyente es de estado civil soltera y no se ha acreditado que no existen hijos o nietos que tengan derecho como beneficiarios del patrimonio.

Es decir, en el análisis de la presente acta notarial, se advierte también que existe una inadecuada aplicación de las atribuciones del Notario, al extralimitarse en sus funciones declarando la extinción por la causal tercera del Art. 851 del Código Civil, sin considerar los presupuestos particulares del caso, y sin tomar en cuenta que, de acuerdo con el citado artículo, el notario está facultado exclusivamente para declarar la extinción por subrogación del bien.

Se genera inseguridad jurídica en este caso, por el hecho de que el bien, como lo declara la misma solicitante de la extinción, va a ser constituido en una nueva hipoteca como garantía por un crédito, situación que provoca un riesgo sobre la intangibilidad del bien que al no estar constituido en patrimonio, podría ser objeto de un embargo y un



posible remate en caso de incumplimiento de la nueva obligación, lo que ocasionaría vulnerabilidad para los derechos de los posibles beneficiarios del patrimonio.

Para concluir este análisis, es conveniente señalar que al igual que en los otros casos lo que se hace por parte de los notarios es verificar la existencia de un informe favorable por parte de la institución financiera, y las declaraciones de los dos testigos que comparecen a declarar sobre la conveniencia y utilidad de extinguir el patrimonio, y no se considera de una manera ponderada los derechos de los posibles beneficiarios, dejando de lado que conforme al Art. 849 y 851 del Código Civil, el patrimonio familiar beneficia incluso a los nietos del constituyente, por lo que no puede actuarse de forma apresurada ya que ello puede representar una lesión a los derechos de los beneficiarios.

#### **6.4. Análisis de Datos Estadísticos.**

Con la finalidad de obtener información acerca de la incidencia real de la problemática en la práctica jurídica ecuatoriana, se recurrió a la recopilación de datos estadísticos acerca de la extinción del patrimonio familiar en sede notarial, para eso se tomó como base el registro que consta en los archivos de la Notaría Segunda y la Notaría Tercera del cantón Loja, en donde fue posible obtener los datos que se reportan a continuación sobre las actas notarias que se han celebrado para declarar esa extinción. Es necesario manifestar que se toma como base la información de las dos notarías por cuanto no es posible acceder a esta información en el Sistema Informático Notarial del Consejo Nacional de la Judicatura.

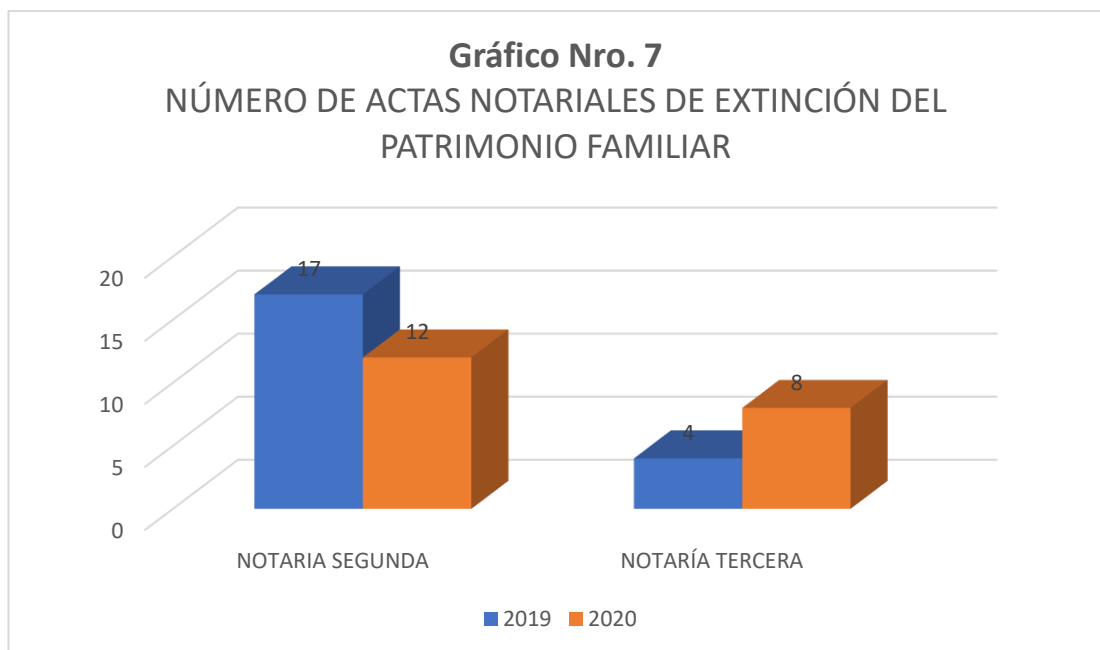
**Cuadro Estadístico Nro. 7**

NOTARÍAS	AÑO EN QUE SE DECLARÓ LA EXTINCIÓN EN SEDE NOTARIAL		TOTAL
	2019	2020	
Notaría Segunda	17	12	29
Notaría Tercera	4	8	12
TOTAL	21	20	41

**Fuente:** Archivos de la Notaría Segunda y de la Notaría Tercera del cantón Loja

**Autora:** Karla Elizabeth Herrera Herrera

Como se puede observar en el cuadro anterior, es significativa la incidencia de actas notariales relacionadas con la extinción del patrimonio familiar que se celebran en sede notarial, pues tomando como base la información obtenida de dos Notarías, se determina que en el año dos mil diecinueve se elaboraron veintiún actas y en el año dos mil veinte se celebraron veinte actas, existiendo un total de cuarentaiuna actas.



Conforme a la gráfica anterior se observa que ha existido una mayor incidencia de actas notariales en el año dos mil diecinueve en donde se celebraron veintiún actas, mientras que en el dos mil veinte se celebraron veinte actas, no obstante, el número de extinciones del patrimonio familiar en sede notarial es considerablemente significativo, lo que demuestra que la problemática investigada en este trabajo tiene una incidencia real en la práctica jurídica ecuatoriana.

Es preciso indicar que ninguno de los casos analizados se refiere a la subrogación del patrimonio familiar, sino que la extinción se declara por causales distintas, corroborando de esta forma que existe una extralimitación en el ejercicio de las atribuciones exclusivas del Notario, situación que obviamente obedece a la contradicción existente entre las normas de la Ley Notarial y del Código Civil ecuatoriano, que ha sido evidenciada en el desarrollo de este trabajo investigativo.

## 7. DISCUSIÓN

### 7.1. Verificación de Objetivos

En esta parte de la investigación se realizará el análisis y síntesis de la información obtenida con el propósito de proceder a la verificación de los objetivos que fueron planteados en el proyecto de investigación debidamente aprobado por las instancias legales correspondientes. Se plantearon un objetivo general, y tres objetivos cuyo proceso de verificación se realiza enseguida.

El objetivo general de esta investigación es el siguiente:

- *“Realizar un estudio conceptual, doctrinario, jurídico y comparado acerca de la declaratoria de extinción del patrimonio familiar”.*

Se verifica el objetivo general antes enunciado, a través de la recopilación de la información que consta en la revisión de literatura que forma parte de esta tesis, en donde se ha elaborado un marco conceptual que comprende categorías como: derecho notarial, el notario, derecho patrimonial, patrimonio familiar, derecho a la seguridad jurídica, principio de legalidad, la extinción del patrimonio familiar, la subrogación del patrimonio familiar; también se presentó un marco doctrinario que contiene referencias sobre la historia del derecho notarial ecuatoriano, la unidad jurisdiccional, los antecedentes históricos del patrimonio familiar, la constitución del patrimonio familiar, los constituyentes y beneficiarios de esta institución, la diferenciación entre extinción y subrogación del patrimonio familiar, la extinción del patrimonio familiar en sede notarial, el derecho a la seguridad jurídica respecto de la extinción del patrimonio familiar, el

principio de legalidad en la regulación de la extinción del patrimonio familiar; además, consta un marco jurídico en donde se aborda el análisis de las normas legales que sobre la problemática de estudio están incorporadas en la Constitución de la República del Ecuador, los Instrumentos Jurídicos Internacionales, el Código Orgánico de la Función Judicial, el Código Civil Ecuatoriano, la Ley Notarial. Para finalizar la revisión de literatura, se recopilan y analizan las normas de la legislación comparada, relacionadas con la extinción y subrogación del patrimonio familiar, en legislaciones extranjeras como: la Ley que Autoriza la Constitución de Patrimonios de Familia no Embargables de la República de Colombia; el Código Civil de los Estados Unidos Mexicanos; el Código Civil de la República de Perú y el Código de las Familias y del Proceso Familiar del Estado Plurinacional de Bolivia. En base a todos los argumentos teóricos de carácter conceptual, doctrinario y jurídico antes descritos se ha verificado de manera positiva el objetivo general planteado en este trabajo de investigación.

Como primer objetivo específico se planteó el siguiente:

- *“Demostrar la contradicción legal surgida entre el Código Civil y Ley notarial en lo concerniente a la extinción de patrimonio familiar”.*

Este objetivo específico se confirma en primer lugar del análisis crítico que se hace respecto de la normativa contenida en el Art. 851 del Código Civil y el numeral 18 del Art. 10 de la Ley Notarial, donde se estableció una contradicción legal entre estas dos normas respecto a la extinción del patrimonio familiar. De igual forma, se verifica conforme a los resultados obtenidos en la cuarta pregunta de la encuesta, en donde el 73.33% de los profesionales participantes, aceptaron que existe una contradicción entre

el Código Civil y la Ley Notarial, en igual sentido es necesario señalar el pronunciamiento de los entrevistados al responder la cuarta pregunta que se les formuló, es contundente para manifestar que existe una contradicción entre las normas legales contenidas en los dos cuerpos legales antes mencionados. Conforme a todos estos presupuestos se ha verificado positivamente el primer objetivo específico de esta investigación.

El segundo objetivo que se planteó es el siguiente:

- *“Determinar las extralimitaciones en sus atribuciones que tiene el Notario Público para emitir la declaratoria de extinción de patrimonio familiar”.*

Como elemento de sustento para la verificación de este objetivo se tienen los resultados obtenidos en la quinta pregunta de la encuesta, en donde los profesionales del derecho encuestados en un 73.33% manifiestan que existen extralimitaciones en el cumplimiento de las atribuciones otorgadas a los Notarios, en lo que se refiere a la declaratoria de extinción del patrimonio familiar, situación que se debe puntualmente a la falta de precisión en la Ley Notarial, en cuanto a las atribuciones del Notario en este ámbito. De igual forma es necesario establecer que conforme a la opinión de los entrevistados, expresada como respuesta a la segunda pregunta se verifica que en ciertos casos existe extralimitación de los Notarios al declarar la extinción del patrimonio familiar, por causas distintas a la subrogación. Sirve como criterio para verificar este objetivo también, el análisis a los casos que se han tomado como ejemplo para establecer que los notarios extinguen el patrimonio familiar por causas distintas a la subrogación, existiendo en consecuencia una extralimitación en las atribuciones conferidas para los Notarios, en la declaratoria de extinción del patrimonio familiar.

Un dato que sirve para determinar que los notarios intervienen de modo frecuente en la celebración de actas de extinción del patrimonio familiar, es el relacionado con la revisión de la información estadística obtenida de las Notarías Segunda y Tercera del cantón Loja, en donde se observa que en los años dos mil diecinueve y dos mil veinte se han celebrado un total de cuarentaiún actas de extinción notarial, lo que confirma que hay una alta incidencia de la extinción del patrimonio familiar en sede notarial.

El tercer objetivo planteado es el siguiente:

- *“Presentar un proyecto de reforma a la Ley Notarial que precise las atribuciones del Notario Público en la declaratoria de extinción de patrimonio familiar”.*

Para la verificación de este objetivo se toma como elemento la información obtenida en la sexta pregunta de la encuesta, en donde el 76.66% de los abogados encuestados, señalan que están de acuerdo con la elaboración de una propuesta de reforma que determine como facultad exclusiva del Notario, declarar la extinción del patrimonio familiar por subrogación, considerando el interés común de todas las personas beneficiarias del patrimonio. Además, las personas entrevistadas al responder la quinta pregunta que se les planteó sugieren que sería pertinente el planteamiento de una reforma al numeral 10 del Art. 18 de la Ley Notarial, con la finalidad de que se establezca con absoluta claridad la potestad del Notario, respecto de las facultades del notario en cuanto a la extinción del patrimonio familiar. Finalmente, en este trabajo se hace la presentación de una propuesta de reforma jurídica a la Ley Notarial, en donde recogiendo las sugerencias de los profesionales del derecho que participaron como encuestados y

entrevistados, y en base al análisis que se ha realizado como autora de la investigación, se hace un planteamiento que contribuiría a solucionar la problemática investigada.

## **7.2. Contrastación de la Hipótesis.**

En el proyecto de tesis, que ha sido debidamente aprobado por las instancias legales correspondientes se planteó la siguiente hipótesis:

*“La falta de precisión en la Ley Notarial en cuanto a las atribuciones del Notario Público para declarar la extinción del patrimonio familiar, ha permitido su extralimitación, generando inseguridad jurídica de sus actos”.*

La hipótesis se contrasta positivamente conforme a los resultados que se obtienen en la quinta pregunta de la encuesta en donde el 73.33% de los abogados en libre ejercicio que participaron como encuestados, aceptan que existe una falta de precisión en la Ley Notarial, en cuanto a la determinación de las atribuciones que tienen los Notarios respecto de la declaración de extinción del patrimonio familiar, y de igual forma manifiestan que genera inseguridad jurídica en cuanto a los actos notariales celebrados declarando dicha extinción.

Por otro lado conforme a la opinión algunas de las personas entrevistadas al responder la primera pregunta, de la entrevista se establece que la norma contenida en el numeral 10 del Art. 18 de la Ley Notarial, no es lo suficientemente clara y precisa para determinar las atribuciones del Notario en cuanto tiene que ver con la extinción del patrimonio familiar; así mismo en la tercera pregunta los profesionales entrevistados, Jueces de lo Civil y Notarios, aceptan que al no existir suficiente claridad en la normativa



antes mencionada sobre la extinción del patrimonio por subrogación existe imprecisión en cuanto a las facultades del notario para intervenir en la celebración de estos actos.

Conforme a los datos estadísticos que ha sido posible recopilar respecto a la incidencia de la problemática estudiada, se ha determinado que en las notarías de la ciudad de Loja, existen muchos casos en los cuales los notarios declaran la extinción del patrimonio familiar, por causales distintas a la subrogación, esto obedece precisamente a que la norma no es lo suficientemente clara, y esto ocasiona que existan casos en que es evidente la extralimitación de los notarios en el cumplimiento de sus funciones, puesto que conforme al texto literal del Art. 851 del Código Civil, sus atribuciones se limitan exclusivamente a declarar la extinción del patrimonio familiar por subrogación.

Se ha realizado de igual forma un estudio de casos, en los cuales se evidencia así mismo que debido a la falta de claridad de la normativa contenida en la Ley Notarial, respecto a las facultades del notario relacionadas con la extinción del patrimonio familiar, los Notarios han declarado dicha extinción por causales distintas a la subrogación, situación que pone en riesgo derechos fundamentales de los beneficiarios, y específicamente la seguridad jurídica.

Al analizar el derecho a la seguridad jurídica en la parte pertinente de la revisión de literatura se pudo establecer que el derecho a la seguridad jurídica de acuerdo con la Constitución de la República y con las opiniones doctrinarias que se han elaborado al respecto consiste en la existencia de normas previas, claras y públicas que puedan ser aplicadas por las autoridades competentes. La falta de precisión que se evidencia en la Ley Notarial en cuanto a las atribuciones de los notarios respecto a la extinción del

patrimonio familiar, se debe a que no existe claridad en el precepto contenido en el numeral 10 del Art. 18 de la Ley Notarial, y a que este es contradictorio con lo señalado en el Art. 851 del Código Civil ecuatoriano.

Del análisis que se ha realizado a la legislación comparada es posible determinar cómo en la legislación de Colombia, se admite la subrogación del patrimonio familiar, es decir el reemplazo del bien que está constituido en patrimonio de familia por otro bien, pero para ello se requiere una licencia judicial que debe ser otorgada única y exclusivamente por el Juez previa la sustanciación de un proceso legal, es decir los Notarios están impedidos de declarar la sustitución o subrogación del patrimonio familiar, siendo el único facultado para ello el Juez.

En la legislación de México, la única autoridad facultada para declarar la extinción del patrimonio familiar es el Juez, que interviene en todos los casos, excepto en la expropiación presupuesta en el cual no es necesaria la autorización judicial.

De igual forma en la legislación de Perú se establece que la única autoridad facultada para declarar la extinción del patrimonio familiar es el Juez competente, hay que anotar que en la legislación peruana existe la modificación del patrimonio familiar que es una especie de subrogación, la cual del mismo modo sólo puede ser ordenada por el Juez y no por los Notarios.

En el caso de la legislación de Bolivia, también se ha logrado determinar que la única autoridad facultada para declarar la extinción del patrimonio familiar es el Juez, es

decir, los Notarios no tienen la potestad para intervenir en la extinción del patrimonio familiar.

Los elementos que se han presentado anteriormente sirven para establecer que la hipótesis planteada en esta investigación se contrasta de forma positiva, es decir existe una falta de precisión en las normas de la Ley Notarial, en cuanto a las facultades del Notario para declarar la extinción del patrimonio familiar, la cual redundaría en una inseguridad jurídica que pone en riesgo especialmente los derechos de los beneficiarios.

### **7.3. Fundamentación Jurídica de la Propuesta de la Reforma Legal**

La familia es el núcleo esencial de toda estructura social, por eso el Estado ha creado algunas normas de orden legal con la finalidad de garantizar su estabilidad y permanencia en el tiempo, una muestra de ello es precisamente la normativa constitucional y legal a través de la cual se pretende proteger la existencia de un patrimonio familiar, con el propósito de que el núcleo familiar tenga una estabilidad económica y patrimonial que garantice el bienestar de sus integrantes.

En este trabajo se ha realizado el análisis de una problemática relacionada con el patrimonio familiar, que se constituye en una de las limitaciones al dominio contempladas en el Código Civil ecuatoriano, por cuya constitución, ciertos bienes de propiedad de uno de los cónyuges, o de ambos, o de una persona célibe, queda protegido frente a la acción de los acreedores o a la imposición de gravámenes, pues al constituirse dicho patrimonio el bien adopta las características de inalienable e inembargable, con la finalidad de que ni siquiera el titular del dominio, pueda disponer a su arbitrio del bien, vendiéndolo o

enajenándolo. De estas características se deduce entonces que el propósito del patrimonio familiar, es que el bien permanezca como garantía de la estabilidad patrimonial y económica de la familia, y específicamente de las personas en beneficio de las cuales se constituyó dicho patrimonio.

Todos los actos jurídicos relacionados con el patrimonio familiar deben cumplir de manera estricta con los principios de legalidad y de seguridad jurídica, para lo cual las personas que intervienen en su constitución, quienes tienen la condición de beneficiarios, y las autoridades judiciales y notariales que de alguna forma autorizan o solemnizan actos relacionados con esta institución jurídica, deben adecuar sus actuaciones a lo previsto en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, procurando principalmente que no se pongan en riesgo las finalidades del patrimonio familiar y sobre todo los derechos fundamentales de los beneficiarios de este patrimonio.

El patrimonio familiar al ser una institución relacionada con el derecho a la propiedad en el Ecuador se encuentra regulado en el Código Civil, que es el que determina lo concerniente a la constitución, los constituyentes, beneficiarios, cuantía del patrimonio, y también lo relacionado con las causas de extinción del patrimonio familiar que ya ha sido constituido.

En el Art. 851 del Código Civil se detallan las causales de extinción del patrimonio, y se refiere fundamentalmente: al fallecimiento de todos los beneficiarios en los casos en que la persona que constituyó el patrimonio es célibe, a la terminación del matrimonio cuando se ha producido el fallecimiento de todos los beneficiarios, al acuerdo entre los cónyuges cuando no existe un hijo o nieto de uno o ambos cónyuges que tenga

derecho a beneficiarse del patrimonio; y finalmente la subrogación por otro patrimonio que podrá ser autorizada por el Juez o por el Notario a solicitud del constituyente, tanto el Juez como el Notario deberán calificar la conveniencia de que se subroge el patrimonio, considerando el interés común de todos los beneficiarios.

La norma del Art. 851 del Código Civil, se relaciona de una forma directa con el numeral 10 del Art. 18 de la Ley Notarial, en la cual se determina la atribución exclusiva del notario para que pueda receptar la declaración juramentada del constituyente y de dos testigos que acrediten la necesidad de extinguir o subrogar el patrimonio familiar, conforme a las causales y el procedimiento contemplado en la ley, y elaborar el acta que lo declare extinguido o subrogado disponiendo su marginación en la inscripción respectiva del Registro de la Propiedad, agrega la Ley Notarial que en los casos que el patrimonio familiar se haya constituido por mandato legal, se deberá contar con la aceptación de las instituciones involucradas.

Al revisar las normas legales anteriormente mencionadas, esto es el Art. 851 del Código Civil y Art. 18, numeral 10 de la Ley Notarial, se observa una contradicción entre los preceptos normativos contenidos en estas disposiciones. Pues según la Ley Notarial, el Notario tiene atribuciones para extinguir o subrogar el patrimonio familiar, mientras que conforme al Art. 851 del Código Civil, el Notario puede únicamente intervenir en la subrogación del patrimonio familiar, cuando el bien constituido bajo esta institución sea reemplazado por otro. Es decir en la Ley Notarial, se toman como sinónimos la extinción y la subrogación, situación que genera una confusión, que ha redundado en la extralimitación de funciones por parte de los notarios, quienes en muchos casos han

declarado extinto el patrimonio familiar por causales distintas a la subrogación, considerando como elemento en algunos casos la declaración del constituyente, de los testigos y el pronunciamiento de las entidades públicas cuyo informe se requiere para la extinción, pero sin considerar los derechos de los constituyentes.

La extralimitación básicamente consiste en que por la confusión existente en la Ley Notarial, debido a la forma en que se encuentra redactada la potestad de los Notarios respecto a la extinción del patrimonio familiar, los notarios intervienen en la declaración de extinción del patrimonio familiar por causales distintas a la subrogación, cuando el Art. 851 del Código Civil, claramente establece que el Notario sólo puede intervenir en la subrogación, siendo las otras causales una potestad exclusiva del Juez.

Es importante como sustento jurídico de la propuesta de reforma señalar que la legislación comparada, que en este trabajo se ha analizado tomando en cuenta lo mencionado en los ordenamientos jurídicos de Colombia, México, Perú y Bolivia, permite la extinción del patrimonio familiar, por causales similares a las previstas en la legislación ecuatoriana, en las que también se incluye la subrogación, pero las legislaciones de los países antes mencionados claramente establecen que la única autoridad facultada para extinguir el patrimonio familiar, mediante una decisión judicial, es un Juez, es decir esta atribución no está reconocida a los Notarios.

Hay que tomar en cuenta que en el desarrollo de la investigación de campo, tanto las personas encuestadas, como las entrevistadas, todas ellas profesionales del derecho en libre ejercicio y también en funciones de Jueces y Notarios, han aceptado por un lado la falta de precisión en la Ley Notarial, al delimitar las atribuciones de los Notarios respecto

de la extinción del patrimonio familiar, y por otro lado la extralimitación de funciones de los Notarios al declarar la extinción por causales distintas a la subrogación.

Se han revisado como parte de la investigación algunos casos, concretamente los referentes a los protocolos número: 20191101007P01315 y 20191101005P00011, en donde los Notarios que intervienen en estos actos, declaran la extinción del patrimonio familiar por la causal tercera contemplada en el Art. 851 del Código Civil, es decir por el acuerdo entre los cónyuges, al no existir hijos o nietos que tengan la condición de beneficiarios. Estos hechos no son debidamente probados en el expediente notarial, pues los elementos que considera el Notario son básicamente la declaración de los constituyentes, de los testigos, y el informe de las entidades financieras por exigencia de las cuales se constituyó el patrimonio. Es decir, se deja de lado el deber esencial, de garantizar los derechos fundamentales de los beneficiarios del patrimonio familiar, afectando su derecho a la seguridad jurídica.

Del estudio de datos estadísticos que se ha realizado mediante la revisión de los casos de extinción del patrimonio familiar se ha determinado que son muchos los casos en los cuales los notarios intervienen en la extinción del patrimonio familiar, y en estos actos no se cumple con lo señalado en el Código Civil, es decir que el notario puede intervenir sólo cuando se trata de la subrogación como causal de extinción de dicho patrimonio, por lo tanto se ratifica la extralimitación de funciones de los notarios, respecto de una institución tan importante como es la que ha sido analizada en esta tesis.

Todos los elementos teóricos, la legislación comparada y los resultados de campo que se han obtenido, así como el análisis de casos y la revisión de datos estadísticos,

contribuyen a determinar que existe la necesidad de plantear una reforma de carácter legal a la Ley Notarial, concretamente en cuanto tiene que ver a la potestad de los notarios para declarar la extinción del patrimonio familiar, de manera que la norma sea lo suficientemente clara y precisa y que en armonía con lo señalado en el Art. 851 del Código Civil, establezca que dicha potestad sólo puede ser ejercida cuando se trata de una subrogación del patrimonio familiar, siempre considerando el interés común de los beneficiarios, para ello se plantea la correspondiente propuesta en la parte final de la investigación, la que contempla algunos presupuestos en base a los cuales se procura garantizar sobre todo los derechos de los constituyentes de manera que se cumpla con el principio de seguridad jurídica al contar con una norma clara, cuya aplicación por parte de las autoridades competentes contribuya a tutelar los derechos de las personas involucradas en el patrimonio familiar.



## 8. CONCLUSIONES

Luego de haber desarrollado los aspectos conceptuales, doctrinarios, jurídicos y de legislación comparada que forman parte de la revisión de literatura, y recopilado información y datos mediante la ejecución del trabajo investigativo de campo, las conclusiones a las que se ha llegado son las siguientes:

- El patrimonio familiar es una limitación al dominio prevista en la legislación civil ecuatoriana, por la cual una persona célibe o los cónyuges, con bienes de su propiedad establecen un patrimonio en favor de sí mismos o de sus descendientes, el cual una vez constituido adquiere las características de inalienable e inembargable, con la finalidad de otorgar estabilidad patrimonial a la familia.
- Existe una contradicción jurídica entre la normativa prevista en el Art. 851 del Código Civil ecuatoriano según la cual el notario tiene potestad para declarar la extinción del patrimonio familiar solamente por subrogación, y la contemplada en el numeral 10 del Art. 18 de la Ley Notarial, conforme a cuyo texto se entiende que el notario puede declarar la extinción del patrimonio familiar por todas las causales previstas en el Código Civil.
- La normativa contemplada en el numeral 10 del Art. 18 de la Ley Notaria, en cuanto se refiere a la atribución exclusiva del Notario, respecto a la declaración de extinción del patrimonio familiar, no es lo suficientemente clara, pues no delimita de forma objetiva cuál es la potestad del Notario respecto de dicha extinción, permitiendo que

se celebren actos notariales en donde se declaran extinciones por causales distintas a la subrogación.

- Se evidencia una extralimitación en el ejercicio de las atribuciones exclusivas conferidas a los Notarios, quienes intervienen en la declaración de extinción del patrimonio familiar por causales distintas a la subrogación, afectando con esto los intereses de los beneficiarios del patrimonio familiar, y generando inseguridad jurídica respecto de esta institución tan importante para la estabilidad de la familia.
- Conforme al estudio de la legislación comparada de países como Perú, Colombia, México y Bolivia, se ha podido determinar que en esos ordenamientos el Notario no tiene la potestad para declarar la extinción del patrimonio familiar, pues en su normativa se determina que la única autoridad facultada para declarar esa extinción es el Juez competente, es decir esas legislaciones son diferentes a la ecuatoriana en donde por falta de claridad en la ley se ha producido una extralimitación de funciones de los Notarios que afecta la seguridad jurídica de los derechos de los beneficiarios del patrimonio familiar.
- Se ha determinado en base al estudio de casos y a la recopilación de datos estadísticos acerca de la incidencia de la problemática, que existen muchos casos en los cuales los notarios proceden a la declaración de la extinción del patrimonio familiar, por causales distintas a la subrogación, lo que confirma una extralimitación de funciones que afecta la seguridad respecto del patrimonio familiar como institución que protege a la familia.

## **9. RECOMENDACIONES**

Como recomendaciones relacionadas con el trabajo de investigación que se ha desarrollado es oportuno plantear las siguientes:

- Al Estado ecuatoriano con la finalidad de que a través de las diferentes instituciones que tienen que ver con la protección de la familia, se desarrollen políticas y acciones orientadas a garantizar la vigencia del marco jurídico que regula una institución tan importante como el patrimonio familiar para de este modo tutelar en forma eficiente la estabilidad económica del núcleo familiar.
- A la Federación Ecuatoriana de Notarios, con la finalidad de que se promuevan espacios de capacitación y de debate acerca de las atribuciones exclusivas de los Notarios, de manera que estos servidores sometan sus actuaciones de forma estricta a los preceptos contenidos en la ley, sin contravenir ninguna de sus normas ni extralimitarse en ejercer sus potestades, siendo verdaderos garantes de la seguridad jurídica de las personas que intervienen en los actos notariales.
- A los Colegios de Abogados de la República del Ecuador, para que como parte de la labor de capacitación a sus agremiados se desarrollen talleres donde se discuta sobre la normativa actual vigente en materia notarial, a objeto de que los abogados puedan conocer las atribuciones de los notarios, tanto respecto del patrimonio familiar como de otros temas de mucho interés que, por disposición de la Ley Notarial, y por ser de jurisdicción voluntaria hoy son competencia de los Notarios.

- A la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos, que es el ente que controla la actividad de los Registros de la Propiedad, con la finalidad de que se impartan las directrices necesarias a objeto de que no se inscriban actas de declaración de extinción del patrimonio familiar, por causales distintas a la subrogación, porque dichos actos constituyen una extralimitación de las funciones del Notario, y en consecuencia no deberían ser inscritas por los Registradores de la Propiedad.
- A las Universidades de la República del Ecuador, Escuelas Politécnicas e Institutos Superiores, con la finalidad de que como parte de la formación profesional de los estudiantes se profundice ampliamente el análisis del patrimonio familiar y de otras instituciones del derecho de familia, así como el derecho Notarial cuyo conocimiento es fundamental para los futuros abogados.
- A la Asamblea Nacional de la República del Ecuador, que apruebe el proyecto de reforma legal con la finalidad de que se proceda a la revisión de las atribuciones de los notarios contenidas en el Art. 18 de la Ley Notarial, a objeto de establecer que sus disposiciones no contravengan o contradigan los preceptos contenidos en la Constitución de la República o en otras Leyes.

#### **9.1. Proyecto de Reforma Legal**

**REPÚBLICA DEL ECUADOR**

**LA ASAMBLEA NACIONAL**

**C O N S I D E R A N D O:**

- Que: el numeral 26 del artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador, garantiza: El derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental. El derecho al acceso a la propiedad se hará efectivo con la adopción de políticas públicas, entre otras medidas.
- Que: el numeral 2 del artículo 69 de la Constitución de la República del Ecuador, garantiza: Se reconoce el patrimonio familiar inembargable en la cuantía y con las condiciones y limitaciones que establezca la ley. Se garantizará el derecho de testar y de heredar.;
- Que: el artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador, garantiza: El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes;
- Que: el artículo 17 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, reconoce que: 1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente. 2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.
- Que: el artículo 7 del Código Orgánico de la Función Judicial garantiza la jurisdicción y la competencia nacen de la Constitución y la ley. Solo podrán ejercer la potestad jurisdiccional las juezas y jueces nombrados de conformidad con sus preceptos,
- Que: el artículo 10 del Código Orgánico de la Función Judicial, de conformidad con el principio de unidad jurisdiccional, ninguna autoridad de las demás funciones del

Estado podrá desempeñar funciones de administración de justicia ordinaria, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución.

Que: el artículo 851 del Código Civil ecuatoriano señala Son causas de extinción del patrimonio familiar ya constituido: 4. La subrogación por otro patrimonio que podrá ser autorizada por el Juez o el Notario o Notaria, previa solicitud del instituyente. El Juez o el Notario o Notaria calificará la conveniencia en interés común de los beneficiarios.

Que: el numeral 10 del Art. 18 de la Ley Notarial, establece la potestad del Notario para la declarar la extinción del patrimonio familiar;

Que: no existe suficiente claridad en la normativa contenida en el numeral 10 del Art. 18 de la Ley Notarial y que sus disposiciones son contradictorias con los preceptos que respecto a las causales de extinción contempla el Art. 851 del Código Civil ecuatoriano; afectando el derecho a la seguridad jurídica y pone en riesgo los derechos de las personas que tienen la condición de beneficiarias de la constitución de ese patrimonio; por lo tanto es necesario armonizar la normativa de la Ley Notarial con las disposiciones del Código Civil, en relación con la extinción del patrimonio familiar.

En uso de las atribuciones que le confiere el numeral 6 del Art. 120 de la Constitución de la República del Ecuador, la Asamblea Nacional resuelve expedir la siguiente:

## **LEY REFORMATORIA A LA LEY NOTARIAL**

**Artículo 1.-** Sustitúyase el inciso primero del numeral 10 del Art. 18 de la Ley Notarial por el siguiente:

“10.- Receptar la declaración juramentada del constituyente o los constituyentes del patrimonio familiar, y de dos testigos idóneos, que acrediten la necesidad y conveniencia conforme a los intereses de los beneficiarios, de extinguir por subrogación el patrimonio familiar constituido sobre los bienes raíces del peticionario. Con las declaraciones antes mencionadas y verificada la conveniencia para los beneficiarios, el Notario elaborará la correspondiente acta de *extinción por subrogación* y dispondrá que la misma se registre al margen de la escritura de constitución en el Registro de la Propiedad del cantón en donde se encuentre ubicado el bien constituido en patrimonio.”

**Artículo Único.** - Quedan derogadas las normas jurídicas que se opongan a esta reforma.

**DISPOSICIÓN FINAL.** - La presente Ley reformativa entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Dado en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional de Distrito Metropolitano de la ciudad de Quito, a los dos días del mes de marzo del año dos mil veintiuno.

.....  
**f). Presidente de la Asamblea Nacional**

.....  
**f) Secretario**

## 10. BIBLIOGRAFÍA

### OBRAS JURÍDICAS:

ACEVEDO, Luis. (2011). El concepto de familia, hoy. *Franciscanum, Revista de las Ciencias del Espíritu*, 149-170.

ALCHOURRÓN, Carlos, & BULYGIN, Eugenio. (2002). Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales . Buenos Aires : Astrea.

ALONSO, Pablo, DE LA CRUZ, Rafael, PAYNE, Mark, PIMENTA, Carlos, JALKH, Gustavo, STRAFACE, Fernando, & BAENA, Paloma. (2007). República del Ecuador: Evaluación de la gobernabilidad democrática . Quito: Banco Interamericano de Desarrollo.

ANDRADE, Fernando. (2011). *Diccionario y Guía Índice, Código Civil y Procedimiento Civil, Volumen III*. Cuenca : Fondo de Cultura Ecuatoriana.

BARRIOS, Boris. (2011). *Derecho Notarial Panameño*. Ciudad de Panamá: Nacional.

BENÍTEZ, María Elena. (2017). La Familia: Desde lo Tradicional a lo Discutible. *Novedades en Población*, 58-68.

BONNECASE, Julien. (2001). *Tratado Elemental de Derecho Civil, Parte A*. México D.F.: Harla.

CABANELLAS, Guillermo. (2001). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual* . Buenos Aires: Heliasta .



- CARRIÓN, Eduardo. (1991). *Curso de Derecho Civil: De los bienes y de su dominio, posesión, uso, goce y limitaciones*. Quito: Ecuatoriana.
- CARVAJAL, Bécquer. (2007). *Práctica Notarial y Registral*. Quito: Edilex S.A.
- CEVALLOS, Rafael. (2011). *Código Civil en Preguntas*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador.
- CUESTA, Anabel. (2018). *El debido proceso, garantía de aplicación correcta de la ley*. Bogotá: Nacional S.A.
- CUEVA, Luis. (2013). *El Debido Proceso*. Quito: Ediciones Cueva Carrión.
- DAZA, Sandra. (2015). *Derecho de Familia*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- DELGADO, Marco. (2019). *La Ley Notarial Ecuatoriana, Análisis, Relaciones, Comentarios y práctica*. Cuenca: Opciones Digitales Loja.
- Diccionario Enciclopédico El Libro*. (2001). Madrid: Océano.
- Diccionario Jurídico Espasa*. (2001). Madrid: Heliasta S.R.L.
- EGUIGUREN, Genaro. (2008). *Derecho de Propiedad en el Ecuador. (Incluye Jurisprudencia)*. Quito: Corporación Editora Nacional.
- GARCÍA, José. (2009). *Los Principios Rectores y Disposiciones Fundamentales que se deben observar en la administración de justicia en el Ecuador según el Código Orgánico de la Función Judicial*. Quito: Ediciones Rodin.

- GARCÍA, Luis. (2018). *La Violación de los Derechos Patrimoniales*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- LARA, Jose. (2010). *Hilando Notarialmente*. Quito: Editorial Jurídica.
- LARREA, Juan. (2008). *Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador. El Usufructo, Derechos de uso y habitación, Patrimonio Familiar y las Servidumbres*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- LEÓN, Rodrigo. (2008). *Procedimeinto Notarial* . Quito: El Forum Editores.
- LUCAS, Stalin, & ALBERT, José. (2019). Los Principios Notariales como aporte a la Justicia Preventiva y a la Seguridad Jurídica. *Polo del Conocimiento*, 41-66. Obtenido de Obtenido de file:///C:/Users/DELL/Downloads/Dialnet-LosPrincipiosNotarialesComoAporteALaJusticiaPreven-7164381%20(1).pdf
- MARTÍNEZ, Jorge. (2016). *Apuntes de Derecho Notarial Ecuatoriano* . Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- MARTÍNEZ, Juan. (2016). *Introducción al Derecho Notarial* . México D.F. : UIPAN.
- MÁRQUEZ, Salvador. (2013). La aplicación de la Ley. *Derecho Procesal*, 12-23.
- MOLINARIO, Alberto. (1965). *Derecho Patrimonial y Derecho Real* . Buenos Aires: La Ley.
- OLIVA, Eduardo & Villa, Judith. (2014). Hacia un concepto interdisciplinario de la familia en la globalización. *Justicia Juris*, 11-20.

- PARRAGUEZ, Luis. (1999). *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano (Volumen II Derechos Reales)* . Loja: Universidad Técnica Particular de Loja.
- PLANIOL, Marcel, & RIPERT, Georges. (2001). *Derecho Civil (Parte A)*. México D.F.: Harla.
- ROMBOLÁ , Nestor, & REBOIRAS, Lucio. (2005). *Diccionario Ruy Díaz de Ciencias Jurídicas y Sociales*. Buenos Aires: Printer Colombiana S.A.
- ROSALES, Iván. (2018). *Concepto, Objeto y Contenido del Derecho Notarial* . La Paz: Colegio Nacional de Notarios.
- SÁNCHEZ, Alberto. (2009). La aplicación de las normas legales. *Ius Latin*, 23-37.
- TAMAYO, Rolando. (2008). *Introducción Analítica al Estudio del Derecho* . México D.F.: Themis.
- TORRES Oliva, & BERNAL, María. (2013). *Práctica Notarial y Registral. Evolución y Práctica del Derecho Notarial y Registral* . Cuenca: Carpol.
- TUIRÁN, Rodolfo & SALLES, Vania. (2003). *Vida familiar y democratización de los espacios privados* . México: Colegio Nacional de México.
- ZAMBRANO, Mario. (2009). *Los Principios Constitucionales del Debido Proceso y las Garantías Jurisdiccionales*. Quito: PH Ediciones.
- ZAVALA, Jorge. (2011). *Lecciones de Derecho Administrativo* . Guayaquil: Edilex S.A.

## **CÓDIGOS Y LEYES:**

*CÓDIGO CIVIL*. (1970). Quito: Congreso Nacional de la República.

*CÓDIGO CIVIL*. (2019). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

*CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO*. (2015). Ciudad de México: Gaceta de Gobierno del Estado de México. Obtenido de <http://www.testamentos.gob.mx/Documentos/ccivil/codciv15.pdf>

*CÓDIGO CIVIL DEL PERÚ*. (1984). Lima: Congreso Nacional. Obtenido de <https://lpderecho.pe/codigo-civil-peruano-realmente-actualizado/>

*CÓDIGO DE LAS FAMILIAS Y DEL PROCESO FAMILIAR*. (2014). La Paz: Asamblea Legislativa Plurinacional. Obtenido de [https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CMW/Shared%20Documents/BOL/INT\\_CMW\\_ADR\\_BOL\\_33193\\_S.pdf](https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CMW/Shared%20Documents/BOL/INT_CMW_ADR_BOL_33193_S.pdf)

*CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL*. (2009). Quito: Asamblea Nacional de la República del Ecuador.

*CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS*. (2019). Quito: Asamblea Nacional de la República del Ecuador

*CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR*. (2008). Quito: Asamblea Nacional Constituyente.

*Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.* (1948). Bogotá: Organización de Estados Americanos. Obtenido de <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>

*Declaración Universal de los Derechos Humanos.* (1948). París: Organización de las Naciones Unidas. Obtenido de [https://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR\\_booklet\\_SP\\_web.pdf](https://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf)

*Ley 70 de 1931, que Autoriza la Constitución de Patrimonios de Familia no Embargables.* (1999). Bogotá: Congreso de Colombia. Obtenido de [https://normograma.info/men/docs/pdf/ley\\_0070\\_1931.pdf](https://normograma.info/men/docs/pdf/ley_0070_1931.pdf)

*Ley Notarial.* (2020). Quito: Ediciones Legales.

*Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.* (1966). Ginebra: Asamblea General de las Naciones Unidas. Obtenido de <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>

## **LINKOGRAFÍA**

ARELLANO, Paúl. (2018). *Extinción del Patrimonio Familiar.* Obtenido de <http://not64quito.com/extincion-del-patrimonio-familiar>

Federación Ecuatoriana de Notarios, (11 de 03 de 2020). *Reseña Histórica* . Obtenido de <http://www.fen.com.ec/website/index.php/el-notariado/resena-historica#:~:text=El%20origen%20del%20notario%20ecuadoriano,as%C3%AD%20lo%20determinaban%20en%20estas>

11. ANEXOS

11.1. Cuestionario de Encuestas y Entrevistas



**Universidad Nacional de Loja**  
**Facultad Jurídica Social y Administrativa**  
**Carrera de Derecho**

Distinguido profesional del Derecho. -

De manera respetuosa solicito, se designe contestar las siguientes preguntas, de esta encuesta que versa sobre el título **“INCONGRUENCIAS JURÍDICAS EN LA DECLARATORIA DE EXTINCIÓN DE PATRIMONIO FAMILIAR POR PARTE DEL NOTARIO PÚBLICO”**, resultados que servirán para la culminación de la investigación jurídica.

De antemano agradezco su colaboración.

**Nota:** Para tener un contexto más claro, cito los siguientes artículos:

**Código Civil:** “Art. 851.- Son causas de extinción del patrimonio familiar ya constituido:  
4.- La subrogación por otro patrimonio que podrá ser autorizada por el juez o el notario o notaria, previa solicitud del instituyente. El juez o el notario o notaria calificará la conveniencia en interés común de los beneficiarios.

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

**Cuestionario**

1. De acuerdo a la normativa prevista en el Código Civil, ¿Considera usted que el Notario tiene competencia para declarar la extinción del patrimonio familiar por causales distintas a la subrogación?

SI ( )

NO ( )

¿Porqué?

.....  
.....

2. ¿Cree usted que se garantiza efectivamente los principios de seguridad jurídica y de legalidad, al permitir que el Notario Público, declare la extinción del patrimonio familiar por cualquiera de las causales previstas en el Art. 851 del Código Civil?

SI ( )

NO ( )

¿Porqué?

.....  
.....

3. ¿Cree usted que existen extralimitaciones en las atribuciones que tiene el Notario Público para emitir la declaratoria de extinción del patrimonio familiar?

SI ( )

NO ( )

¿Porqué?

.....  
.....

4. ¿Considera usted que existe contradicción legal entre el Código Civil y Ley notarial en lo concerniente a la extinción de patrimonio familiar?

SI ( )

NO ( )

¿Porqué?

.....  
.....

5. Cree usted que la falta de precisión en la Ley Notarial en cuanto a las atribuciones del Notario Público para declarar la extinción del patrimonio familiar, ha permitido su extralimitación, generando inseguridad jurídica de sus actos.

SI ( )

NO ( )

¿Porqué?

.....  
.....

6. ¿Está de acuerdo que se elabore un proyecto de reforma legal, que determine como potestad exclusiva del Notario, declarar la extinción del patrimonio familiar por subrogación, considerando el interés común de todos los beneficiarios?

SI ( )

NO ( )

¿Porqué?

.....  
.....

GRACIAS POR SU COLABORACIÓN



**Universidad Nacional de Loja**  
**Facultad Jurídica Social y Administrativa**  
**Carrera de Derecho**

Distinguido profesional del Derecho.-

De manera respetuosa solicito, se designe contestar las siguientes preguntas, de esta entrevista que versa sobre el título **“INCONGRUENCIAS JURÍDICAS EN LA DECLARATORIA DE EXTINCIÓN DE PATRIMONIO FAMILIAR POR PARTE DEL NOTARIO PÚBLICO”**, resultados que servirán para la culminación de la investigación jurídica.

De antemano agradezco su colaboración. –

**Cuestionario**

1. ¿Considera usted que la norma del numeral 10 del Art. 18 de la Ley Notarial, es clara y precisa al disponer que el Notario Público, puede extinguir o subrogar el patrimonio familiar?
2. ¿Estima usted que la extralimitación del Notario en sus atribuciones al declarar la extinción del patrimonio familiar genera inseguridad jurídica?
3. ¿Al no establecer con claridad lo relacionado a la extinción por subrogación, considera que existe imprecisión en la Ley Notarial en cuanto a las atribuciones del Notario Público para declarar la extinción del patrimonio familiar?
4. ¿Cree usted que existen contradicción jurídica entre las normas del Código Civil y la Ley Notarial en lo referente a la declaratoria de extinción de patrimonio familiar por parte del Notario Público?
5. ¿Qué alternativas de solución daría usted para garantizar el patrimonio familiar y la seguridad jurídica en la declaratoria de extinción del patrimonio familiar por parte del Notario Público?

**GRACIAS POR SU COLABORACIÓN**



## 11.2. Proyecto Aprobado



**Universidad Nacional de Loja**  
**Facultad Jurídica, Social y Administrativa**  
**Carrera de Derecho**

**Tema:**

**“INCONGRUENCIAS JURÍDICAS EN LA DECLARATORIA DE  
EXTINCIÓN DE PATRIMONIO FAMILIAR POR PARTE DEL  
NOTARIO PÚBLICO.”**

Proyecto de Tesis previo a la obtención del Grado de Licenciada en Jurisprudencia y Título de Abogada de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador.

**Postulante:**

**Karla Elizabeth Herrera Herrera**

**Loja-Ecuador**

**2020-2021**

## **1. TEMA**

**“INCONGRUENCIAS JURÍDICAS EN LA DECLARATORIA DE EXTINCIÓN DE PATRIMONIO FAMILIAR POR PARTE DEL NOTARIO PÚBLICO”.**

## **2. PROBLEMÁTICA.**

La familia como célula social básica, se respalda siempre en la existencia de un patrimonio que contribuya a dar seguridad económica a sus integrantes, en cuanto a la satisfacción de sus elementales necesidades, así como también a la existencia de bienes que respalden la seguridad patrimonial del núcleo familiar.

El patrimonio familiar es una de las limitaciones al dominio que establece la ley, con la finalidad de proteger a la familia y garantizar que sus miembros tengan un sustento económico, esta limitación recae sobre bienes y derechos determinados, y restringen especialmente la facultad de disposición del titular de los mismos, así como las acciones que contra los bienes que intenten las personas que tengan la condición de acreedores frente a los constituyentes -personas que constituyen el patrimonio familiar.

Como institución jurídica prevista en la ley, el patrimonio familiar es susceptible de extinción, como en efecto lo contempla el Código Civil en su Art. 851, que determina que:

“Son causas de extinción del patrimonio familiar ya constituido:

1a.- El fallecimiento de todos los beneficiarios, si el constituyente es célibe;

2a.- La terminación del estado de matrimonio, siempre que hubieren fallecido los beneficiarios;

3a.- El acuerdo entre los cónyuges si no existiere algún hijo o nieto de uno de ellos o de ambos, que tuviere derecho a ser beneficiario; y,

4a.- *La subrogación por otro patrimonio que podrá ser autorizada por el juez o el notario o notaría, previa solicitud del instituyente. El juez calificará la conveniencia en interés común de los beneficiarios”.*

Todas las causales indicadas en el artículo se analizarán de forma pormenorizada al desarrollar el sustento teórico de este trabajo investigativo, pero para delimitar la problemática interesa por ahora concretar el análisis únicamente en lo relacionado con la subrogación.

Primero, es conveniente tener claro el concepto jurídico de la palabra “extinción”, que significa el fin de un vínculo u obligación que se encuentra atribuida por un precepto legal. Mientras que la “subrogación” hace referencia al hecho de sustituir o poner, una cosa en lugar de otra en una relación jurídica

Larrea Holguín (2008) sobre la causal 4ª de extinción del patrimonio familiar señala lo siguiente:

“No resulta exacto decir que se extingue el patrimonio, si continúa en otros bienes que se subrogan a los originarios. Pero la ley quiere indicar en el numeral 4º, que objetivamente termina el gravamen o limitación propios del patrimonio familiar,

respecto de los bienes sobre los que se constituyó, mientras que continúa el derecho subjetivo de los beneficiarios y del mismo constituyente.” (p. 106).

Es el juez el que una vez que se le presente el nuevo inmueble sobre el que se constituirá el patrimonio, debe calificar la conveniencia de la subrogación considerando el interés común de los beneficiarios.

En relación con la extinción del patrimonio familiar, la Ley Notarial establece, en su Art. 18, numeral 10, como “atribución exclusiva” de los Notarios la siguiente:

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

En los casos en que el patrimonio familiar se constituye como mandato de la Ley, deberá adicionalmente contarse con la aceptación de las instituciones involucradas. Si tales instituciones ya no existen, están inactivas, liquidadas o canceladas o no hay la documentación de las mismas en el órgano regulador competente y así se certifica, no será necesaria su aceptación”.

Conforme al contenido de la norma anterior, es evidente que existe una contradicción entre las normas contenidas en el Art. 851 del Código Civil ecuatoriano

que considera a la subrogación como una de las causas para la extinción del patrimonio familiar y el Art. 18, numeral 10 de la Ley Notarial, que se refiere a la extinción y a la subrogación como dos actos diferentes, esta contradicción ha ocasionado que en muchos casos los Notarios declaren la extinción del patrimonio familiar por causales distintas a la subrogación, siendo indispensable superar esta contradicción jurídica en el sentido de que sólo en los casos en que la extinción es por subrogación puede intervenir el Notario, en los demás casos la extinción de esta limitación al dominio es exclusiva de los Jueces.

Además resulta indispensable que se defina legalmente, si en todos los casos de subrogación, incluso aquella que se realice ante Notario, es necesaria la calificación sobre la conveniencia para el interés común de los beneficiarios por parte del Juez, pues de ser así no hay objeto alguno en que se haga por un lado un trámite judicial para obtener tal calificación y por otro el trámite notarial para que se declare la extinción por subrogación, *es este otro de los aspectos que no se encuentran absolutamente claros en la descripción de la norma.*

El Código Civil Ecuatoriano, en su Art. 851, se refiere a las causas de extinción del patrimonio familiar ya constituido, y señala entre ellas, la subrogación por otro patrimonio que podrá ser autorizada por el Juez previa solicitud del instituyente, en este caso el Juez debe calificar la conveniencia de la subrogación atendiendo al interés común de los beneficiarios. Por su parte la Ley Notarial, en su Art. 18, numeral 10, se refiere a que el Notario tiene la potestad para extinguir o subrogar, el patrimonio familiar.

Es decir que, por una parte, en la legislación civil se establece a la subrogación como una causal para declarar la extinción; y, por otro, en la legislación notarial, se

considera a la subrogación como sinónimo de la extinción al colocar “o”, situación que es inadecuada puesto que se trata de dos hechos jurídicos absolutamente diferentes.

Esta falta de precisión, en la redacción técnica de la norma notarial, ha provocado que en muchos casos los Notarios de la República del Ecuador, extralimitándose en el uso de sus facultades legales, declaren la extinción del patrimonio familiar por las otras tres diferentes causales previstas en el Código, situación que está reconocida como atribución exclusiva de los jueces, cuando en realidad lo que quiso señalar el legislador es que los Notarios están facultados solamente para declarar la extinción única y exclusivamente por subrogación, es decir mediante el reemplazo del bien sobre el que recae el patrimonio familiar por otro bien que garantice las finalidades por las cuales se instituyó esta limitación al dominio, y aún en este caso no está claro el hecho de que se debe contar con la calificación correspondiente por parte del Juez.

Para determinar la existencia de esta problemática se han evidenciado previamente algunos casos, en donde los notarios han declarado la extinción del patrimonio familiar, especialmente por la causal 3ª del Art. 851, esto es por no existir personas beneficiarias de dicho patrimonio, como se evidencia por ejemplo en la cita siguiente, tomada de un trámite de solicitud de autorización municipal para la extinción del patrimonio familiar, realizada por el señor Notario Septuagésimo Sexto del cantón Guayaquil, que dice:

“Por este medio y por pedido expreso de la parte interesada, tengo a bien solicitar su AUTORIZACIÓN, de conformidad con el Art. 851 del Código Civil para proceder con la EXTINCIÓN DEL PATRIMONIO FAMILIAR que afecta al bien inmueble que fue adquirido mediante adjudicación a favor de los señores M.J.P.A.

y M.L.Q.M. ... El motivo de esta petición es que la propietaria del inmueble no tiene hijos ni descendencia y está amparada en el numeral tercero del Art. 851 del Código Civil lo cual justifican con la declaración juramentada adjunta a este instrumento. Acompaño a la presente solicitud, original de la Declaración Juramentada otorgada ante mí, Notario Septuagésimo Sexto del cantón Guayaquil ...”.

Es evidente que en este caso el Notario al que han acudido los constituyentes, declara la extinción del patrimonio familiar por la causal tercera del Código Civil ecuatoriano, atribución que como he mencionado está reservada sólo para los señores Jueces.

Al incurrir en la celebración de una escritura pública, inobservando las disposiciones legales que para el efecto señala tanto el Código Civil como la propia Ley Notarial, el Notario responsable puede ser sometido a responsabilidades de orden administrativo y civil, sin perjuicio de que según la naturaleza particular del caso pueda establecerse en su contra una responsabilidad penal, si se determina la existencia de dolo en su actuación.

Es importante considerar que, en el caso de la legislación colombiana, se encuentra vigente la Ley 958, promulgada en enero de 1996, que en su Art. 4, establece que la única autoridad competente para ordenar el levantamiento de la afectación a una vivienda constituida en patrimonio familiar, es el Juez, aun cuando se exige como requisito la presentación del acuerdo de los constituyentes en una escritura pública, que

será sometida, al criterio del Juez. Es decir, sólo, se ordenada la extinción del patrimonio en sede judicial, y no notarial.

Conforme a los breves elementos presentados en esta problemática, se hace evidente la necesidad de que se reforme la Ley Notarial ecuatoriana, dejando absolutamente claro que la potestad notarial se circunscribe a declarar la extinción del patrimonio familiar por subrogación, con la finalidad de proteger a los beneficiarios de esta institución jurídica y salvaguardar también los intereses y la estabilidad patrimonial de la familia.

### **3. JUSTIFICACIÓN**

El patrimonio familiar es una de las instituciones de mayor trascendencia en el derecho civil ecuatoriano, y también dentro de la disciplina jurídica denominada como derecho de familia. Al encontrarse ubicado dentro de las ramas del derecho antes mencionadas, cumple con lo establecido en el Reglamento del Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja, que regula la pertinencia del estudio investigativo, para optar por el Grado de Licenciada en Jurisprudencia, que me habilita para obtener el Título de Abogada de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador.

La reciente inclusión de potestades exclusivas a los notarios en el ámbito relacionado con la extinción del patrimonio familiar, obedece al cambio permanente de la legislación ecuatoriana con la finalidad de responder a las características actuales de la sociedad ecuatoriana, sin embargo la normativa prevista en la Ley Notarial por ser contradictoria con las normas del Código Civil, no es plenamente aplicable a la realidad



social y jurídica del patrimonio familiar, por lo que amerita el planteamiento de una reforma al ordenamiento jurídico notarial, para que sólo sea aplicable la potestad notarial a la extinción del patrimonio familiar por subrogación, y cuando se justifique previamente la existencia del nuevo bien sobre el que ha de constituirse el patrimonio, y que dicha sustitución es conveniente para los intereses de todos los beneficiarios.

La reforma es necesaria por cuanto el patrimonio familiar como se ha señalado reiteradamente constituye la base para el sustento económico de la familia y tiene que ser debidamente protegido, mediante la existencia de un ordenamiento jurídico armónico, respecto a la regulación de un tema tan importante como es la extinción de esta limitación al dominio.

La problemática que se ha resumido en las líneas anteriores es de innegable trascendencia jurídica, pues el patrimonio familiar se encuentra reconocido en la Constitución de la República del Ecuador, y desarrollado en legislación secundaria como el Código Civil, la Ley Notarial, y por lo tanto el desarrollo de este trabajo tiene un amplio espectro jurídico, relacionado con una institución de trascendental importancia social como es la familia. De allí que es viable y necesaria su ejecución para corregir una contradicción jurídica que puede poner en riesgo la vigencia del patrimonio familiar como importante limitación al dominio establecida con la finalidad de asegurar la estabilidad económica de las familias ecuatorianas.

En cuanto a la factibilidad de ejecución del trabajo, el mismo es viable por cuanto se ha verificado la existencia de suficiente contenido bibliográfico, criterios jurisprudenciales, casos de trámites notariales, recursos metodológicos, además de la

posibilidad de desarrollar un amplio estudio de campo que permita conocer el criterio de los profesionales del derecho y de abogados especialistas en la materia que con sus opiniones aportarán a precisar cómo se evidencia la problemática en la sociedad ecuatoriana.

Con las razones antes indicadas se justifica la ejecución del presente trabajo de investigación jurídica, que pretende como propósito esencial garantizar la vigencia del patrimonio familiar como una institución que históricamente ha sido concebida tanto en el ordenamiento jurídico ecuatoriano como en otras legislaciones del mundo, como una limitación que pretende garantizar el sustento de las familias, por lo tanto es necesario garantizar que para su extinción se cumplan los presupuestos expresamente previstos en la legislación, sin que exista la posibilidad de que extralimitándose en sus facultades se pueda declarar extinto este patrimonio por parte de los notarios, salvo el caso de la subrogación por otro bien que garantice los derechos de los beneficiarios.

#### **4. OBJETIVOS**

##### **Objetivo General:**

- ✓ Realizar un estudio conceptual, doctrinario, jurídico y comparado acerca de la declaratoria de extinción del patrimonio familiar.

##### **Objetivos Específicos:**

- ✓ Demostrar la contradicción legal surgida entre el Código Civil y Ley Notarial en lo concerniente a la extinción de patrimonio familiar.

- ✓ Determinar las extralimitaciones en sus atribuciones que tiene el Notario Público para emitir la declaratoria de extinción de patrimonio familiar.
- ✓ Presentar un proyecto de reforma a la Ley Notarial que precise las atribuciones del Notario Público en la declaratoria de extinción de patrimonio familiar.

## **5. HIPÓTESIS**

La falta de precisión en la Ley Notarial en cuanto a las atribuciones del Notario Público para declarar la extinción del patrimonio familiar, ha permitido su extralimitación, generando inseguridad jurídica de sus actos.

## **6. MARCO TEÓRICO**

### **6.1. Derecho Notarial**

El III Congreso Internacional del Notariado Latino, celebrado en el año 1954 en París, adoptó la siguiente definición de derecho notarial: “conjunto de disposiciones legislativas, reglamentarias, usos, decisiones jurisprudenciales y doctrinas que rigen la función notarial y el instrumento público notarial” (Martínez J., 2016, pág. 20). En este concepto, se establece como derecho notarial a la disciplina que está conformada por el conjunto de normas legales y reglamentarias, así como por los criterios que ha planteado los tribunales y la doctrina, y también por los usos que son comunes en una determinada sociedad, en base a las cuales se rige la actividad que desarrolla el notario, así como los instrumentos públicos que se celebran ante él.

Por su parte de acuerdo con Sierz (2012)

“El derecho Notarial puede ser definido como el conjunto de doctrinas y normas jurídicas que regulan la organización del notariado, la función notarial y la teoría formal del instrumento público. Es la rama científica del Derecho Público que, constituyendo un todo orgánico, sanciona en forma fehaciente las relaciones jurídicas voluntarias y extrajudiciales mediante la intervención de un funcionario que obra por delegación del poder público”. (p.37).

En forma similar a lo señalado anteriormente, en este caso también se considera que el derecho notarial está representado por el conjunto de disposiciones legales que regulan la organización de la función notarial, así como de los notarios que ejercen la misma, de igual forma también ingresan en esta definición los criterios doctrinarios que se han desarrollado sobre esta materia, así como también los estudios acerca del instrumento público.

El derecho notarial según el criterio comentado forma parte del Derecho Público, y constituye un conjunto debidamente organizado, a través del cual se regulan las relaciones jurídicas de carácter voluntario y extrajudicial, a través del notario que obra en ejercicio del poder que le ha sido confiado por el Estado para dar fe pública de los actos a través de los que se celebran esas relaciones.

Según los criterios manifestados el derecho notarial es una disciplina autónoma que se encarga de regular toda la actividad que realizan los notarios como funcionarios que, investidos de fe pública, solemnizan los actos que realizan las personas particulares otorgándoles legalidad y validez jurídica.

## **6.2. Historia del derecho notarial.**

La Federación Ecuatoriana de Notarios (Notarios, 2020), presenta un aporte acerca de la historia del derecho notarial en el Ecuador, en la que se menciona lo siguiente:

“El origen del notario ecuatoriano está en el Derecho Indiano, aquel que se formó en América luego de su descubrimiento en 1492, compuesto por el Derecho Español, el Derecho Canónico Ecuménico y aquellas normas que se iban sistematizando a medida en que las necesidades y circunstancias así lo determinaban en estas nuevas tierras.

La primera actuación notarial que registra la historia ecuatoriana es la del escribano Gonzalo Díaz de Pineda, quien extendió el acta de fundación de Quito, el año 1534, correspondiente a la primera fundación, luego la segunda y la tercera y definitiva el 6 de diciembre. Además, se señala que los notarios serán nombrados en número determinado por cada circunscripción territorial, y tenía el carácter de vitalicios.

Años después, en octubre de 1966, el Presidente Interino de la República Clemente Yerovi Indaburu, sanciona la actual Ley Notarial, que constituye el primer conjunto de normas orgánicas que se refieren al notariado y a sus diversos aspectos y funciones. Nace así, en nuestra República una nueva institución jurídica dentro del derecho que, como ciencia independiente, reclama su desarrollo y conocimiento”.

De acuerdo con lo indicado el derecho notarial ecuatoriano, se origina en el denominado derecho indiano, es decir aquel que surge en el territorio americano luego de haberse producido la conquista española, por lo tanto, se importaron normas que se fueron adaptan a las características y circunstancias de la época y de la sociedad de esos tiempos.

El primer dato que se tiene acerca de la intervención de un notario, es posiblemente de un escribano llamado Gonzalo Díaz de Pineda, quien, en el año 1534, elaboró el acta relacionada con la primera fundación de Quito, y posteriormente elaboró la segunda y tercera actas.

En ese tiempo se nombraba notarios por cada jurisdicción territorial y sus puestos eran vitalicios, existía un número determinado de estos funcionarios que como se advierte desarrollaban actividades relacionadas con la elaboración de documentos.

En el año de 1966 en la presidencia de Clemente Yerovi Indaburu, se promulga la Ley Notarial, la cual con varias reformas se encuentra vigente hasta la actualidad, y es el cuerpo de leyes cuyo ámbito es la regulación de la función notarial en el Ecuador, así como las diferentes atribuciones de los notarios, la forma en que éstos se eligen, la responsabilidad a la que están sometidos, entre otros.

A partir de la promulgación de la Ley Notarial, en el Ecuador surge el derecho notarial como una disciplina autónoma.

En el desarrollo de la tesis, abordaré de forma mucho más amplia el desarrollo histórico del Derecho Notarial.

### **6.3. Notario**

De acuerdo con Hernán Logroño y Marcia Vargas (2003) al Notario se define como:

“El Profesional del Derecho investido de fe pública por el Estado; y, que tiene a su cargo recibir, interpretar, redactar y dar forma legal a la voluntad de las personas que ante él acuden y confieren autenticidad y certeza jurídica de los actos y hechos pasados ante su fe mediante la consignación de los mismos en instrumentos públicos de su autoría”. (p. 37).

Como primer elemento del concepto de notario, se tiene que debe tratarse de un profesional del derecho, al cual previo el cumplimiento de los requisitos legales se le confiere una función, que es la de recibir la voluntad de las partes, interpretarla, y solemnizarla o legalizarla a través de la redacción del correspondiente instrumento público. El notario debe conservar los originales de estos instrumentos y otorgar a las personas que intervienen las copias necesarias, dando fe acerca de la autenticidad del contenido de las mismas.

El Art. 6 de la Ley Notarial, señala: “Notarios son los funcionarios investidos de fe pública para autorizar, a requerimiento de parte, los actos, contratos y documentos determinados en las Leyes. Para juzgarlos penalmente por sus actos oficiales gozarán de fuero de Corte”. Es decir que, de acuerdo con la ley, los notarios tienen la condición de servidores públicos, a los cuales el Estado les ha otorgado fe pública con la finalidad de que puedan autorizar los contratos, actos y documentos establecidos en las normas

legales. En caso de que incurran en alguna infracción en su juzgamiento se aplicará el fuero de Corte, esto quiere decir que no pueden ser juzgados por jueces de primera instancia sino por el presidente de la Corte Provincial.

Por su parte el Art. 296 del Código Orgánico de la Función Judicial, establece:

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

Así como intervenir en ejercicio de la fe pública de la que se encuentran investidos, en los asuntos no contenciosos determinados en la Ley, para autorizar, conceder, aprobar, declarar, extinguir, cancelar y solemnizar situaciones jurídicas respecto de las que se encuentren expresamente facultados en el Código Orgánico General de Procesos, la Ley Notarial y otros cuerpos legales.

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

En este caso el artículo es más amplio, y define lo que es el notariado señalando que se trata de un órgano que auxilia a la función judicial, mediante el desempeño de un servicio que consiste en desempeñar una función pública encargada a los notarios, que son abogados de profesión, los que, una vez designados para el desempeño del puesto, se convierten en servidores públicos a los que el Estado les otorga fe pública con la finalidad de que autoricen, por pedido de las personas interesadas, aquellos actos, contratos e



instrumentos que están previstos en las normas legales, y de que den fe de todos aquellos hechos en los que intervienen.

También pueden ejercer la fe pública, respecto de aquellos actos que no implican ningún tipo de controversia, y que son de jurisdicción voluntaria, en estos casos tienen atribuciones como las de autorizar, aprobar, extinguir, cancelar y solemnizar, situaciones jurídicas, conforme a las facultades que les otorga la Ley Notarial, el Código Orgánico General de Procesos y otras leyes vigentes en el país. El Notario debe ejercer su función de forma imparcial, autónoma, exclusiva y personal.

De acuerdo al contenido de las normas antes mencionadas, los notarios son funcionarios investidos de fe pública por parte del Estado con la finalidad de que a pedido de las personas interesadas, autoricen los actos, contratos e instrumentos que establecen las normas jurídicas, dando fe de la autenticidad de los hechos acontecidos ante él.

Tomando en cuenta los criterios que se han mencionado anteriormente, se concluye que el notario es un profesional del derecho, que cumpliendo los requisitos exigidos en la ley asume la función notarial y da fe pública de los actos celebrados ante él, tienen jurisdicción cantonal es decir solemnizan los actos celebrados en los cantones de su jurisdicción.

#### **6.4. Atribuciones**

Antes de desarrollar este subtema es necesario tener claro el concepto jurídico de atribución, sobre el cual Cabanellas (2001, pág. 407) dice: “Facultad, potestad concedida por disposición legal o inherente a determinadas funciones. Suele emplearse la voz en

plural en esta última acepción, por la pluralidad y permanencia de lo encomendado o ejercido”. No es complejo entender que el término “atribuciones” se refiere a las potestades que el notario tiene por efecto de las disposiciones contenidas en la Ley Notarial, y que se aplican con la finalidad de ejercer la potestad que el estado les confiere o les encomienda que es dar fe pública de todos los hechos o actos jurídicos que se celebran ante ellos.

El Art. 18 de la Ley Notarial, le otorga al notario treinta y ocho atribuciones o facultades exclusivas, es decir se trata de potestades que sólo este funcionario investido de fe pública puede desarrollar, por cuanto así se encuentra expresamente establecido en la ley. Las atribuciones que la Ley Notarial confiere a los notarios son muy amplias y de muy variada naturaleza, y entre ellas está también la extinción o subrogación del patrimonio familiar que será estudiada en este trabajo.

Para extinguir el patrimonio familiar mediante la subrogación se debe justificar la necesidad de hacerlo, para que al vender el inmueble en el que se encuentra constituido el patrimonio familiar para subrogarlo a otro bien inmueble.

## **6.5. Derecho Patrimonial**

Como disciplina jurídica el derecho patrimonial es definido por Reyes (2003) como: “La parte del derecho civil que regula todo lo relacionado a los bienes de la persona y a las facultades que tiene para disponer de ellos”. (p. 38). Desde esta perspectiva, el derecho patrimonial está relacionado de una forma directa con el patrimonio, es decir con

los bienes con que cuenta la persona, adquiridos producto de su trabajo y de los cuales puede disponer como a bien tenga, siempre y cuando respetando lo que dice la ley.

“El derecho patrimonial es la libertad de disponer de los bienes de la manera que más convenga a los intereses de la persona, con las limitaciones que la ley señala. Los derechos patrimoniales, como todos los demás derechos de la persona, deben ser protegidos por la ley” (García, 2014, pág. 57).

De acuerdo con este autor el derecho patrimonial es una facultad que tienen las personas para disponer de sus bienes de acuerdo con sus intereses, siempre y cuando se respeten las limitaciones que contempla la ley, la cual recopila los preceptos jurídicos necesarios para su protección. En este caso se asume el derecho patrimonial como una parte de la libertad que la persona tiene para disponer de su patrimonio como a bien tenga.

Tomando en cuenta los criterios manifestados, el derecho patrimonial es la disciplina que regula todo lo relacionado con los bienes, se aplica tanto respecto de los bienes de los particulares, como del patrimonio que tiene el estado y sus instituciones.

## **6.6. Patrimonio familiar**

Luis Parraguez Ruiz (1999) define al patrimonio familiar como:

“Puede decirse entonces, con las reservas proverbiales de todo ensayo conceptualizador, que el patrimonio familiar es un patrimonio inalienable e inembargable, constituido por el marido o la mujer, por ambos cónyuges conjuntamente, o por una persona que no está casada, sobre uno o más inmuebles

propios o de la sociedad conyugal, en beneficio del constituyente y/o de sus descendientes, conservando aquél, aunque limitado, su derecho de dominio”. (p. 127).

De acuerdo con lo indicado el patrimonio familiar está constituido por uno o más bienes inmuebles, que estando perfectamente individualizados son sometidos a un régimen jurídico específico, con la finalidad de salvaguardar la estabilidad económica de la familia. Este resguardo patrimonial está dado por el hecho de que los bienes constituidos en patrimonio no pueden ser dispuestos de forma arbitraria por el propietario de los mismos.

También se toma en cuenta el criterio de Eduardo Carrión Eguiguren (1982) citado por Larrea Holguín (2008) quien dice:

“El patrimonio familiar es limitación del dominio porque los bienes que lo conforman son inalienables y no están sujetos a embargo ni a gravamen real, excepto el de las servidumbres preexistentes y de las que llegaren a ser forzosas y legales”. (pág. 71).

De lo señalado se entiende que el patrimonio familiar es una de las limitaciones al derecho de propiedad, por la cual los bienes que forman parte de este patrimonio no son susceptibles de ningún acto de comercio, no pueden venderse, ni tampoco están sujetos a medidas como el embargo ni a ningún otro gravamen real, a excepción del de las servidumbres en los casos previstos en la ley, o cuando estas hayan estado establecidas con anterioridad a la constitución del patrimonio.

Conforme a los criterios analizados el patrimonio familiar es una limitación al dominio, por la cual ciertos bienes quedan fuera de la posibilidad de ser comercializados o sometidos a algún tipo de gravamen, con la finalidad de que sirvan para proteger patrimonialmente a la familia.

#### **6.7. Extinción del patrimonio.**

Fernando Andrade (2011, pág. 133) aporta el siguiente concepto sobre extinción: “Cesación, conclusión, desaparición, fin de personas o casas. Fin de un vínculo u obligación atribuida por la ley”. Sobre la base de lo indicado la palabra extinción, en el ámbito jurídico significa la terminación de una situación legal, de una obligación o de un vínculo que se origina por la ley o por una relación jurídica. En el caso que nos ocupa, se hace referencia a la terminación del patrimonio familiar.

El Código Civil ecuatoriano en cuanto a la extinción del patrimonio familiar, señala lo siguiente:

“Art. 851.- Son causas de extinción del patrimonio familiar ya constituido: 1a.- El fallecimiento de todos los beneficiarios, si el constituyente es célibe; 2a.- La terminación del estado de matrimonio, siempre que hubieren fallecido los beneficiarios;

3a.- El acuerdo entre los cónyuges si no existiere algún hijo o nieto de uno de ellos o de ambos, que tuviere derecho a ser beneficiario; y,

4a.- La subrogación por otro patrimonio que podrá ser autorizada por el juez o el notario o notaría, previa solicitud del instituyente. El juez calificará la conveniencia en interés común de los beneficiarios”.

Es decir, el patrimonio termina por la muerte de todas las personas beneficiarias si el constituyente no se ha casado; por la terminación del matrimonio si han muerto los beneficiarios; por el acuerdo entre cónyuges cuando no existe un hijo o un nieto, que tenga derechos como beneficiario; y, finalmente la subrogación por otro patrimonio. Esta última causa, puede ser autorizada por el juez o por un notario, a pedido de parte del constituyente del patrimonio, en estos casos es el juez quien debe calificar la conveniencia de la subrogación considerando para ello principalmente el interés común de todas las personas que son beneficiarias del patrimonio.

#### **6.8. Subrogación del patrimonio.**

El término subrogación según Néstor Rombola y Lucio Reboiras (2005) significa: “La acción de sustituir o poner una persona en lugar de otra”. (p. 861). En el concepto anterior encontramos que la subrogación hace referencia al acto a través del cual una persona toma el lugar de otra es decir la reemplaza, asumiendo las atribuciones que desempeñaba la persona subrogada.

Por su parte Andrade (2011) señala: “SUBROGACIÓN. - En general, sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa”. (p. 541). En el caso de este concepto se aplica el mismo criterio en cuanto a que la subrogación significa sustitución o reemplazo, de una persona o de una cosa en lugar de otra. En efecto la subrogación, en

el caso del patrimonio familiar, implica que el bien sobre el que se constituyó éste sea reemplazado por otro.

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

En los casos en que el patrimonio familiar se constituye como mandato de la Ley, deberá adicionalmente contarse con la aceptación de las instituciones involucradas. Si tales instituciones ya no existen, están inactivas, liquidadas o canceladas o no hay la documentación de las mismas en el órgano regulador competente y así se certifica, no será necesaria su aceptación”.

En la norma anterior es en donde se evidencia el problema jurídico analizado en este trabajo investigativo por cuanto se toma como sinónimos la extinción y la subrogación que son dos cosas diferentes, esta falta de claridad en la norma afecta el derecho a la seguridad jurídica sobre una institución tan importante como el patrimonio familiar.

La subrogación como causal de extinción, es el reemplazo del bien constituido en patrimonio familiar, por otro de propiedad de los mismos constituyentes. Entonces deja de pertenecer al patrimonio familiar un bien, para entrar a formar parte de éste otro sobre el cual pesan las mismas limitaciones con la finalidad de asegurar la estabilidad económica de la familia. Este nuevo bien queda excluido de todo acto de comercio y de todo gravamen, es decir adquiere las mismas características jurídicas que el anterior.

Según la Ley Notarial, antes citada, para que el notario pueda extinguir el patrimonio familiar, se requiere la participación de dos testigos, que confirmen que es necesario declarar la extinción o la subrogación. Una vez obtenida esta declaración el notario debe elaborar el acta a través de la cual declarará extinguido o subrogado el patrimonio disponiendo la correspondiente inscripción en el Registro de la Propiedad.

El error en la norma está, en que como se vio al analizar las normas del Código Civil, la subrogación es una de las causales para extinguir el patrimonio, la única que es facultad del notario, por lo tanto, éste no tiene potestad para extinguir por las demás causales.

## **6.9. Seguridad Jurídica**

Luis Cueva Carrión (2013) señala sobre la seguridad jurídica lo siguiente:

“La seguridad jurídica es un bien valioso que el Estado debe fomentar y garantizar mediante la instauración de un marco legal claro y estable, con un alto grado de certidumbre del derecho; con instituciones jurídicas que permitan el desarrollo



pleno de la vida y de la personalidad; con jueces sabios y eficientes, con capacidad de independencia para administrar justicia en forma imparcial y justa”. (p. 541).

La seguridad jurídica está consagrada en el Art. 82 de la Constitución de la República que expresamente determina, que está basada en el respeto a las normas constitucionales, y en la existencia de preceptos jurídicos establecidos de forma previa, redactados con claridad, de conocimiento público, que sean aplicados por las autoridades a las que la ley les otorga competencia para ello.

Para que exista seguridad jurídica, las normas que integran el ordenamiento legal deben ser claras, esto quiere decir que la redacción de los preceptos no debe dar la posibilidad de que se genere duda alguna respecto de su significado y su sentido, no será clara la disposición cuyo texto genere incertidumbre, o permita que existan diversas formas de entenderlas, debido a la utilización de expresiones demasiado imprecisas (López, 2016, p. 45).

La seguridad jurídica es un derecho fundamental de las personas reconocido en la Constitución, y que les otorga la confianza de que existen normas establecidas de forma previa que son conocidas públicamente y que deben ser aplicadas por las autoridades para garantizar los derechos de todos los ciudadanos. Es un elemento esencial de la seguridad jurídica la claridad de las normas, por lo que no deben existir contradicciones u obscuridad en los preceptos legales.

## **7. METODOLOGÍA.**

### **7.1. Métodos.**

Para el desarrollo de la investigación propuesta, será necesario aplicar los métodos que se describen a continuación.

**Método Científico.** - Este método permitirá determinar a través de la observación directa de casos relacionados con la problemática investigada, la verdad jurídica acerca de la misma determinando sus aspectos generales y específicos, y desarrollando procesos razonados a través de los cuales será posible la comprobación de la hipótesis planteada.

**Método Inductivo.** - Como su nombre permite entenderlo es un método que parte desde lo particular para avanzar hasta lo general, por lo tanto, permitirá a través del conocimiento de los hechos particulares del problema, llegar hacia una generalización del mismo.

**Método Deductivo.** - Este método en cambio parte desde lo general a lo específico, es decir a partir de la existencia de un problema jurídico, establecido en base al análisis de las normas de códigos y leyes relacionados con la problemática, será posible elaborar nuevos conocimientos, así como arribar hacia el planteamiento de conclusiones acerca de lo investigado.

**Método Analítico.** - Es un método que permite dividir un todo en sus partes, es decir conocer los aspectos particulares que conforman el problema de estudio,

permitiendo determinar las causas, así como los efectos, y de esta forma entender el objeto de estudio, el problema abordado, así como plantear teorías para su solución.

**Método Exegético.** - Está basado en el análisis de las normas que conforman un ordenamiento jurídico, es decir en el análisis de los preceptos legales que tienen relación con el problema de estudio. Se basa en el análisis particular de la norma pretendiendo encontrar el significado de las mismas, y a través de ellas determinar un proceso que permita sugerir una forma de mejorar los preceptos que contienen.

**Método Hermenéutico.** - Este método permitirá la interpretación de los textos contenidos en la normativa constitucional y legal, con la finalidad de entender su significado y adoptar posiciones acerca del alcance de estas normas con la finalidad de poderlas aplicar al problema objeto de estudio.

**Método Mayéutico.** - Es un método a través del cual se plantean algunas interrogantes relacionadas con el problema de estudio, a través de presunciones relacionadas con la realidad investigada, y procurando encontrar respuestas para el problema jurídico planteado.

**Método comparativo.** - De especial importancia para el análisis de la legislación comparada, con la finalidad de establecer un acercamiento entre los preceptos legales contenidos en la normativa ecuatoriana con la de otros países, esto hará posible que en torno al problema investigado se analicen las normas de otros países para establecer posibles similitudes y diferencias.

**Método estadístico.** - Será utilizado con la finalidad de procesar los datos que se obtengan de la aplicación de la encuesta, y de esta forma cotejar los datos facticos con los elementos jurídicos y doctrinarios presentados en el sustento teórico del trabajo investigativo, a la vez que se logrará obtener datos para la verificación de objetivos y contrastación de hipótesis.

**Método sintético.** - Es un método que permitirá resumir todos los elementos teóricos, doctrinarios y jurídicos, así como los resultados obtenidos en la investigación de campo, para sintetizar opiniones sobre el problema investigado, así como establecer conclusiones al respecto.

## **7.2. Procedimientos y técnicas.**

**Técnicas de acopio teórico documental.** - Se trata de una técnica que permitirá recopilar toda la información teórica sobre el problema investigado que exista en libros, revistas, códigos, leyes, y más documentos, mediante el empleo de instrumentos como las fichas bibliográficas.

**Consulta bibliográfica.** - Se aplicará para arribar a la información contenida en libros de autores ecuatorianos y de otros países que han escrito sobre la problemática investigada, así como a artículos de revistas y páginas web, y también al análisis de los preceptos normativos relacionados con el problema de estudio.

**Técnicas de acopio empírico.** - Permitirán recopilar la información acerca del problema de estudio, consistente en los criterios de los profesionales investigados, se aplicarán principalmente la encuesta y la entrevista.

**Encuesta.** - Será utilizada a través de la elaboración de un cuestionario de preguntas, acerca del problema investigado. En este trabajo se aplicará un número de treinta encuestadas, cuyos datos serán tabulados para que sirvan como elemento para el contraste de la hipótesis y la verificación de los objetivos.

**Entrevista.** - Se aplicará mediante un diálogo entre la investigadora responsable del presente estudio y las personas entrevistadas, se aplicará en un número de diez, a Jueces de lo Civil y Notarios, que por su conocimiento especializado aportarán muy buenos criterios sobre el problema de estudio.

**Herramientas.** - Como herramientas en esta investigación se emplearán principalmente, una laptop para el registro y levantamiento de toda la información, impresora, cuaderno de apuntes, grabadora, proyector infocus para la disertación.

**Materiales.** - Los materiales empleados en este trabajo serán principalmente: libros, revistas, diccionarios, leyes, material de oficina.

### **7.3. Esquema provisional del Informe Final.**

El informe final del trabajo investigativo desarrollado se ajustará a los lineamientos contemplados en el Art. 151 del Reglamento del Régimen Académico, en actual vigencia y contendrá lo siguiente: Resumen en castellano y traducido al inglés, Introducción, Revisión de Literatura; Materiales y Métodos, Resultados, Discusión, Conclusiones, Recomendaciones, Bibliografía y Anexos. No obstante, lo que se ha indicado, un esquema provisional para el informe final de investigación sería el siguiente:

**Acopio teórico:**

- a) **Marco conceptual:** Derecho Notarial, Historia del Derecho Notarial, Notario, Patrimonio Familiar, Extinción del Patrimonio Familiar, Subrogación del Patrimonio Familiar, Seguridad Jurídica.
- b) **Marco jurídico:** Constitución de la República del Ecuador, Código Civil, Ley Notarial, Legislación Comparada.
- c) **Marco doctrinario:** Criterios obtenidos de autores ecuatorianos y de otros países acerca del problema de estudio.

#### **Acopio empírico.**

- a) Resultados de la encuesta.
- b) Resultados de la entrevista.
- c) Estudio de casos.

#### **Síntesis de la investigación.**

- a) Verificación de objetivos.
- b) Contrastación de hipótesis.
- c) Fundamentos de la propuesta jurídica.
- d) Conclusiones.
- e) Recomendaciones.
- f) Propuesta de una reforma legal en relación al problema de estudio.

## 8. CRONOGRAMA.

Actividades 2020-2021	Diciembre	Enero	Febrero	Marzo	Abril	Mayo
Elaboración del proyecto de investigación.	X					
Aprobación del Proyecto de Investigación.	X					
Revisión de Literatura.	X					
Elaboración del Marco Doctrinario, Jurídico.	X	XXX				
Resultados de Investigación.			X			
Tabulación de Datos, verificación de objetivos, contrastación de hipótesis.			XX			
Recomendaciones y conclusiones, propuesta de reforma.			X			
Entrega de los Borradores de la Tesis, revisión y corrección			X			
Elaboración informe final.				X		
Trámites de Aptitud Legal.					X	
Designación del Tribunal.					X	
Sesión Reservada.					X	
Sustanciación de Tesis.						X
Grado Oral por materias.						X

## 9. PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO.

### 9.1. Recursos Humanos.

**Director de tesis:** Dr. Rolando Macas Saritama. Mg.Sc.

**Entrevistados:** Diez profesionales del derecho con dominio sobre el problema de estudio (Jueces de lo Civil, Notarios).

**Encuestados:** Treinta personas seleccionadas por muestreo (abogados en libre ejercicio en Catamayo y en Loja).

**Ponente del Proyecto:** Karla Elizabeth Herrera Herrera

### 9.2. Recursos Materiales.

<b>Descripción</b>	<b>Valor (USD)</b>
Trámites Administrativos	\$120,00
Material de oficina	\$130,00
Bibliografía (libros, códigos, etc.)	\$180,00
Herramientas informáticas	\$120,00
Internet	\$120,00
Elaboración del proyecto	\$150,00
Reproducción de borrador	\$150,00
Reproducción y empastado de tesis	\$200,00
Transporte	\$150,00
Imprevistos	\$170,00
<b>TOTAL:</b>	<b>\$1.490,00</b>



### **9.3. Financiamiento.**

El presupuesto que se empleará en este trabajo como se observa en el cuadro anterior asciende a la cantidad de MIL CUATROCIENTOS NOVENTA DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, valor que será cubierto con recursos propios de la responsable del presente trabajo de investigación, sin descartar la posibilidad de recurrir a alguna fuente de financiamiento.

## **10. BIBLIOGRAFÍA.**

### **Obras jurídicas.**

- Andrade, Fernando (2011). Diccionario y Guía Índice de los Códigos Civil y Procedimiento Civil. Cuenca-Ecuador. Fondo de Cultura Ecuatoriana.
- Cabanellas, Guillermo (2001). Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Buenos Aires-Argentina. Heliasta S.R.L.
- Diccionario de la Real Academia Española. (2011). Madrid – España. Kapeluz S.A.
- Diccionario Jurídico España. (2010). Madrid – España. Espasa Calpe S.A.
- García, Laureano (2014). El derecho patrimonial y las relaciones entre particulares. Santiago – Chile. Libertad.
- Larrea, Juan (2008). Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador. Quito-Ecuador. Corporación de Estudios y Publicaciones.

- López, Santiago (2016). Los Derechos Fundamentales en la Constitución del Ecuador. Quito. Corporación Editora Nacional
- Martínez, Juan (2016). Introducción al Derecho Notarial. México D.F.: Editorial Nacional.
- Parraguez, Luis (1999). Manual de Derecho Civil Ecuatoriano. Universidad Técnica Particular de Loja, Loja-Ecuador.
- Planiol, Marcel, & Ripert, Georges (2004). Tratado de Derecho Civil. México D.F. Oxford.
- Reyes, Ignacio (2003). El Derecho de Bienes. Bogotá-Colombia. Temis.
- Rombola, Néstor & Reboiras, Lucio (2005). Diccionario Ruy Díaz de Ciencias Jurídicas y Sociales. Bogotá-Colombia. Printer Colombiana S.A.
- Sierz, Susana (2012). Derecho Notarial Concordado. Buenos Aires – Argentina. Di Lalla.

**Leyes:**

- CÓDIGO CIVIL, Suplemento del Registro Oficial Nro. 96, de 08 de julio del 2019 (2019). Quito-Ecuador. Ediciones Legales.
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Registro Oficial Nro. 449 de 20 de octubre del 2008 (2020). Quito-Ecuador. Ediciones legales.

- LEY NOTARIAL, Suplemento del Registro Oficial Nro. 517, de 26 de junio del 2019 (2019). Quito-Ecuador. Ediciones Legales.

### **Linkografía.**

- Reseña Histórica del origen del notario ecuatoriano. Recuperado 06 de noviembre del 2020 a partir de:  
<http://www.fen.com.ec/website/index.php/el-notariado/resena-historica>
- Ley 258 de 1996 de Colombia, por la cual se establece la afectación a vivienda familiar y se dictan otras disposiciones. Recuperado 06 de noviembre del 2020, a partir de:  
[https://www.minambiente.gov.co/images/normativa/leyes/1996/ley\\_0258\\_1996.pdf](https://www.minambiente.gov.co/images/normativa/leyes/1996/ley_0258_1996.pdf)

## ÍNDICE

PORTADA.....	I
CERTIFICACIÓN .....	II
AUTORÍAIII	
CARTA DE AUTORIZACIÓN.....	IV
DEDICATORIA .....	V
AGRADECIMIENTO .....	VI
ESQUEMA DE CONTENIDOS .....	VII
1. TÍTULO .....	1
2. RESUMEN.....	2
<u>2.1.</u> Abstract.....	4
3. INTRODUCCIÓN .....	6
4. REVISIÓN DE LITERATURA.....	11
<u>4.1.</u> Marco Conceptual.....	11
4.1.1. Derecho Notarial .....	11
4.1.2. El Notario .....	13
4.1.3. Derecho Patrimonial .....	16
4.1.4. La Familia .....	18
4.1.5. El patrimonio familiar .....	20
4.1.6. El derecho a la seguridad jurídica .....	23
4.1.7. El principio de Legalidad .....	26
4.1.8. La extinción del patrimonio familiar.....	30
4.1.9. La subrogación del patrimonio familiar .....	31
4.1.10. Incongruencia jurídica.....	34

4.2. Marco Doctrinario.....	36
4.2.1. Historia del Derecho Notarial Ecuatoriano .....	36
4.2.2. La unidad jurisdiccional.....	40
4.2.3. Antecedentes históricos del patrimonio familiar.....	46
4.2.4. Constitución del patrimonio familiar .....	52
4.2.4.1. Constituyentes .....	54
4.2.4.2. Beneficiarios .....	56
4.2.5. Diferenciación entre extinción y subrogación del patrimonio familiar.....	57
4.2.6. La extinción del patrimonio familiar en sede notarial.....	65
4.2.7. El derecho a la seguridad jurídica respecto de la extinción del patrimonio familiar .....	69
4.2.8. El principio de legalidad en la regulación de la extinción del patrimonio familiar .....	71
4.2.9. La contradicción jurídica respecto de la regulación de la extinción o subrogación del patrimonio familiar en la Ley Notarial .....	72
4.3. Marco Jurídico .....	75
4.3.1. Constitución de la República del Ecuador .....	75
4.3.2. Instrumentos Jurídicos Internacionales .....	83
4.3.2.1. La Declaración Universal de los Derechos Humanos .....	84
4.3.2.2. Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales .....	86
4.3.2.3. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre ...	87
4.3.3. Código Orgánico de la Función Judicial.....	88
4.3.4. Código Orgánico General de Procesos .....	98

4.3.5. Código Civil Ecuatoriano .....	102
4.3.6. Ley Notarial, atribuciones de los Notarios .....	119
4.4. Legislación Comparada .....	122
4.4.1. Ley que Autoriza la Constitución de Patrimonios de Familia no Embargables de la República de Colombia.....	122
4.4.2. Código Civil de los Estados Unidos Mexicanos.....	125
4.4.3. Código Civil de la República de Perú.....	130
4.4.4. Código de las Familias y del Proceso Familiar del Estado Plurinacional de Bolivia. ....	136
5. MATERIALES Y MÉTODOS .....	142
5.1. Materiales Utilizados. ....	142
5.2. Métodos .....	142
5.3. Técnicas .....	146
6. RESULTADOS.....	147
6.1. Resultados de las Encuestas .....	147
6.2. Resultados de las Entrevistas. ....	160
6.3. Estudio de Casos. ....	177
6.4. Análisis de Datos Estadísticos. ....	191
7. DISCUSIÓN .....	194
7.1. Verificación de Objetivos .....	194
7.2. Contrastación de la Hipótesis.....	198
7.3. Fundamentación Jurídica de la Propuesta de la Reforma Legal .....	201
8. CONCLUSIONES .....	207
9. RECOMENDACIONES .....	209
9.1. Proyecto de Reforma Legal.....	210

10. BIBLIOGRAFÍA.....	214
11. ANEXOS.....	220
11.1. Cuestionario de Encuestas y Entrevistas.....	220
11.2. Proyecto Aprobado .....	223