



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

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

TEMA:

**La afectación de determinados bienes al libre tráfico inmobiliario a
través del patrimonio familiar**

AUTOR:

Fernández Rosales, Norberto Lorenzo

**Trabajo de titulación previo a la obtención del grado de
ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA
DEL ECUADOR.**

TUTOR:

Dr. Vélez Coello José Miguel

Guayaquil, Ecuador

20 de febrero del 2022



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES

Y POLÍTICAS

CARRERA DE DERECHO

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo de titulación fue realizado en su totalidad por **Fernández Rosales, Norberto Lorenzo**, como requerimiento para la obtención del Título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador**.

TUTOR

f. _____

Dr. José Miguel Vélez Coello

DIRECTORA DE LA CARRERA

Dra. María Isabel Lynch de Nath, Mgs.

Guayaquil, 20 del mes de febrero del año 2022



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS

CARRERA DE DERECHO

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, **Fernández Rosales, Norberto Lorenzo**

DECLARO QUE:

El Trabajo de Titulación: La afectación de determinados bienes al libre tráfico inmobiliario a través del patrimonio familiar, previo a la obtención del Título de **ABOGADO 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.

Guayaquil, 20 del mes de febrero del año 2022

EL AUTOR

f. _____
Fernández Rosales, Norberto Lorenzo



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
Y POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO**

AUTORIZACIÓN

Yo, **Fernández Rosales, Norberto Lorenzo**

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil a la **publicación** en la biblioteca de la institución del Trabajo de Titulación: La afectación de determinados bienes al libre tráfico inmobiliario a través del patrimonio familiar, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 20 días del mes de febrero del año 2022

EL AUTOR:

f. _____

Fernández Rosales, Norberto Lorenzo

URKUND

Documento [TESIS PARA TITULO DE ABOGADO urknd.docx](#) (D127740482)

Presentado 2022-02-12 18:11 (-05:00)

Presentado por norbertofernandez1@hotmail.com

Recibido maritza.reynoso.ucsg@analysis.orkund.com

Mensaje Norberto Fernández [Mostrar el mensaje completo](#)

0% de estas 10 páginas, se componen de texto presente en 0 fuentes.

Lista de fuentes Bloques ➔ Abrir sesión

⊕ Categoría	Enlace/nombre de archivo	<input type="checkbox"/>
⊕ Fuentes alternativas		
⊕ Fuentes no usadas		

0 Advertencias. Reiniciar Compartir ?

DOCENTE TUTOR

ESTUDIANTE

f.- _____

Dr. José Miguel Vélez Coello

f.- _____

Norberto Lorenzo Fernández Rosales

AGRADECIMIENTO

A las personas que han hecho posible la culminación de la continuidad de las páginas de mi autoría no solo con sinceridad y lealtad absoluta a la amistad que nos une sino, también, aportándome con su crítica constructiva.

A mi primo y primer jefe, Simon Fernández García, por su ayuda desde el inicio de mi carrera, al brindarme mis primeros conocimientos prácticos y demostrarme la realidad del sistema, al alentarme por querer mejorarlo y, a cada día estar dispuesto a ayudarme en todo lo que estuviese a su alcance.

A mi primo y amigo, Andrés Fernández García, por su ayuda incondicional, desinteresada, invaluable y honesta hacia mis conocimientos teóricos y prácticos dentro de no solo el área del derecho, sino de la vida.

A mi jefe y amigo Franklin Quezada Castillo, por enseñarme el trabajo duro, en equipo y honesto dentro del área profesional; por demostrarme el apasionado mundo del derecho civil y por siempre estar dispuesto a ayudarme cuando lo necesite.

A mi jefa Magni Encalada Duffer, por su sinceridad para con la academia; por contribuir siempre y estar dispuesta a un cambio honesto acoplado a mis ideales profesionales. Por demostrarme que el trabajo honesto existe y con pequeños ejemplos cosechamos muchos frutos. Un pilar fundamental para la conclusión del presente trabajo investigativo por la que estaré eternamente agradecido.

Y, a mi tutor de tesis, el Doctor José Miguel Vélez Coello, quien, ha sido una ayuda importantísima en el desarrollo del presente trabajo con su crítica constructiva para cada vez, impulsarme a investigar y a cuestionarme mucho más. También, el gran impulso para la apasionante y honesta labor de la docencia universitaria.

DEDICATORIA

A mis tías Alba y Leyla Fernández Jaramillo y a mi hermana Rosa Fernández Rosales, quienes son a diario mis fuentes inagotables de inspiración y sabiduría; las damas que me apoyan y me ayudan en todo momento. Sin ellas, este trabajo no existiese.



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

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

CARRERA DE DERECHO

TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN

Ab. Ricky Jack Benavides Verdesoto
Oponente

Dr. Xavier Zavala Egas
Decano.

Abg. Maritza Reynoso de Wright, Mgs.
Coordinadora de UTE.



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

Facultad: Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas
Carrera: Derecho
Periodo: UTE B- 2021
Fecha: 20 de febrero del 2022

ACTA DE INFORME FINAL

El abajo firmante, docente tutor del Trabajo de Titulación denominado: **LA AFECTACION DE DETERMINADOS BIENES AL LIBRE TRAFICO INMOBILIARIO A TRAVES DEL PATRIMONIO FAMILIAR** elaborado por el estudiante **NORBERTO LORENZO FERNANDEZ ROSALES**, certifica que durante el proceso de acompañamiento dicho estudiante ha obtenido la calificación de **10/10 DIEZ SOBRE DIEZ**, lo cual lo califica como **APTO PARA LA SUSTENTACIÓN**.

DR. JOSÉ MIGUEL VÉLEZ COELLO

Índice

RESUMEN	XI
Abstract	XII
Introducción	2
Capítulo I	5
Nociones de Patrimonio Familiar	5
Procedimiento de Constitución de Patrimonio Familiar en Ecuador	6
El Quebranto a la Institucionalidad del Patrimonio Familiar	6
Capítulo II	9
El Libre Tráfico Inmobiliario	9
La Buena Fe Contractual	9
Las Consecuencias a la Institucionalidad del Patrimonio Familiar	10
El Problema en el Procedimiento	11
Conclusiones y Recomendaciones	15
Referencias	17

RESUMEN

Dentro del trabajo realizado se aborda la explicación, análisis y por sobre todo la crítica en cuanto al proceso por el cual se constituía de forma errónea aquella limitación al dominio llamada “patrimonio familiar”, específicamente, en los procesos contractuales entre las personas naturales y las jurídicas estatales dentro de la legislación ecuatoriana, y se ahondará en la afectación que acarreó, concretamente al libre tráfico inmobiliario y, consecuentemente, al principio de buena fe contractual. Adicionalmente, se brinda la explicación del proceso correcto de constitución y, se propone una solución a través del análisis de las normas aplicadas erróneamente para la correcta validez de las mismas y, para que exista una eficacia jurídica en cuanto al actuar de la autoridad encargada de la creación del mismo.

Palabras clave: Patrimonio, acto jurídico, propiedad, libre tráfico inmobiliario, buena fe.

Abstract

Within the work carried out, the explanation, analysis and, above all, criticism are addressed regarding the process by which that limitation to the domain called "family patrimony" was constituted in an erroneous way, specifically, in the contractual processes between natural persons and legal state laws within the Ecuadorian legislation, and will delve into the affectation that it caused, specifically to free real estate traffic and, consequently, to the principle of contractual good faith. Additionally, the explanation of the correct constitution process is provided and a solution is proposed through the analysis of the wrongly applied norms for their correct validity and, so that there is legal effectiveness in terms of the actions of the authority in charge of the creation of it.

Keywords: Patrimony, legal act, property, free real estate traffic, good faith.

Introducción

Dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano han existido distintas formas de constituir el llamado “Patrimonio Familiar”. En algunos casos, mal hicieron ciertas leyes expedidas en determinada época en presumir que se debía constituir “por ministerio de la ley”, en virtud de aquella circunstancia por la cual cierta persona acudía a una entidad encargada de otorgar préstamos hipotecarios para la obtención de una vivienda, así, al otorgar frente al notario la escritura pública de compraventa con constitución de hipoteca, a la vez, se realizaba una tercera parte consistente en la constitución voluntaria de patrimonio familiar, la cual quebrantaba la norma específica acerca de la forma de constituir con expresa autorización judicial consagrada en el Código Civil Ecuatoriano.

La afectación al procedimiento de constitución del patrimonio familiar fue evidente, ya que no contenía lo establecido taxativamente en el Código Civil como dirigirse al juez mediante solicitud en la que le demuestra la razón de la petición, el saneamiento del bien, es decir, que se encuentre libre de gravamen, la determinación del avalúo para su aprobación, las inspecciones periciales de no existir claridad en cuanto a su avalúo o cualquier formalidad que se mencione en la continuación del presente trabajo.

Las Asociaciones Mutualistas, el Banco de la Vivienda, el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, entre otras instituciones, siendo estas las más relevantes, fueron las pioneras en el quebrantamiento de la naturaleza de esta limitación de dominio cuyo procedimiento expreso se vio atentado en virtud de un proceso precoz.

Aquellas instituciones realizaron ciertos procedimientos de otorgamiento de escrituras públicas con la limitación de patrimonio familiar violentando a la buena fe contractual con la parte supuestamente beneficiaria en virtud de esta última ni siquiera conocer la forma correcta de constitución acerca del mencionado acto jurídico y, contrayendo consecuencias para el libre tráfico inmobiliario, imposibilitando los negocios jurídicos al momento de intentar realizar con prontitud cualquier transferencia de dominio.

Pero, en virtud de lo antes mencionado ¿las asociaciones mutualistas y demás entidades, violentaron el principio de buena fe contractual y contrajeron consecuencias terribles para el libre tráfico inmobiliario en el Ecuador?

Evidentemente al expedir normas por las cuales la independencia hacia las entidades se encuentre en riesgo es contraproducente para el desarrollo del derecho.

No se rescata lo mencionado en ciertos trabajos académicos comentando acerca de la celeridad que se debe brindar al proceso de constitución del objeto de la presente investigación académica, debido a que, debemos entender que la razón de ser del patrimonio familiar es la protección de la familia, por lo tanto, debe primar la seguridad y certeza jurídica al conocer la norma por la cual será realizada, así sea un poco tedioso el procedimiento, pero veraz.

Ahora, aproximadamente veinte años después, vemos las consecuencias del mal uso de aquella limitación de dominio consagrada por el derecho civil directamente al libre tráfico inmobiliario, y consecuentemente, como la historia nos demuestra, a la buena fe contractual por el hecho de no seguir el procedimiento que la norma establece y violarlo a través de una forma precoz para constituirlo.

Efectivamente no solo acarrea la afectación al libre tráfico inmobiliario, sino, como lo veremos más adelante, al beneficiarse únicamente la parte acreedora en los contratos antes mencionados con los efectos jurídicos del patrimonio familiar, conlleva el incumplimiento de ciertas cláusulas generales que implican un nivel de conducta en los que, en determinadas circunstancias que no han sido expresadas de forma clara en el acuerdo contractual, las partes, actuarán con honestidad en virtud de su relación de confianza iniciada por su contrato.

El patrimonio familiar sin duda es una herramienta que sirve para la protección de la familia, al respecto Flavio Galvan Rivera cita a Eduardo Zannoni en que “el patrimonio familiar es un conjunto de bienes especiales, pertenecientes al titular de ellos que se distingue del patrimonio común por su función aseguradora de la prosperidad económica de la familia y por las normas que la ley dicta en su protección” (El Patrimonio Familiar en el Vigente Derecho Mexicano, 2008). Sin embargo, uno de los aportes que se desea exponer a continuación nace del problema en que, al establecerse en la Ley Notarial que para el levantamiento o extinción del mismo debe adjuntarse una carta de no oposición suscrita por la entidad a la cual se contrató para adquirir el bien inmueble es un error jurídico. En parte conlleva una solución para desvirtuar aquella limitación que se constituyó “por ministerio de la ley”, y brindarle celeridad y estabilidad a la libertad de enajenación o también llamado libre tráfico inmobiliario en el Ecuador para no continuar con procesos burocráticos e inoperantes.

Revisaremos la afectación de constituir patrimonio familiar y obstaculizar la libertad inmobiliaria en nuestro país, en consecuencia, las críticas a lo mencionado, las explicaciones de la forma correcta de respetar la institución y una colaboración a una ágil enajenación de bienes inmuebles afectados con la limitación antes mencionada.

Capítulo I

El patrimonio familiar dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano es una institución muy joven introducida en la constitución política de mil novecientos veintinueve (1929) otorgándole en esta, su característica de ser inembargable.

Nociones de Patrimonio Familiar

El autor, doctrinario y profesor universitario ecuatoriano Juan Larrea Holguin cita a Emilio Romero Parducci en una obra realizada hace aproximadamente cuarenta años y menciona que “el patrimonio familiar concede a los miembros de la familia la facultad de disfrutar de dichos bienes, cuyo dominio retiene limitadamente el propietario” (Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador - Volumen V, 2008).

Hay que tener en cuenta que, aunque el patrimonio familiar, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, sea relativamente joven, la institución como tal se creó hace muchos años en busca de una protección económica para los hijos de familia, como lo manifiesta el Doctor Augusto Molina Viteri, “La familia es la institución pilar y eje de la sociedad, que provee de los medios económicos activos que respaldan la subsistencia de los miembros de la misma...” (Constitución del patrimonio familiar en sede notarial, 2021). Además, la misma es blindada de una serie de requisitos en los que existe una persona encargada para el fiel cumplimiento del objetivo por el que fue creado llamada juez. A manera de ejemplo mencionamos lo destacado por la Corte Suprema de Justicia, con respecto a beneficios económicos para la familia:

Los beneficios previstos en el Art. 47 de la Ley sobre el Banco Ecuatoriano de la Vivienda y las Asociaciones Mutualistas de Ahorro y Crédito para la Vivienda y en el Decreto Supremo No 731, de 8 de septiembre de 1976, publicado en el Registro Oficial No 175, de 20 de los indicados mes y año; a las Cooperativas en el Art. 3 del Decreto No 3688-a de 31 de julio de 1979, promulgado en el Registro Oficial No 892, de 9 de agosto de 1979.-Que, para gozar de la exoneración de impuestos es menester que los préstamos que otorguen las Cooperativas de Ahorro y Crédito a sus socios cumplan y se destinen a los fines de adquisición de viviendas u otros de carácter social positivo, agregándose en el fallo, por manera que si no se ajustan o se salen de este marco legal, no les asiste la dispensa o exoneración y están obligados a tributar. (Gaceta Judicial 4 de 18-oct.-1995, 1995)

Por su parte, el autor ecuatoriano Juan Larrea Holguin manifiesta que “...se trata de un ideal profundamente humano y cristiano: proteger a la familia, entre otras formas, mediante un sistema de propiedad en mano común, para beneficio de quienes integran el hogar doméstico y principalmente cuando entre ellos existen personas incapaces...” (Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador - Volumen V, 2008)

Y bien, el autor Juan Larrea Holguin nos menciona en el párrafo anterior el trasfondo del fundamento del patrimonio familiar, sin embargo, para conceptualizar podemos decir que es un derecho real que se establece en beneficio de la familia, teniendo esta última el uso y goce del bien, implicando una limitación al derecho de dominio por el instituyente o también llamado constituyente y otorgando garantías o características especiales como lo es la inembargabilidad sin perjuicio de terceros.

Procedimiento de Constitución de Patrimonio Familiar en Ecuador

En nuestro Código Civil se establece que debe constituirse con expresa autorización judicial. Básicamente se realiza una solicitud al juez justificando la razón de constituirlo e informando el avalúo adecuado dentro del rango que menciona la ley.

Entonces, de encontrarse el procedimiento taxativo en la norma, ¿por qué expedir una ley por la cual se parcialicen ciertos casos en los que, la cuantía, la autorización y entre otros requisitos, no se cumplen y, además, beneficia de determinada forma al estado? Quizás, al expedirse ciertas leyes no se prestó atención a la magnitud que llegase a surgir de realizar actos jurídicos inoperantes para la libre enajenación a futuro de los bienes inmuebles.

El Quebranto a la Institucionalidad del Patrimonio Familiar

Lo cierto es que aquellas instituciones mencionadas anteriormente trataron de salvaguardar los préstamos pecuniarios que otorgaban a sus afiliados no solo con un interés elevado sino, además, constituyendo hipoteca y quebrantando el orden jurídico al otorgar así mismo, el contrato de transferencia de dominio con patrimonio familiar.

¿Por qué el énfasis a la ley expedida para la constitución del patrimonio familiar? Porque debido a esta ley es que la institucionalidad se quebrantó, se otorgaron muchísimas escrituras de constitución de aquello sin respetar los parámetros, las razones y los lineamientos que establece el Código Civil para salvaguardar la finalidad sagrada de la institución.

La Ley del Banco de la Vivienda (Resolución No. 75-354, 1975) fue la que ocasionó la lesión al patrimonio familiar constituyéndolo siempre que los bienes inmuebles se adquirieran para “fines habitacionales” y para las viviendas que se amplíen, empiecen o terminen de construirse mediante préstamo hipotecario con estas instituciones.

Pero aquí surge una notable distinción, aquella ley a la que hacemos referencia sí solicita autorización judicial en caso de subrogar el bien constituido con patrimonio familiar. Un poco discutido que la ley únicamente beneficia a la institución acreedora de los préstamos hipotecarios en el Ecuador.

Adicionalmente, tenemos que mencionar que la ley descrita en párrafos anteriores fue impulsada conforme al decreto ejecutivo mil cuatrocientos ochenta y seis (1486) publicado en el registro oficial doscientos doce (212) del veintisiete (27) de diciembre de mil novecientos setenta y dos (1972) (Resgistro Oficial del Ecuador, 1972) en donde el General Guillermo Rodríguez Lara fue quien dio paso a que cualquier bien inmueble que fuese adquirido con préstamo otorgado por el Banco de la Vivienda, las Asociaciones Mutualistas de Ahorro y Crédito para la Vivienda o por Cooperativas de Vivienda que operen con el Banco, sea gravado con patrimonio familiar.

Indiscutiblemente en virtud de la normativa antes mencionada, nos lleva a deducir que el escaso conocimiento jurídico del legislador ecuatoriano ha sido el causante del atropello a la institución del patrimonio familiar, puesto que, como se manifestó anteriormente de forma breve, es una institución bien conocida por su carácter de finalidad social, sin embargo, lo que conllevó fue una mala interpretación debido a que, asumieron que al otorgar ciertas instituciones públicas préstamos hipotecarios, se constituía de pleno derecho (ipso jure), la mencionada limitación de dominio con el fundamento de que cada persona iba resguardar su vivienda para que su familia se encuentre jurídicamente protegida.

Esto no es así, el verdadero fin del patrimonio familiar es el de brindar una estabilidad económica, una seguridad jurídica y una protección para que el hijo de familia tenga un hogar en donde pudiese vivir. Indiscutiblemente existe una gran mayoría de autores, juristas y doctrinarios que comparten nuestra postura, sin embargo, bajo ciertos criterios, como excepción, tenemos el del legislador ecuatoriano.

¿Por qué existe una resolución que jerárquicamente es inferior a las normas sustantivas del Código Civil pero que prácticamente el legislador inoperantemente las asimila como iguales? Es una cuestión que proviene de decisiones políticas en virtud de no tener ninguna razón jurídica ni social de aplicarse.

Lo destacable es que el patrimonio familiar es sin duda una protección jurídica para los bienes inmuebles, pero eso no quiere decir que sea un impedimento para enajenarlo porque como bien se mencionó en la introducción, esta limitación no es permanente; una de las características principales del mismo es la temporalidad, esto, debido a que únicamente existe para cumplir con una encomienda: la protección de la familia, esto por su parte, al garantizar la finalidad social, está permitiendo la libre circulación de los bienes ¿por qué? Porque una vez que haya garantizado la madurez de los hijos, salvaguardado la educación y protegido la economía del hogar, se habrá extinguido teóricamente el mismo, y conllevará a concretar fácticamente lo mencionado: la extinción de aquella limitación para garantizar la libertad de enajenación tal como lo menciona la Corte Suprema de Justicia de la primera sala de lo civil y mercantil:

Wilson Andino Reinoso (El Patrimonio Familiar, Riobamba, s/a) señala: "Si el derecho se transforma constantemente, la institución del patrimonio familiar no puede permanecer estática, inerte, relegada en su concepto, tiene que renovarse y estar acorde a lo que la sociedad actual requiere, porque no puede ser un limitativo del dominio que impide la circulación de los bienes. Conforme lo estudiado, la doctrina y jurisprudencia ecuatoriana tienen manifestado que el patrimonio familiar no puede tornarse en dogal ni en el lastre pesado que se limite a garantizar e impedir la acción de terceros acreedores eventuales, porque su objetivo no ha sido el de inmovilizar el dominio de los bienes, sino que debe ser una institución de derecho social que mantenga la unidad familiar, la paz, la estabilidad económica, y permita la circulación de los bienes. (Corte Suprema de Justicia, 2001)

Capítulo II

El Libre Tráfico Inmobiliario

El libre tráfico inmobiliario sin duda es un derecho que nace del derecho de propiedad al otorgarle a su dueño la facultad de ejercer actos de disposición con respecto a cualquier bien inmueble del que ostente tal calidad. Acota el Doctor Luis Parraguez Ruiz que “aunque el artículo 599 no lo mencione explícitamente, está claro que, tratándose del propietario, la silenciada facultad de usar queda implícita en la facultad de gozar la cosa.” (Régimen Jurídico de los Bienes, 2018).

Se traduce en aquella facultad de poder enajenar libremente, cualquier bien inmueble del propietario con quien este desee. Es decir, la persona que ostenta su derecho de propiedad puede realizar cualquier acto, negocio o contrato de transferencia de dominio en virtud de la confianza que posea con la parte adquirente y así exteriorizar su voluntad de señor y dueño con respecto al bien, enajenándolo.

Si bien el libre tráfico inmobiliario se desglosa del derecho de propiedad, es bien sabido que el propietario se halla investido del poderío sobre una cosa de modo perpetuo, exclusivo y a voluntad del mismo. El autor Juan Larrea Holguin comenta “el dominio abarca el conjunto más amplio que el hombre pueda tener sobre las cosas, y su contenido es tan amplio que precisamente la desmembración de alguna o de algunas de esas facultades no hace desaparecer el dominio.” (Manual Elemental de Derecho Civil - Volumen IV, 19). Sin embargo, más adelante veremos que este derecho muchas veces se ve violentado frente a disposiciones que el legislador erróneamente comete en el ejercicio de las funciones que se le encomienda.

La Buena Fe Contractual

Por su parte, la buena fe contractual se traduce en aquellas cláusulas generales dentro de un contrato por las cuales se espera que los comparecientes del mismo, guarden un nivel de comportamiento estándar en virtud de la confianza que se generó en el acto y que en determinada circunstancia, de surgir una interrogante que no se haya expresado taxativamente en el mismo, ambas partes actúen de una forma leal y honorable a la causa por la cual los motivó para realizar el acuerdo de voluntades que subyace del contrato.

El autor Adrián Schopf Olea manifiesta lo siguiente con respecto a la buena fe contractual:

La buena fe puede ser concebida como un principio general del derecho privado, que remite a un conjunto de directivas que no han sido expresadas en el acuerdo contractual, relativas a la lealtad, honestidad y consideración recíproca que las partes contratantes pueden razonablemente esperar en su comportamiento mutuo, en atención a la especial relación que se ha formado entre ellas en virtud del contrato. (www.scielo.cl, 2018)

Indiscutiblemente este principio no solo se basa en precautelar los intereses individuales de cada parte contractual, sino que, además, supone un nivel de cooperación entre las partes para ir más allá del interés particular y considerar los intereses de la otra parte para que pueda cumplirse con la finalidad del contrato, siendo una ayuda mutua y evitando complicaciones en el proceso de ejecución del mismo.

Ahora, habiendo revisado tales conceptos importantes, nos conviene analizar de qué forma afectó la constitución de patrimonio familiar ipso jure (como lo denominan ciertos autores) a la propia institución.

Las Consecuencias a la Institucionalidad del Patrimonio Familiar

Hace más de veinte años existen las disposiciones antes mencionadas en las que se permite que el patrimonio familiar se constituya de una forma diferente a la que establece el Código Civil, es decir, sin autorización judicial y sin que este último sea el que verifique el cumplimiento de todos los requisitos de fondo y de forma para que el bien inmueble satisfaga el beneficio social para el que fue creado.

Cuando las entidades otorgaban el préstamo hipotecario con el supuesto fin de brindarle un hogar a una familia, realizaban el contrato de transferencia de dominio con constitución de hipoteca a favor de la misma entidad para asegurarse del fiel cumplimiento del acto, lo cual es jurídicamente correcto y socialmente aceptable para salvaguardar los intereses de los contratantes. Sin embargo, al otorgar aquel contrato, la entidad crediticia realizaba una tercera parte denominada “constitución voluntaria de patrimonio familiar” o en su defecto, agregaban una cláusula con aquel título (lo cual, en ambas formas, es jurídica e institucionalmente, incorrecto).

No existe impedimento alguno en que se constituya una hipoteca para un beneficio económico, ya que, si se lo realiza conforme a lo establecido en el Código Civil, evidentemente es porque satisface a los intereses de los contratantes. Por supuesto que, después de un tiempo determinado

en el que se cumple con la obligación se procede a solicitar que el acreedor hipotecario realice el levantamiento del gravamen y se habrá dado un uso correcto a la institución.

El Problema en el Procedimiento

El primer gran problema lo podemos notar veinte años más tarde. La persona que contrató con aquellas entidades hace varios años, en la actualidad ha cancelado el valor total de su obligación por lo tanto desea cancelar la hipoteca sin embargo, al acudir a la entidad crediticia, se encuentra con la noticia de no solo tener que gastar en el burocrático trámite para cancelar la hipoteca sino además, que el bien inmueble posee una limitación de dominio que se constituyó en el mismo acto de constitución de hipoteca y que, para poder enajenar o ejercer cualquier acto de disposición sobre su bien inmueble y realizar los negocios jurídicos que desee, hay otro procedimiento para levantar esa limitación que, no solo se encuentra viciada sino que, transgrede la buena fe con la que fue constituido el contrato principal y genera muchos más costos para el propietario del bien.

La afectación a la libre enajenación es evidente, con la admisión de resoluciones y leyes que son jerárquicamente inferiores al Código Civil, se posibilita que el patrimonio familiar pueda constituirse de forma simplificada, surtiendo los mismos efectos como si se lo constituyera de forma correcta. No obstante, al surtir los efectos plenos del patrimonio familiar, la persona se ve imposibilitada de enajenar su bien inmueble por un acto que realizó voluntariamente pero completamente viciado de error en cuanto a su contenido, ya que, si bien es cierto que existe el principio general que el derecho por el cual, se entiende conocido por todos los ciudadanos, aquellas especialidades e instituciones tales como una limitación de dominio, es evidente que no todos la van a conocer, sino aquellos profesionales que se dedican a estudiar y a desenvolverse en ese ámbito.

No solo acarrea problemas jurídicos sino sociales; el ciudadano que haya cancelado la deuda, brindado un buen uso a su hogar y tal vez satisfecho con el posible fin: ayuda para su familia, posee urgencias económicas y su medio de sustento es la libre enajenación de lo que es suyo. Al momento de querer usar ese único medio de sustento se ve totalmente imposibilitado y obligado a acudir a muchísimos trámites burocráticos para la extinción del mismo. ¿Por qué lo denominamos así? Porque es bien sabido el procedimiento que a continuación detallamos:

Una vez que se conoce que el bien tiene la limitación del patrimonio familiar se procede a otorgar una escritura pública de declaración juramentada en la cual se describe el bien inmueble y

se manifiesta que la causal que dio origen a la constitución de aquella limitación, se encuentra actualmente realizada y, por lo tanto, se le solicita a la entidad acreedora del préstamo hipotecario (y compareciente en la constitución del patrimonio familiar), que brinde su consentimiento para el levantamiento del mismo mediante una carta de no oposición.

Sería maravilloso que el procedimiento fuese así de sencillo como se lee, sin embargo, cada institución solicita, adicionalmente, muchísimos anexos burocráticos, tales como, cartas debidamente notariadas mediante reconocimientos de firmas, certificados de historia de dominio del bien inmueble, certificados de avalúo, comprobantes de impuestos prediales, entre otros documentos, muchos de estos innecesarios para la extinción de la limitación.

Cuando ya se hayan enviado los documentos solicitados con la declaración juramentada adjunta, se procede a esperar un tiempo mínimo de quince (15) días laborables para obtener aquella carta de no oposición mencionada anteriormente. No solo que se vuelve muy burocrática la situación, sino que, aquella carta de encuentra protegida por la Ley Notarial en la que textualmente cito lo pertinente:

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

...10.- Receptar la declaración juramentada del titular de dominio, con la intervención de dos testigos idóneos que acrediten la necesidad de extinguir o subrogar, de acuerdo a las causales y según el procedimiento previsto por la Ley, el patrimonio familiar constituido sobre sus bienes raíces, en base a lo cual el Notario elaborará el acta que lo declarará extinguido o subrogado y dispondrá su anotación al margen de la inscripción respectiva en el Registro de la Propiedad correspondiente; 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, 2018)

Aquí observamos claramente la inclinación del legislador ecuatoriano al convertir a la entidad crediticia en una máxima autoridad por la cual, sin la supervisión de esta no se podría realizar ningún acto que pudiese llegar a perjudicar a ciertas instituciones del estado.

En el momento en que el ciudadano decide enajenar su vivienda para ganar una utilidad (siendo esto, parte de las características del derecho de propiedad), se ve imposibilitado por la constitución de patrimonio familiar que la realizó de forma voluntaria hace muchos años. Es en ese preciso momento que nos conviene analizar el segundo gran problema jurídico: la violación al principio de buena fe contractual, como lo manifiesta Shoschana Zusman, “el estándar de conducta arreglada a los imperativos éticos exigibles”. (Zusman, 2005)

Como se mencionó antes, la buena fe contractual presupone cláusulas generales que se espera que las partes las cumplan en virtud de no haberlas especificado y de la confianza por la cual se generó el vínculo contractual. Al respecto Gustavo Ordoqui Castilla menciona “Buena fe contractual significa abstenerse de injerencias indebidas en la otra esfera de interés; asumir una cooperación en el interés ajeno de actuar con fidelidad al vínculo emergente del acuerdo”. (Buena Fe Contractual, 2012) Sin embargo, centrándonos en el caso en concreto, podemos analizar que, claramente las entidades crediticias violentaron este principio de la forma que detallamos a continuación.

Los ciudadanos afiliados al seguro social o a ciertas cooperativas poseen un comentario unánime, al momento de haber contratado aquel préstamo hipotecario nunca se les hizo conocer que se imponía voluntariamente una limitación de dominio llamada patrimonio familiar. La institución crediticia se encargaba de manifestarles que, a cambio del valor del prestamos ellos tenían que pagar una determinada tasa de interés e hipotecar el bien que compra a favor de ellos, además, se encargaban de realizar las minutas, de llevar a cabo el trámite, pero no de explicarles todo el contenido de la escritura. Sin duda que aquellas entidades no aplicaron los estándares dentro del contrato por el cual se debe llevar un comportamiento leal, honesto y que conlleve a la correcta ejecución del contrato.

Al momento en que las instituciones crediticias suprimían y ocultaban aquella información, se encontraban violentando a la buena fe contractual. El doctor Guillermo Cabanellas comenta sobre la buena fe contractual “presenta dos aspectos fundamentales: la buena fe-creencia, en cuanto conocimiento de no estar actuándose en detrimento de un interés legítimo, y la buena fe-lealtad, como intención de cumplir con los deberes jurídicos que resultan del contrato.” (Diccionario Jurídico Elemental, 2008). Consecuentemente no honraban a la obligación jurídica por la cual debían cumplir como manifiesta Antonio Córdova del Olmo “Es la unión jurídica querida entre

particulares con vista de una cooperación social cualquiera”. (El Patrimonio Familiar Inembargable , 1922)

Es notorio que se ha faltado completamente a este principio, se ha actuado únicamente en virtud del interés legítimo y consecuentemente, se han creado trámites burocráticos, que lo único que generan es el entorpecimiento, la lentitud y obstaculización del derecho frente a lo que es el servicio de la ciudadanía. Esto no debe ser así, debe actuarse conforme a la celeridad, a la simplificación de los trámites y a los principios generales del derecho. Al respecto Agustín Squella Narducci manifiesta que:

Una de las funciones del derecho es la guía u orientación del comportamiento humano, en tanto que uno de sus fines es la justicia, de manera que todo derecho debe tener cuando menos un buen rendimiento o resultado en cuanto al cumplimiento de esa función, aunque dicho rendimiento o resultado sea menor por lo que respecta a la realización del fin antes señalado. (Introducción al Derecho, 2007, pág. 512)

Conclusiones y Recomendaciones

Actualmente varias normas referentes al procedimiento “ipso jure” de la constitución del patrimonio familiar ya se han derogado (aquellas por las cuales se han traído como antecedentes históricos para la actual existencia del mencionado método), sin embargo, existe la admisión en la Ley del Seguro Social por la cual se permite la constitución del mismo tal como se detalla a continuación:

Art. 70.- Inembargabilidad, Patrimonio Familiar Y Prohibición De Enajenar Inmuebles Adquiridos Con Préstamos Hipotecarios Del Iess.- Las propiedades adquiridas por los afiliados con préstamos del Instituto serán inembargables, excepto para el pago de créditos al IESS, y constituirán patrimonio familiar. Tampoco podrán enajenarse ni gravarse con otras hipotecas o derechos reales, si no hubiere la autorización expresa del Director General o Provincial del Instituto. (Ley de Seguridad Social, 2011)

- Así, habiendo explicado las razones principales que, a nuestro parecer, se ha vulnerado completamente el libre tráfico inmobiliario y la buena fe contractual, manifestamos que, evidentemente, el patrimonio familiar es una herramienta jurídica que ha sido creado para la protección de la familia en virtud de poseer por el titular aquel derecho de dominio o propiedad, que se distingue de otros derechos reales por su razón de ser, según lo explican autores: “La propiedad tiene como razón de existencia la satisfacción de necesidades humanas de carácter económico. Reconócese como poder para que el individuo obtenga con el ejercicio de esta atribución los medios naturales que le permiten cubrir sus necesidades.” (Tratado de los Derechos Reales, 2009).
- Justamente porque la razón de la propiedad es la satisfacción de necesidades humanas es que aún más importante es la limitación a la misma de forma voluntaria y con una necesidad mucho más importante como lo es la prosperidad económica en beneficio de la misma familia. La profesora Matilde Cuenca Casas reafirma lo mencionado “en muchos ordenamientos ha latido la necesidad de diseñar mecanismos que salvaguarden determinados bienes pertenecientes a los miembros de la familia con objeto de atender las necesidades y protegerlos de los riesgos que implica la realización de una actividad económica” (RESEÑA LEGISLATIVA ESPAÑOLA Y COMPARADA, 2016).

Consecuentemente la afectación a la institución es abismal. Al derogarse por completo la constitución de patrimonio familiar ipso jure se estaría al completo respeto de lo establecido en el Código Civil. La recomendación no solo es eliminar la forma en que se constituye sino, lo accesorio al procedimiento, tal como la disparatada norma por la cual la institución crediticia, brinda una carta de no oposición para el levantamiento de la limitación de dominio, un poco ilógico ya que es una limitación voluntaria y el legislador inobserva que la cancelación de hipoteca la realiza la entidad acreedora.

Evidentemente al derogar aquellas normas, a nuestro parecer, estaríamos en una completa armonía institucional y no solo satisficéramos el principio del libre tráfico inmobiliario en el Ecuador, sino, dejaríamos de permitir la violación a principios generales contractuales como la buena fe y, a consecuencia de aquello, mantendríamos mejores relaciones al momento de celebrar contratos.

Referencias

- Alessandri R., A., Somarriva V., M., & Vodanovic H., A. (2009). *Tratado de los Derechos Reales*. Chile: Editorial Juridica de Chile.
- Bancos, G. C. (14 de mayo de 1975). Resolución No. 75-354. *Registro Oficial No. 802*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Casas, M. C. (2016). *Reseña Legislativa Española y Comparada*. 18.
- Castilla, G. O. (22 de febrero de 2012). Buena Fe Contractual. Colombia, Bogotá: Ibañez.
- Córdova del Olmo, A. (1922). *El Patrimonio Familiar Inembargable*. Valladolid: Zarandona.
- Corte Suprema de Justicia, P. S. (2001). *Recurso de Casación No. 286 -2000*. Quito.
- Ecuatoriano, C. C. (septiembre de 2008). Quito, Ecuador: Corporación de Estudio y Publicaciones.
- Holguin, J. L. (2008 de septiembre de 19). *Manual Elemental de Derecho Civil - Volumen IV*. San Francisco de Quito, Pichincha: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Holguin, J. L. (2008). *Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador - Volumen V*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Justicia, C. S. (18 de octubre de 1995). Gaceta Judicial 4 de 18-oct.-1995. *Sentencia*. Quito, Pichincha.
- Ley de Seguridad Social. (31 de marzo de 2011). Quito, Pichincha, Ecuador: Corporación de Estudio y Publicaciones.
- Narducci, A. S. (2007). *Introducción al Derecho*. Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Notarial, L. (septiembre de 12 de 2008). *Registro Oficial*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Olea, A. S. (18 de diciembre de 2018). *www.scielo.cl*. Obtenido de Revista chilena de derecho privado: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722018000200109

Resgistro Oficial del Ecuador. (27 de diciembre de 1972). *Decreto Ejecutivo No. 1486*. Quito, Pichincha, Ecuador: Corporación de Estudio y Publicaciones.

Rivera, F. G. (24 de septiembre de 2008). El Patrimonio Familiar en el Vigente Derecho Mexicano. *Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, 67.

Ruiz, L. P. (2018). Régimen Jurídico de los Bienes. San Francisco de Quito, Pichincha: Cevallos.

Torres, G. C. (2008). *Diccionario Jurídico Elemental*. Argentina: Heliasta.

Viteri, A. A. (octubre de 2021). Constitución del patrimonio familiar en sede notarial. Quito, Ecuador: EBOOKS del Ecuador.

Zusman, S. (2005). La Buena Fe Contractual. *Themis* 51, 257.

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **Fernández Rosales, Norberto Lorenzo**, con C.C: # 0705023117 autor del trabajo de titulación: La afectación de determinados bienes al libre tráfico inmobiliario a través del patrimonio familiar, previo a la obtención del título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador** 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, **20 de febrero del 2022**

f. _____

Nombre: **Fernández Rosales, Norberto Lorenzo**

C.C: # 0705023117

REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN

TÍTULO Y SUBTÍTULO:	La afectación de determinados bienes al libre tráfico inmobiliario a través del patrimonio familiar.		
AUTOR(ES)	Fernández Rosales, Norberto Lorenzo		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES)	Vélez Coello, José Miguel		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
FACULTAD:	Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas		
CARRERA:	Derecho		
TÍTULO OBTENIDO:	Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	20 de febrero del 2022	No. DE PÁGINAS:	17
ÁREAS TEMÁTICAS:	Derecho Civil, Derecho Contractual, Derecho Privado, Derecho Notarial, Derecho inmobiliario, Derecho Registral.		
PALABRAS CLAVES/KEYWORDS:	Patrimonio, Libre Tráfico inmobiliario, Buena Fe, Propiedad, Inembargabilidad		
RESUMEN/ABSTRACT:	<p>Dentro del trabajo realizado se aborda la explicación, análisis y por sobre todo la crítica en cuanto al proceso por el cual se constituía de forma errónea aquella limitación al dominio llamada “patrimonio familiar”, específicamente, en los procesos contractuales entre las personas naturales y las jurídicas estatales dentro de la legislación ecuatoriana, y se ahondará en la afectación que acarreo, concretamente al libre tráfico inmobiliario y, consecuentemente, al principio de buena fe contractual. Adicionalmente, se brinda la explicación del proceso correcto de constitución y, se propone una solución a través del análisis de las normas aplicadas erróneamente para la correcta validez de las mismas y, para que exista una eficacia jurídica en cuanto al actuar de la autoridad encargada de la creación del mismo.</p>		
ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO	
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: +593-995500450	E-mail: norbertofernandez1hotmail.com	
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE)::	Nombre: Reynoso Gaute, Maritza Ginette		
	Teléfono: +593-4-3804600		
	E-mail: maritza.reynoso@cu.ucsg.edu.ec		
SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA			
Nº. DE REGISTRO (en base a datos):			
Nº. DE CLASIFICACIÓN:			
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):			