

**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS**

CARRERA DE DERECHO

TEMA:

**Análisis jurídico del procedimiento notarial de divorcio con
liquidación de la sociedad conyugal en el Ecuador**

AUTORA:

Rodríguez Álvarez, María Isabel

**Trabajo de titulación previo a la obtención del título de
Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del
Ecuador**

TUTOR:

Abg. Ávila Stagg, Luis Carlos

Guayaquil, Ecuador

22 de febrero del 2019



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO CERTIFICACIÓN**

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo de titulación, fue realizado en su totalidad por **Rodríguez Álvarez, María Isabel**, como requerimiento para la obtención del título de **Abogada de los tribunales y juzgados de la República del Ecuador**.

TUTOR

f. _____

ABG. ÁVILA STAGG, LUIS CARLOS

DIRECTORA DE LA CARRERA

f. _____

ABG. LYNCH FERNÁNDEZ, MARÍA ISABEL

22 de febrero del 2019



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS**

CARRERA DE DERECHO

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, **Rodríguez Álvarez, María Isabel**

DECLARO QUE:

El Trabajo de Titulación, **Análisis jurídico del procedimiento notarial de divorcio con liquidación de la sociedad conyugal en el Ecuador** previo a la obtención del título de **Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador**, ha sido desarrollado respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en el documento, cuyas fuentes se incorporan en las referencias o bibliografías. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance del Trabajo de Titulación referido.

LA AUTORA

f. _____

Rodríguez Álvarez, María Isabel

22 de febrero del 2019



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
Y POLÍTICAS**

CARRERA DE DERECHO

AUTORIZACIÓN

Yo, **Rodríguez Álvarez, María Isabel**

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil a la **publicación** en la biblioteca de la institución del Trabajo de Titulación, **Análisis jurídico del procedimiento notarial de divorcio con liquidación de la sociedad conyugal en el Ecuador**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

LA AUTORA:

f. _____

Rodríguez Álvarez, María Isabel

REPORTE URKUND EL AUTOR

The screenshot shows the URKUND interface. On the left, document details are listed: 'Documento' is 'TESIS - María Isabel Rodríguez.docx.docx (D48152385)', 'Presentado' is '2019-02-20 22:56 (-05:00)', 'Presentado por' is 'maritzareynosodewright@gmail.com', 'Recibido' is 'maritza.reynoso.ucsg@analysis.orkund.com', and 'Mensaje' is 'TESIS MARIA ISABEL RODRIGUEZ [Mostrar el mensaje completo](#)'. A yellow highlight indicates '1% de estas 12 páginas, se componen de texto presente en 2 fuentes.' On the right, the 'Lista de fuentes' tab is active, showing a table with columns 'Categoría' and 'Enlace/nombre de archivo'. The table lists two sources: 'PINEDA RAMON, YEHZTY PAULINA.docx' and 'TESIS KATHERINE PEREZ ZAMORA.docx'. Below the table are sections for 'Fuentes alternativas' and 'Fuentes no usadas'. At the bottom, a toolbar contains icons for navigation and actions like '0 Advertencias.', 'Reiniciar', 'Exportar', and 'Compartir'.

LA AUTORA:

f. _____

MARÍA ISABEL RODRÍGUEZ ÁVAREZ

EL TUTOR:

f. _____

LUIS CARLOS ÁVILA STAGG

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios, todo es posible confiando en Él.

A mi mamá que ha dedicado toda su vida a cuidarme y a mi papá que siempre ha estado apoyándome para cumplir ésta meta.

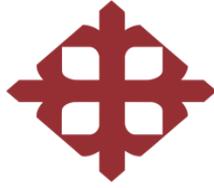
A mi hermano, que es mi ejemplo de entrega y dedicación.

A mi tutor, que estuvo siempre con la mejor disposición para ayudarme disipando dudas y compartiendo sus conocimientos.

Y a mis mejores amigos, juntos lo logramos.

DEDICATORIA

Para todos aquellos interesados en el tema, espero les sirva la información contenida.



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO

TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN

f. _____

Dr. José Miguel García Baquerizo

DECANO DE CARRERA

f. _____

Dra. Maritza Reinoso de Wright

COORDINADOR DEL ÁREA O DOCENTE DE LA CARRERA

f. _____

Dra. Nuria Pérez Puig

OPONENTE



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

Facultad: Jurisprudencia
Carrera: Derecho
Periodo: UTE B-2018
Fecha: 22 de febrero del 2019

ACTA DE INFORME PARCIAL

El abajo firmante, docente tutor del Trabajo de Titulación denominado **Análisis jurídico del procedimiento notarial de divorcio con liquidación de la sociedad conyugal en el Ecuador**, elaborado por la/el estudiante **Rodríguez Álvarez María Isabel**, certifica que durante el proceso de acompañamiento dicho estudiante ha obtenido la calificación de **10 (DIEZ)**, lo cual lo califica como **APTO PARA LA SUSTENTACIÓN**.

Abg. Ávila Stagg, Luis Carlos
Docente Tutor

Contenido

Resumen	xi
Summary	xii
Capítulo I.....	2
Antecedentes del divorcio y la liquidación de la sociedad conyugal en el Ecuador	2
Tipos de divorcio	6
Conclusiones parciales	9
CAPITULO II.....	10
Conceptos de divorcio, disolución de la sociedad conyugal, instrumento público, instrumento privado, acta notarial, escritura pública	10
El divorcio como facultad conferida en sede notarial	15
Conclusión.....	19
Recomendaciones	20
Bibliografía	21

Resumen

El tema del siguiente trabajo de titulación, el mismo que está dividido en dos capítulos con sus respectivas conclusiones, deviene de las figuras jurídicas del divorcio y la liquidación de la sociedad conyugal en sede notarial. Abordaremos sus antecedentes como facultades otorgadas a los notarios por medio de reformas a la Ley Notarial. Se analizarán los criterios doctrinales y los conceptos que explican y describen ambas instituciones jurídicas, sus elementos y tipos según las posean y sean vigentes en el país. La problemática que existe en cuanto a la nueva reforma notarial que indica que tanto el divorcio como la liquidación conyugal se pueden realizar en un solo acto, no quedando claro lo que en un solo acto se refiere. También profundizaremos respecto de cuál será entonces el instrumento que se deberá utilizar para inscribir ambos trámites, ya que hasta antes de la reforma notarial cada uno se realizaba en instrumentos jurídicos distintos.

Palabras clave: Divorcio, liquidación de sociedad conyugal, acta notarial, escritura pública, protocolización, un solo acto, instrumento público, instrumento privado, Ley Notarial, reforma.

Summary

The subject of the following titling work, which is divided into two chapters with their respective conclusions, comes from the legal figures of divorce and the winding up in notarial headquarters. We will approach your background as powers granted to notaries by means of reforms to the Notarial Law. The doctrinal criteria and the concepts that explain and describe both legal institutions, their elements and types as they exist and are valid in the country will be analyzed. The problem that exists in relation to the new notarial reform, which indicates that both, the divorce and the conjugal settlement can be carried out in a single act, not being clear what in a single act is concerned. We will also deepen on what will then be the instrument that should be used to register both procedures, since until before the notarial reform each one was carried out in different legal instruments.

Keywords: Divorce, winding up, notarial deed, public deed, protocolization, one act, public instrument, private instrument, Notarial Law, reform.

Capítulo I

Antecedentes del divorcio y la liquidación de la sociedad conyugal en el Ecuador

Las figuras jurídicas sobre las cuales versa la presente investigación, son el divorcio y la liquidación de la sociedad conyugal que nacieron como muchas otras instituciones del Derecho, porque la sociedad así lo precisaba y el legislador se vio en la obligación de darles cabida y seguridad jurídica mediante el surgimiento de distintos códigos en los cuales se encuentran reguladas.

Partiendo de la idea de que la sociedad conyugal no es una persona jurídica y que tampoco se identifica con el contrato de sociedad reglamentado en el título XXXVIII del Código Civil sino que es más bien sociedad de gananciales, una institución sui géneris, una ficción del legislador, creado con el objeto de que puedan regirse los intereses pecuniarios de los cónyuges entre sí y respecto de terceros, podríamos convenir con Josserand en que la sociedad conyugal presenta semejanza con los patrimonios de afectación. (Coronel, 1993, pág. 11).

Según el doctrinario Juan Larrea Holguín, mediante la siguiente cronología nos expone las situaciones de excepción del régimen de sociedad conyugal:

El régimen de sociedad de bienes sufre profundas modificaciones por razón de varias causas. En el primitivo Código fundamentalmente se modificaba el sistema por el “divorcio” (que era el “divorcio imperfecto”, o separación de cuerpos) y por la “simple separación de bienes”. La reforma de 1869 introdujo una nueva situación excepcional: la de la mujer “que ejerce públicamente una profesión o industria”. En 1911 se estableció la “exclusión de bienes”. En 1935 se suprimió el “divorcio imperfecto”. El año 1958 se introdujo la “separación conyugal judicialmente autorizada”, se cambió la “simple separación de bienes”, por la “separación parcial de bienes” y se reformó la institución de la exclusión de bienes”. (Holguín, 2008, pág. 213).

El divorcio, figura jurídica, que al principio fue conocida como la sencilla separación de cuerpos, exclusiva conceptualización que existía en ese entonces, en la cual la autoridad eclesiástica era la única facultada para dar por

sentado el divorcio según en el artículo 163 del Código de Enjuiciamientos de aquella época, año 1889. Fue después de aquella primera aparición que surgió la ley de Matrimonio Civil creada en el año 1902, que intentaba abarcar únicamente el divorcio, pero en sentido desvincular, sin embargo, se introdujo la concepción del *divorcio* vincular con la causal de adulterio en la que se dejaba expresado que el cónyuge culpable podría contraer matrimonio pasados 10 años desde el divorcio. Más tarde se le incluyeron dos causales más: de concubinato público y escandaloso del marido y la autoría o complicidad en crimen contra la vida del otro cónyuge, con lo que ya tendríamos 3 causales para solicitar un *divorcio* a partir del año 1904, y por otro lado, el avance del año 1910 en cuanto a la creación del *divorcio* por mutuo consentimiento, nos dio más allá de una forma de terminación del matrimonio la posibilidad de contraer nuevas nupcias no esperando 10 años como se lo hacían antes sino en el plazo de dos años. (Parraguez, 1977, pág. 256).

Cuantiosas e importantes reformas nos trajo del Decreto No. 112 publicado en el año 1935 mediante cual se procuró facilitar el *divorcio*. Encontramos que se abolió el *divorcio* desvincular (el cual consiste en la separación de cuerpos) y se optó por la creación del divorcio tácito que consistía básicamente en que éstos matrimonios se habían separado y ya tenían cada uno su actual pareja, no obstante, ese divorcio se suprimió por la Ley de 1940 en la que se añadió la causal de separación con ruptura de relaciones conyugales por el periodo de más de tres años. En el año 1958 se reintegró el divorcio desvincular mediante una nueva ley, pero dándole carácter de separación conyugal judicialmente autorizada. Y fue así como se dio origen el siguiente concepto clave del presente trabajo, el de la sociedad conyugal existente en el Ecuador que se encargó de valorar cómo el sistema comunitario de bienes por el que se compone un acervo social recoge los aportes iniciales de bienes muebles y de las ganancias que en consecuencia al matrimonio se conciben a título oneroso. (Parraguez, 1977, págs. 256-257).

Como otro punto dentro de los antecedentes, tenemos que el sistema procesal civil ecuatoriano por parte del legislador de aquella época fijó que para el divorcio se utilice la vía de juicio sumario mientras que para la disolución de la sociedad conyugal se lo realice por la vía de juicio sumarísimo.

Según el doctor Galo García Feraud, quién expone de forma breve y concisa lo que ambos juicios significan contenido en un documento que compartió como aporte doctrinario y académico en una revista jurídica de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

El juicio sumario, en cambio, restringe las posibilidades de actuación, pone límites en el ejercicio del derecho de defensa, limita los recursos, medios de defensa y contraataques, y prohíbe nuevas actuaciones probatorias en las instancias superiores, que sólo deben resolverse por los méritos de lo actuado en el primer grado. De manera consecuente, el juicio sumarísimo restringe aún más los límites del ejercicio del derecho de defensa, en lo que podría llamarse un juicio expeditivo que se recomienda para asuntos menores o en aquellos casos en los que sólo ejerce un derecho potestativo, en el cual el Juez prácticamente homologa la voluntad del accionante. (García, 1992, pág. 39).

La implementación de la facultad para conferir divorcios en sede notarial surge por medio de la reforma notarial de 2006, con número de registro oficial R.O. 406, 28-XI-2006, la cual nos indicaba que los notarios podrían desde entonces, encargarse del divorcio por mutuo consentimiento y terminación de la unión de hecho únicamente en los casos en que no existan hijos menores de edad o bajo su dependencia. El procedimiento, corto en realidad, consiste en que los comparecientes primero reconozcan sus respectivas firmas para que seguidamente se determine fecha y hora a que tenga lugar la audiencia, se fijará un plazo no mayor a diez días, por el que las partes deberán ratificar en audiencia y de viva voz su voluntad de divorciarse o dar por terminada la unión de hecho de ser el caso. Dicho trámite se elevará a un acta de diligencia en la que se dispondrá como disuelto el vínculo matrimonial o la terminación de la unión de hecho, dicha acta luego de realizada la debida protocolización, será entregada por medio de copias certificadas a las partes para que luego sean inscrita en el Registro Civil. (Ley Notarial, 2006).

Luego de conferirles esa potestad a los notarios, con el surgimiento del COGEP, por medio del artículo 334 de dicha ley se dispuso una competencia exclusiva para los juzgadores en cuanto a los procedimientos voluntarios: el divorcio por mutuo

consentimiento toda vez que tengan hijos dependientes. (Código Orgánico General de Procesos, 2015).

Es tanto así, que se establece en la ley por medio del artículo 340 del COGEP, que el divorcio por mutuo consentimiento será sustanciado ante el juzgador que tenga la competencia expresa y únicamente si hay de por medio hijos dependientes. Y así mismo dentro de la audiencia tendrán que ratificar la decisión de concluir o dar por terminado con el vínculo matrimonial o la unión de hecho y también de acordar sobre la situación de los hijos menores de dieciocho años, luego de lo cual quedará disuelto el vínculo matrimonial. De no haberse estipulado nada sobre los hijos menores de dieciocho años, se sustanciará es asunto el mismo juzgador, pero vía procedimiento sumario y luego de resuelto eso, quedará disuelto el vínculo matrimonial. (Código Orgánico General de Procesos, 2015).

La reforma a la Ley Notarial materia de éste trabajo de titulación vino después, en el año 2016. Dándoles la facultad a los notarios que, aunque ya tenían la competencia de celebrar divorcios por mutuo consentimiento en sede notarial, ahora lo podrían hacer en un solo acto junto con la liquidación de la sociedad conyugal. (Ley Notarial, 2006).

Es así que dentro del artículo 18, numeral 22 de la Ley Notarial en su último inciso nos indica que a petición de las partes y que sea de mutuo consentimiento, los notarios podrán en el mismo acto gestionar la liquidación de sociedad de bienes o de la sociedad conyugal y el divorcio. Se podría entonces concebir, que dicha atribución se habría otorgado con la finalidad de una vez reunidos los próximos ex – cónyuges den por finalizado y liquidado la sociedad conyugal de bienes para así no tener que reunirse de nuevo a resolver el tema. Una especie de economía y celeridad procesal que se quiso plantear con la implementación de ambas diligencias en un solo acto. (Ley Notarial, 2006).

Es esa, por lo pronto la última reforma y eslabón concerniente a los antecedentes de las dos instituciones, tanto divorcio como liquidación de la sociedad conyugal en el Ecuador.

Tipos de divorcio

La ley positiva suele regular al divorcio de dos formas: El primero, arrojado por la legislación canónica y la de algunos países, en las que se describe como una separación no vincular que respeta el vínculo indisoluble y prohíbe a los cónyuges de contraer nuevas nupcias con otra persona mientras el matrimonio no se disuelve por causa natural, es decir, la muerte. El segundo es un divorcio vincular, el cual nació en la Revolución Francesa con base en conceptos extremadamente individualistas y sentimentales.

Situando la figura jurídica del divorcio en el Ecuador, se divide el divorcio vincular en dos: por mutuo consentimiento o consensual y contencioso o por causales.

El divorcio por mutuo consentimiento como su nombre lo indica se trata de aquel en que ambos cónyuges tienen la voluntad sin vicio del consentimiento alguno de dar por terminado el vínculo matrimonial, es decir, divorciarse y por consiguiente están de acuerdo en tramitar el juicio de divorcio, tiene un trámite especial, muy particularizado, pormenorizado al detalle y taxativamente dentro de la legislación ecuatoriana dispuesto por el Código Civil.

Como lo indica el doctrinario Luis Parraguez, ciertamente detrás del consentimiento mutuo de los cónyuges se encuentran una o muchas causas motivantes del divorcio. mas dichas causas no desempeñan papel alguno en el procedimiento judicial. No se plantean, no se analizan ni se califican". (Parraguez, 1977, pág. 261).

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

Transcurridos los sesenta días cualquiera de los dos manifestantes, por sí o por medio de curadores especiales, pueden solicitar una audiencia en la que según el artículo 107 del Código Civil: Expresarán de consuno y de viva voz la resolución definitiva de dar (ellos) por disuelto el vínculo matrimonial. (Codigo civil ecuatoriano, 1861).

Queda debidamente establecido que en el texto de la norma legal se atribuye a

los cónyuges, y sólo a ellos, la facultad absoluta total y rotunda de resolver en forma definitiva el hecho de dar por disuelto el vínculo matrimonial. Si así lo expresaron a viva voz, ante el Juez, esta resolución queda como la definitiva.

El legislador pudo haber ido más allá, y expresar que en este caso ni siquiera se requiere de sentencia, porque siendo el matrimonio un contrato, al finiquitar tal contrato los propios cónyuges que fueron los que establecieron el vínculo obligacional, no requiere tomándolo en estricto sentido doctrinario, ningún tipo de sentencia.

En síntesis, el divorcio por mutuo consentimiento se caracteriza por ser una institución en la que no se necesita la calificación de por qué se está tomando dicha decisión.

Esta es y ha sido la concepción jurídica del contrato matrimonial al margen de toda sugerencia. Por eso, legislaciones de varios países europeos ha establecido el divorcio por neta notificación, el mismo que se perfecciona con la razón del fedatario público de que tal notificación se la hizo al otro contrayente.

Los requisitos para presentar el divorcio por mutuo consentimiento son los siguientes: Primero concebir la voluntad mutua de divorciarse, luego se interpone la demanda de divorcio per sé. Luego de aquello se estipula un acuerdo respecto a la manutención de los hijos menores de edad en caso de haberlos. Se adjuntará también los comprobantes del pago del impuesto predial de los bienes inmuebles adquiridos dentro del matrimonio en el caso de haberlos, también la matrícula de vehículos en caso de tenerlos, y otro tipo de justificativos que acrediten ser dueños de determinado bien a más de la copia íntegra de la inscripción de matrimonio y la partida de nacimiento y copia simple de los hijos junto con la designación del curador *ad-litem* y dos testigos. Ya transcurrido el plazo de dos meses, a petición de los cónyuges o de sus procuradores especiales, el Juez de lo civil le convocará a una audiencia de conciliación, en la que, de no manifestar propósito contrario expresaran de consuno y de viva voz su resolución definitiva de dar por disuelto el vínculo matrimonial. (Codigo Organico General de Procesos, 2015).

El divorcio por mutuo consentimiento o consensual es entonces, conforme la ley civil ecuatoriana lo plasma, tanto en doctrina como en el articulado vigente del

Código civil que por acuerdo de ambos más la decisión del juzgador o por sede notarial se da por terminado el matrimonio.

De ser por causales, las mismas están previstas en el artículo 110 del código civil ecuatoriano, el mismo que nos presenta una lista detallada que indica las siguientes: El adulterio de uno de los cónyuges, los tratos crueles o violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, el estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial, las amenazas graves de un cónyuge contra la vida del otro, la tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro. Los actos ejecutados por uno de los cónyuges con el fin de involucrar al otro o a los hijos en actividades ilícitas, la condena ejecutoriada a pena privativa de la libertad mayor a diez años, el que uno de los cónyuges sea ebrio consuetudinario o toxicómano, el abandono injustificado de cualquiera de los cónyuges por más de seis meses ininterrumpidos. (Codigo civil ecuatoriano, 1861).

Y es que en el juicio de divorcio cualquiera de los cónyuges puede solicitar la liquidación de la sociedad conyugal.

La liquidación de la sociedad conyugal se podrá convenir mediante escritura pública, una vez disuelta la sociedad conyugal o la sociedad de bienes que se haya formado. Luego de lo cual se inscribirá en el Registro de la Propiedad correspondiente cuando la liquidación comprenda bienes inmuebles, y en el Registro Mercantil cuando existieren bienes sujetos a este Registro según lo que se estableció en esa última reforma notarial.

Conclusiones parciales

- Los antecedentes antes expuestos nos permitieron dar un viaje desde los orígenes del divorcio y la liquidación de la sociedad conyugal. Figuras jurídicas nacido en códigos que luego fueron derogados hasta llegar a los códigos jurídicos que ahora están vigentes y estudiamos. Las reformas que han tenido son debido a la necesidad que el legislador vio en descongestionar los juzgados, dándole por el ejemplo, a los notarios la facultad de conceder divorcios por mutuo consentimiento sin hijos dependientes.
- Los tipos de divorcio, al principio colocando los que primero aparecieron a nivel mundial hasta luego situarnos en los que son propios del Ecuador, para así tener una visión objetiva y subjetiva del tema del trabajo de titulación.

CAPITULO II

Conceptos de divorcio, disolución de la sociedad conyugal, instrumento público, instrumento privado, acta notarial, escritura pública

En un principio, la institución del divorcio, tan antigua como la del matrimonio, no era aceptada en muchas culturas por razones religiosas, sociales y económicas. Sin embargo, en Ecuador existen tres formas de terminación del matrimonio: Por muerte; natural o presunta, por sentencia de nulidad o por divorcio. Nos enfocaremos en la última mencionada.

Es así que, por divorcio, según Juan Larrea Holguín, se entiende a la “separación de los cónyuges, la cesación temporal o definitiva de la vida en común”. (Holguín, 2008, pág. 78).

Según el código civil ecuatoriano en su artículo 106, el divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud para contraer nuevo matrimonio si ellos así lo quisieran. (Código civil ecuatoriano, 1861).

Asimismo, el autor que citamos anteriormente, manifiesta que en todos los casos en que termina el matrimonio, también se terminará la sociedad conyugal de manera automática. Toda vez que la sociedad conyugal haya terminado por haberse disuelto el vínculo matrimonial ya no puede reavivarse dicha sociedad conyugal a no ser que los ex - cónyuges decidan instituir una nueva sociedad conyugal al volverse a casar.

Por otro lado, otra fundamentación respecto del divorcio, nos indica que al ser regulado por el derecho positivo permite dos escenarios distintos: separación de los cónyuges empero se respeta la permanencia del vínculo por ende adoptada y apoyada por la legislación canónica. Es llamada por varios nombres, entre los que tenemos: divorcio semi-pleno, divorcio imperfecto, separación de cuerpos o conyugal, en algunos casos meramente “separación” y en latín como *“divortium quoad thorum et mensam”*. Cabe indicar que es aceptada esa acepción en varios países, en los cuales más allá de variar en la denominación que se utiliza, también cambia y es distinto el régimen en el que se desenvuelve la institución, no obstante, se coligen en el principio del respeto a la indisolubilidad del vínculo y por consiguiente se encuentra

prohibido que los cónyuges contraigan nuevas nupcias con otras personas mientras el matrimonio no se disuelva por causa natural, siendo esa la muerte.

Como siguiente concepto pertinente, tenemos la liquidación de la sociedad conyugal. De la cual trataremos como un todo, ya que es una institución que así lo estima.

Para liquidar los bienes que, por mutuo consentimiento se atribuyeron como acervo o patrimonio de la sociedad conyugal, se procede a la tasación e inventario de todos los bienes que habían concebido durante la unión de hecho o matrimonio. En, por lo tanto, una masa de bienes en las que constan tanto bienes muebles, inmuebles, saldos, precios o recompensas que hayan recibido desde el momento que surgió la sociedad conyugal.

Al momento de realizar la liquidación de la sociedad conyugal, lo que quede de realizadas las operaciones necesarias y que por ley se deban ejecutar el restante se dividirá entre los cónyuges. Si se da el caso, que uno de los cónyuges fallece, se dará por mitad entre los herederos de uno de los cónyuges y del otro. Es ahí que figura otra institución para poder darle solidez a los actos que por ley se convengan realizar luego de la muerte de uno de los cónyuges que sería el inventario y la partición. (Holguín, 2008, pág. 208).

Para dejar registrado un divorcio se utiliza el instrumento, también llamado documento público, del acta notarial.

De manera clara, el doctrinario Bernardo Pérez, nos expresa su postura respecto de los instrumentos públicos.

El término instrumento proviene del latín *instruere* que significa instruir, enseñar, dar constancia y se refiere a todo aquello que sirve para conocer o fijar un acontecimiento. Se denomina monumentos a los instrumentos expresados en imágenes, como estatuas, películas, fotografías e inclusive las cintas magnetofónicas. Cuando el instrumento consiste en signos escritos se llama documento. Así el género es el instrumento y la especie, el monumento y documento. (Beltrán, s.f.).

Sin embargo, hay que hacer ciertas precisiones de los dos tipos de instrumentos o documentos que existen. Desde ahora usaremos documentos para referirnos a ellos. Es así que tenemos documentos privados y públicos. Son privados cuando el instrumento público con contenido de derecho público declara la voluntad derivada de un funcionario público; por ello, es indubitada y posee plena eficacia.

El instrumento público es el autorizado con las solemnidades exigidas por la ley, por un funcionario competente tanto en razón de la materia como en razón del territorio, y firmado por todos los intervinientes, se otorga por las partes con la imprescindible intervención de un oficial público que lo autoriza, y de acuerdo con todas las solemnidades prescriptas por ley. Es emanado por autoridad pública, comprendida en alguno de los poderes estatales y, en consecuencia, tiene facultad para suscribir tales documentos según normas y reglamentos propios. Ejemplos: escribanos, presidentes de ambas Cámaras, encargados del Registro Civil, cónsules, secretarios de los jueces.

Podemos indicar entonces, que son aquellos que, revestidos de las formalidades legales, han sido autorizados o extendidos por un oficial público, dentro de los límites de sus atribuciones, estos instrumentos gozan de la presunción de autenticidad y hacen plena fe.

Lo que caracteriza a estos instrumentos y los distingue de los privados es la intervención de un oficial público o funcionario público en su otorgamiento. La fe que merece el oficial público que los autoriza y el cumplimiento de las formalidades a que están sometidos, confiere a estos instrumentos una seguridad y fundamento muy superiores a las que pueden ofrecer los privados.

Es por lo tanto que la fuerza probatoria consiste en el pleno efecto que produce el instrumento público, respecto de las partes y de los terceros, a consecuencia de las presunciones de autenticidad y veracidad que ellos engendran, intrínsecamente considerados.

Esta fuerza probatoria debe ser estudiada atendiendo, esencialmente, a dos aspectos distintos: en lo referente al instrumento en sí mismo y en lo referente a su contenido.

Y es que el principio general en esta materia es que el instrumento público estando en condiciones regulares, prueba tal carácter. Se da entonces la presunción

de que el instrumento público ha sido realmente otorgado ante el oficial público que aparece suscribiéndolo y que la firma y el sello de éste, en el caso de que los tenga, son auténticos; en otros términos, existe inefablemente la presunción de autenticidad del instrumento público.

La persona que presenta un Instrumento público de apariencia regular no tiene que demostrar su autenticidad ya que el documento, aún bajo la forma de copia, se presenta asistido de signos exteriores difíciles de imitar: sellos y marcas de diversas clases, unos impresos en tinta y otros impresos en relieve, firma y rúbrica de un funcionario público cuya escritura es conocida y puede ser controlada fácilmente.

El acta es el documento público por el cual el notario refleja hechos, que puede ver, oír, apreciar con sus sentidos. El notario da fe de determinados hechos. En materia de prueba, las actas notariales son importantes ya que si un ciudadano puede obtener la prueba de determinados hechos que ya no existen en el momento en el que es necesario probarlos y ya no existen porque han desaparecido. (Pelosi, 2012, pág. 261).

Existen diferentes tipos de actas. El acta de presencia que trata de hechos que el notario puede presenciar por sí mismo. El acta de manifestación que tiene por objeto las declaraciones o manifestaciones de una persona ante el notario. Podemos hablar también de las actas de notificación y requerimiento, en las que por medio de las primeras el notario comunica una determinada información a una persona y segundas en cambio aparte de comunicarle información también le requiere una determinada conducta. Las actas de notoriedad en las cuales el notario señala como notorio un hecho valiéndose desde luego de las pruebas que crea oportuno. Y, por último, las actas de protocolización que son las actas que el notario incorpora en su propio protocolo notarial, siendo así que ese documento que se ha de ser privado va adquirir fecha fehaciente.

Las actas, por consiguiente, tiene “por objeto la autenticación, comprobación y fijación de hechos, excluidos aquellos documentos cuyo contenido es propio de las escrituras públicas y los que tienen designación”. (Pelosi, 1965, pág.91).

Es así que el objeto del acta notarial es, por tanto, los hechos, a diferencia de otros documentos notariales, como las escrituras públicas y las pólizas, en las que se

recogen contratos e/ contenido la constatación de hechos o la percepción que de los mismos.

En otras palabras, un acta notarial es el instrumento público original en el que el Notario, a solicitud de parte interesada, se encarga de relacionar para hacer constar bajo su fe, uno o varios hechos presenciados por él o que le consten, y que asienta en los folios del protocolo a su cargo con la autorización de su firma y sello.

Las escrituras son también documentos públicos en los cuales se refleja manifestaciones de la voluntad o negocios jurídicos con carácter general.

El vigente Código Civil ecuatoriano solamente emplea lo pertinente a la prueba instrumental la misma que adquiere una especial significación en cuanto a los instrumentos públicos y en especial a la escritura pública.

La escritura pública es un documento en el cual se hace constar ante la presencia de un notario público, funcionario capacitado para otorgarle carácter público a los documentos privados, con debida autorización para tal o cual fin con su firma y presencia, ya sea un determinado acontecimiento o un derecho autorizado justamente por este funcionario.

Y es que “a los efectos de ésta ley, escritura pública es todo documento matriz que contiene un acto o negocio jurídico”.

Es decir, la escritura pública es un instrumento, una herramienta notarial, que contendrá una o varias declaraciones realizadas por las personas que intervienen en el acto o en el contrato en cuestión.

Mientras tanto, el notario complementará tal documento con información y requisitos legales, ya sean propios o específicos de cada acto, para que al final del acontecimiento sean invertidos en el protocolo del notario interviniente y en aquellos casos que corresponda, para que puedan ser inscriptos en los registros públicos pertinentes.

Existen cuantiosísimos acontecimientos, acuerdos y contratos que se celebran entre particulares que deben estar formalizados a partir de escrituras públicas, para que de este modo obtengan un valor probatorio el día de mañana. Entre los más

importantes que seguramente deben encontrarse enmarcados en una escritura pública son los actos o gravámenes de bienes inmuebles, la constitución de sociedades mercantiles y civiles y aquellos negocios en los que sea preciso convertir un documento privado en público, con todo el rigor de valor que esto le otorga.

Los documentos protocolizados, según el vocablo que figura en nuestra legislación, sería la inserción, transcripción, anexión o incorporación al protocolo tanto de testimonios como de copias autenticadas.

Según el punto de vista, el término “protocolar” cabe fundamentalmente como adjetivación para indicar los documentos extendidos en las hojas o sellos que dan ser al protocolo inicial, es decir, a los que tienen su grafía y nacen en ese objeto material y reúnen las demás condiciones necesarias para revestir calidad de documento notarial en las diferentes clases que admiten los originales producidos en el protocolo. (Pelosi, 1965, págs. 248-249).

El divorcio como facultad conferida en sede notarial

Los notarios para llevar a cabo el ejercicio de sus funciones, deben tener la disposición de cumplir con actividades como escuchar al solicitante, interpretar su voluntad, aconsejarlos, preparar y redactar el documento idóneo para así dar más allá de un servicio de funcionario público que da fe, también asesora y orienta.

Quizá la referencia más antigua que tienen de un funcionario parecido a lo que hoy conocemos como Notario, data de 2600 años antes de Cristo, en Egipto, con la figura del Escriba. (Beltrán, s.f.).

Y así fue como se fue moldeando la figura del notario a través de la historia hasta que al fin, ya en la actualidad solo los abogados pueden ser notarios según el COFJ en su artículo 296 en el que nos indica que 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 los notarios y notarias, 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, en el que una de las facultades que se les ha conferido es dar por celebrados los divorcios. (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009).

El divorcio, como el acto jurídico que se caracteriza por ser una relación jurídica compleja constituida mediante un acto especial y sui géneris fue como ya lo habíamos antes mencionado.

Como segundo punto, el patrimonio conyugal tiene su origen en el matrimonio, ya sea porque se hayan aportado bienes comunes al mismo por uno o ambos cónyuges, o porque simplemente se aporte la fuente más generalizada que suele ser el trabajo de los esposos. De manera que este patrimonio nace con el matrimonio mismo, pero no todo matrimonio supone un patrimonio común, como en el supuesto que se adoptara el régimen de separación absoluta de bienes, en el cual no existe comunidad alguna. En todo caso, conviene mencionar que, en la realidad, aún antes del matrimonio, los prometidos en contraer nupcias van adquiriendo determinados bienes que les servirán en su proyectado matrimonio. En el caso de que fueren bienes muebles de los que conformarán el menaje de casa, nada interesa que se hayan comprado con anterioridad, serán siempre exclusivos de la mujer por disposición expresa de la ley, pero si fueren bienes muebles o inmuebles excluidos del menaje del hogar, o sea aquellos no indispensables o de uso no común en el hogar, si se hubieren adquirido con anterioridad al casamiento, serán únicamente del cónyuge propietario, salvo que se adopte la comunidad absoluta de bienes.

Es ahí, que ingresa la reforma a la ley notarial, en cuanto al divorcio por mutuo consentimiento y terminación de la unión de hecho, únicamente en los casos en que no existan hijos menores de edad o bajo su dependencia es el único caso que hasta ahora se contempla con la finalidad de en el mismo acto realizar una liquidación de la sociedad conyugal.

Para el efecto las partes expresarán, bajo juramento, lo antes mencionado y su voluntad definitiva de disolver el vínculo matrimonial o la terminación de la unión de hecho según sea el caso.

Como dicta la ley, la o el notario mandará que los comparecientes reconozcan sus respectivas firmas y rúbricas y fijará fecha y hora para que tenga lugar la audiencia, dentro de un plazo no mayor a diez días, en el que las partes deberán ratificar de consuno y de viva voz su voluntad de divorciarse o dar por terminada la unión de hecho. Luego de aquello, levantará un acta de la diligencia en la que declarará disuelto el vínculo matrimonial o la terminación

de la unión de hecho de la que, debidamente protocolizada, se entregará copias certificadas a las partes para la inscripción en el Registro Civil y cumplirá con la notificación dispuesta en la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles. (Ley Notarial, 2006).

Es así que se tiene a disposición los sistemas de correo y firma electrónica que se podrán utilizarse para la notificación y queda os cónyuges o las personas en unión de hecho podrán comparecer directamente o a mediante procuradores especiales.

De no consumarse la audiencia en la fecha designada por la o el notario, los cónyuges o personas en unión de hecho podrán solicitar nueva fecha y hora para que tenga lugar la misma, debiendo cumplirse dentro del plazo de cinco días posteriores a la fecha en la cual debió celebrarse originalmente. De no darse la audiencia, la o el notario archivará la petición.

A petición de las partes y de mutuo consentimiento, la o el notario en el mismo acto procederá a la liquidación de sociedad de bienes o de la sociedad conyugal según las reglas de ese artículo.

En la relación contractual para la celebración del matrimonio el Juez no tiene competencia ni participación legal de ninguna naturaleza. Es así que los contrayentes, en uso de su facultad legal deciden resciliar su contrato, sería la misma persona, el mismo sujeto de derecho o la misma autoridad administrativa que solemnizó la relación contractual en estricto derecho será la única llamada a solemnizar tal revocación de la voluntad y dar fe de que así lo expresaron las partes interesadas.

Lo que nos indica la reforma es que a petición de las partes y de mutuo consentimiento, la o el Notario en el mismo acto procederá a la liquidación de sociedad de bienes o de la sociedad conyugal, y no especifica si se refiere a un mismo acto al momento de realizarlo, es decir en el mismo momento o si se refiere a el mismo instrumento público.

Tanto el acta notarial, como la escritura pública son instrumentos públicos como ya lo mencionamos en la parte de conceptos en el capítulo uno.

La duda cabe puesto que, de ser en el mismo momento, el divorcio por mutuo consentimiento saldría antes de la liquidación de la sociedad conyugal, debido a la publicación de los bienes por la prensa, trámite que se demora 20 días hábiles, se

llevaría casi un mes. Entonces no sería tan factible el hecho de solicitar ambas diligencias en el mismo acto porque en la práctica no se darían en el mismo acto.

De ser el caso de significar en un mismo acto, la utilización de un mismo instrumento público, se pondría en duda de nuevo de cual se utilizaría. El acta protocolizada contaría entonces como instrumento público.

Los protocolos se forman anualmente con las escrituras matrices y los documentos públicos o privados que el notario autoriza e incorpora por mandato de la Ley o por orden de autoridad competente o a petición de los interesados, pertenecen al Estado y los notarios los conservarán en su poder como archiveros de los mismos y bajo su responsabilidad, el acta notarial no conlleva en si cuantía, la escritura pública sí.

Escritura pública según la ley notarial es “el documento matriz que contiene los actos y contratos o negocios jurídicos que las personas otorgan ante notario y que éste autoriza e incorpora a su protocolo. Se otorgarán por escritura pública los actos y contratos o negocios jurídicos ordenados por la Ley o acordados por voluntad de los interesados”. (Ley Notarial, 2006).

No tendríamos claros entonces cual sería el instrumento a utilizar. Algunos notarios, por consiguiente, hasta este momento realizan ambos trámites el mismo día, pero no cierran los trámites hasta obtener la liquidación de la sociedad conyugal, sin embargo, dicho acto podría acarrear responsabilidades civiles puesto que tienen prohibido dejar los trámites sin cerrar.

Otros notarios, siguen haciendo por separados los tramites, ya que no hay en la ley un modelo a seguir respecto de dicha reforma notarial.

Conclusión

- Situando el problema jurídico que el presente trabajo de titulación manifestó, el cual es la antinomia, debido a que no se tiene por determinado a qué se refiere el legislador al momento de colocar en el texto normativo la frase “en un solo acto”, refiriéndonos a la facultad del notario en conceder el divorcio y la liquidación de la sociedad conyugal, se expresó que hay dos posibles teorías de aquello.
- Se podría interpretar dicha frase como referente al momento en el que se realizan las diligencias, es decir solicitar ambos trámites en el mismo instante o circunstancia, sin embargo no se ve tan factible esa teoría puesto que si lo que se quería era agilizar el proceso y concurrir en economía procesal y celeridad, no va a ser posible ya que el divorcio podría inscribirse al siguiente día sin embargo para el trámite de la liquidación de la sociedad conyugal, habría que esperar más tiempo, aproximadamente un mes.
- No sería posible en un mismo instrumento público plasmar ambos trámites jurídicos, ya que a pesar de que las dos diligencias se hacen en instrumentos públicos tiene características distintas y cumplen con requisitos y finalidades totalmente distintas.

Recomendaciones

- Por lo pronto, los notarios no tienen una guía base con la finalidad de realizar la gestión de conceder a los ciudadanos que así lo soliciten el divorcio por mutuo consentimiento y la liquidación de la sociedad conyugal en un solo acto. Lo más practicable por ellos es, en el caso de que alguien requiera ambos trámites, se los realice por separado.
- Se recomienda no realizar la diligencia el mismo día, efectuar el divorcio y la liquidación de bienes incorporarla luego de concluida su publicación en la prensa. Sin embargo, tener la escritura abierta sin darle el cierre en el momento respectivo podría acarrear responsabilidad civil para el notario que lo concedió.
- Lo más plausible, sería que se emita un reglamento o se realice una reforma en la ley indicando el procedimiento a seguir, porque si lo que se intentó hacer fue dar la facultad al notario para que así se agilicen los procesos de dicha índole, se ha creado una antinomia jurídica que ha dejado sin efecto lo que nació como un beneficio.

Bibliografía

Libros

Holguín, J. L. (2008). *Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador* (Vol. II). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Parraguez, L. (1977). *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano* (Vol. I). Quito: Ediciones Jurídicas Macias y Asociados.

Pelosi, C. (1965). *Estudios Jurídicos Notariales*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Pelosi, C. (2012). *El Documento Notarial*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Normativa legal ecuatoriana

Asamblea Nacional. (2006). *Ley Notarial*. Quito: Corporación de estudios y Publicaciones.

Asamblea Nacional. (2009). *Código Orgánico de la Función Judicial*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Asamblea Nacional. (12 de mayo de 2015). *Código Orgánico General de Procesos*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Congreso Nacional . (1 de enero de 1861). *Código civil ecuatoriano*. Quito.

Artículo de revista

Beltrán, M. (s.f.). *Biblioteca Virtual de la UNAM*. Recuperado el 17 de febrero de 2019, de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3833/3.pdf>

Coronel, C. (1993). Los actos dispositivos de bienes de la sociedad conyugal. *Revista Jurídica de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil*.

García, G. (1992). Cuestiones derivadas de los juicios de disolución de sociedad conyugal. *Revista Jurídica de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil*



DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **Rodríguez Álvarez, María Isabel**, con C.C: # 0930742127 autor/a del trabajo de titulación: **Análisis jurídico del procedimiento notarial de divorcio con liquidación de la sociedad conyugal en el Ecuador** previo a la obtención del título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de titulación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de titulación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, **7 de marzo de 2019**

f. _____

Rodríguez Álvarez, María Isabel

C.C: **0930742127**



REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA			
FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN			
TEMA Y SUBTEMA:	Análisis jurídico del procedimiento notarial de divorcio con liquidación de la sociedad conyugal en el Ecuador		
AUTOR(ES)	María Isabel Rodríguez Álvarez		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES)	Luis Carlos Ávila Stagg		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
FACULTAD:	Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Política		
CARRERA:	Derecho		
TITULO OBTENIDO:	Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	DE 7 de marzo de 2019	No. DE PÁGINAS:	DE 34
ÁREAS TEMÁTICAS:	Derecho notarial, Derecho civil, bienes y sociedades		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	Divorcio, liquidación de sociedad conyugal, acta notarial, escritura pública, protocolización, un solo acto, instrumento público,		
RESUMEN/ABSTRACT (150-250 palabras):			
<p>El tema del siguiente trabajo de titulación, el mismo que está dividido en dos capítulos con sus respectivas conclusiones, deviene de las figuras jurídicas del divorcio y la liquidación de la sociedad conyugal en sede notarial. Abordaremos sus antecedentes como facultades otorgadas a los notarios por medio de reformas a la Ley Notarial. Se analizarán los criterios doctrinales y los conceptos que explican y describen ambas instituciones jurídicas, sus elementos y tipos según las posean y sean vigentes en el país. La problemática que existe en cuanto a la nueva reforma notarial que indica que tanto el divorcio como la liquidación conyugal se pueden realizar en un solo acto, no quedando claro lo que en un solo acto se refiere. También profundizaremos respecto de cuál será entonces el instrumento que se deberá utilizar para inscribir ambos trámites, ya que hasta antes de la reforma notarial cada uno se realizaba en instrumentos jurídicos distintos.</p>			
ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO	
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: +593-984347978	E-mail: mrodriguezalvarez95@gmail.com	
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE):	Nombre: Reynoso Gaute de Wright, Maritza		
	Teléfono: +593-994602774		
	E-mail: maritzareynosodewright@gmail.com		
SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA			
Nº. DE REGISTRO (en base a datos):			
Nº. DE CLASIFICACIÓN:			
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):			