

# UNIVERSIDAD TÉCNICA DE AMBATO



## FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

### MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

**Tema:**

---

EL DERECHO DE AUTONOMÍA DE VOLUNTAD Y EL PRINCIPIO DE FORMALIDAD EN LOS ACTOS QUE GENERAN CONSECUENCIAS JURÍDICAS A PARTIR DE LA SUCESIÓN INTESTADA

---

Trabajo de Titulación modalidad Proyecto de Investigación y Desarrollo Previo a la obtención del Grado Académico de Magíster en Derecho Constitucional

**Autora:** Abogada Especialista Ana Paulina Ortiz Ortiz.

**Director:** Abogado Guillermo Santiago Vayas Castro Magíster

Ambato-Ecuador

2020

**A la Unidad Académica de Titulación de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad Técnica de Ambato**

El Tribunal receptor del Trabajo de Titulación, presidido por el Doctor Jaime Tarquino Tipantasig Cando Magister, Miembros de Tribunal designados por la Unidad Académica de Titulación de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad Técnica de Ambato, para receptor el Trabajo de Titulación con el tema: “**EL DERECHO DE AUTONOMÍA DE VOLUNTAD Y EL PRINCIPIO DE FORMALIDAD EN LOS ACTOS QUE GENERAN CONSECUENCIAS JURÍDICAS A PARTIR DE LA SUCESIÓN INTESTADA**”, elaborado y presentado por la Abogada Especialista Ana Paulina Ortiz Ortiz., para optar por el Grado Académico de Magíster en Derecho Constitucional; una vez escuchada la defensa oral del Trabajo de Titulación el Tribunal aprueba y remite el trabajo para uso y custodia en las bibliotecas de la UTA.

-----  
Dr. Jaime Tarquino Tipantasig Cando, Mg.  
**Presidente y Miembro del Tribunal**

-----  
Dr. Edwin Wilfrido Cortes Naranjo, Mg.  
**Miembro del Tribunal**

-----  
Dr. Ángel Patricio Poaquiza Poaquiza, Mg.  
**Miembro del Tribunal**

## **AUTORÍA DEL TRABAJO DE TITULACION**

La responsabilidad de las opiniones, comentarios y críticas emitidas en el Trabajo de Titulación presentado con el tema: **EL DERECHO DE AUTONOMÍA DE VOLUNTAD Y EL PRINCIPIO DE FORMALIDAD EN LOS ACTOS QUE GENERAN CONSECUENCIAS JURÍDICAS A PARTIR DE LA SUCESIÓN INTESTADA**, le corresponde exclusivamente a la Abogado Especialista Ana Paulina Ortiz Ortiz Autora bajo la Dirección del Abogado Guillermo Santiago Vayas Castro Magister, Director del Trabajo de Titulación: y el patrimonio intelectual a la Universidad Técnica de Ambato.

---

Ab. Esp. Ana Paulina Ortiz Ortiz  
CI.:18029385-9  
**AUTORA**

---

Ab. Guillermo Santiago Vayas Castro, Mg.  
C.C.180226659-1  
**DIRECTOR**

## **DERECHOS DE AUTOR**

Autorizo a la Universidad Técnica de Ambato, para que el Trabajo de Titulación, sirva como un documento disponible para su lectura, consulta y procesos de investigación, según las normas de la Institución.

Cedo los Derechos de mi Trabajo de Titulación, con fines de difusión pública, además apruebo la reproducción de este, dentro de las regulaciones de la Universidad.

-----  
Ab. Esp. Ana Paulina Ortiz Ortiz

**CL.:1802938579**

**AUTORA**

## INDICE GENERAL DE CONTENIDOS

PORTADA.....	i
A la Unidad Académica de Titulación de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad Técnica de Ambato.....	
AUTORÍA DEL TRABAJO DE TITULACION.....	i
DERECHOS DE AUTOR.....	ii
AGRADECIMIENTO.....	vi
DEDICATORIA.....	vii
RESUMEN EJECUTIVO .....	viii
EXECUTIVE SUMMARY .....	x
1.1.- INTRODUCCIÓN. ....	1
1.2.- Justificación. ....	3
1.3.- Objetivo General:.....	5
1.4.- Objetivos Específicos:.....	5
CAPITULO II.....	6
2.1.- Estado del Arte.....	6
Fundamentación Conceptual. ....	6
2.1.5 El derecho de propiedad. ....	17
2.1.5.1 Importancia histórica.....	17

CAPITULO III .....	45
3.1 Metodología.....	45
3.1.1 Tipo de Investigación .....	45
3.1.2 Enfoque de la investigación .....	45
3.1.3 Modalidad básica de la investigación.....	46
3.1.4. Hipótesis.....	46
3.1.5 Población y muestra .....	47
3.1.6 Descripción de los instrumentos Utilizados .....	47
3.1.7 Descripción y Operacionalización de las Variables .....	47
3.1.7 Procedimiento para la recolección de información .....	50
3.1.8 Procedimiento para análisis e interpretación de resultados.....	50
CAPITULO IV .....	51
4.1.- Resultados. ....	51
4.2.- Análisis de los Resultados.....	51
4.3. Entrevistas realizadas a los expertos .....	52
CAPITULO V .....	58
5.1. Conclusiones .....	58
5.2 Recomendaciones .....	60
BIBLIOGRAFÍA.....	62

## INDICE DE TABLAS

Tabla 1. Operacionalización de Variable Independiente.....	55
Tabla 2. Operacionalización de Variables Dependientes.....	56
Tabla 3. Entrevista N° 1.....	59
Tabla 4. Entrevista N° 2.....	60
Tabla 5. Entrevista N° 3.....	61

## **AGRADECIMIENTO**

A la Universidad Técnica de Ambato por los conocimientos impartidos.

A la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales por el nivel educativo brindado.

Ana Paulina Ortiz Ortiz.



## **DEDICATORIA**

Dedico este trabajo a Dios por ser mi fuente de sabiduría y amor, a quien le debo todo lo que soy, a mis padres Olguita y Carlos por ser mis gestores y ejemplo de vida, a mis dos hijos Kevin y Ariadne por ser mi soporte y apoyo incondicional en mi realización personal y profesional.

Ana Paulina Ortiz Ortiz.

**UNIVERSIDAD TÉCNICA DE AMBATO**  
**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES**  
**MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

**TEMA:**

EL DERECHO DE AUTONOMÍA DE VOLUNTAD Y EL PRINCIPIO DE FORMALIDAD EN LOS ACTOS QUE GENERAN CONSECUENCIAS JURÍDICAS A PARTIR DE LA SUCESIÓN INTESTADA

**AUTOR:** Abogada Especialista Ana Paulina Ortiz Ortiz.

**DIRECTOR:** Abogado Guillermo Santiago Vayas Castro Magíster.

**FECHA:** 11 de agosto del 2020

**RESUMEN EJECUTIVO**

El derecho de autonomía de voluntad de las partes constituye para buena parte de la doctrina un concepto relativamente nuevo y a veces considerado de poco desarrollo doctrinario, ya que fue a partir de la revolución francesa y el desarrollo de nuevas relaciones que se empezó a crear una concepción diferente de relaciones civiles, basadas en la libertad de contratación. No obstante, dicha libertad ha sido limitada por la legislación en aras de garantizar la seguridad jurídica y se ha visto relegada por las formalidades normativas en algunas áreas del derecho. Así como se ha establecido el derecho de voluntad al momento de establecer una relación contractual, se han desarrollado desde hace muchísimo tiempo, un conjunto de formalidades como requisito para ejecutar determinados actos jurídicos, por lo que la misma legislación ha diseñado todo un sistema de protección para los contratantes, lo que en ocasiones, como en el caso de las sucesiones intestadas, pueden ser consideradas contrarias a la autonomía de la

voluntad. En el presente trabajo se analizará al acto de la sucesión intestada como acto característico de la formalidad notarial, su posible contravención con la autonomía de la voluntad, y en consecuencia, como elemento generador de limitaciones al derecho a la propiedad. En este sentido, se analizará si la institución de la sucesión y las formalidades impuestas por las exigencias notariales pudieran coartar el derecho de autonomía de la voluntad de las partes y de esta forma afectarse derechos.

**Palabras Claves:** Actuaciones jurisdiccionales, Autonomía de la voluntad de las partes, Derechos humanos fundamentales, Efectos de los actos jurídicos, Formalidades legales frente a principios constitucionales, Libertad de contratación, Modos de adquirir el dominio, Posesión efectiva notarial, Relaciones jurídicas, Sucesión por causa de muerte.

**UNIVERSIDAD TÉCNICA DE AMBATO**  
**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES**  
**MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

**THEME:**

THE RIGHT OF AUTONOMY OF WILL AND THE PRINCIPLE OF FORMALITY IN  
THE ACTS THAT GENERATE LEGAL CONSEQUENCES FROM THE INTESTATE  
SUCCESSION

**AUTHOR:** Abogada Especialista Ana Paulina Ortiz Ortiz

**DIRECTED BY:** Abogado Guillermo Santiago Vayas Castro Magister.

**DATE:** 11 de agosto del 2020

**EXECUTIVE SUMMARY**

The right to autonomy of will of the parties constitutes for a good part of the doctrine a relatively new concept and sometimes considered of little doctrinal development, since it was from the French revolution and the development of new relations that a different conception of civil relations began to be created, based on the freedom of contracting. However, this freedom has been limited by legislation in order to guarantee legal security and has been relegated by normative formalities in some areas of the law. Just as the right of will has been established at the time of establishing a contractual relationship, a set of formalities have been developed for a very long time as a requirement for executing certain legal acts, so the same legislation has designed a whole system of protection for the contracting parties, which sometimes, as in the case of intestate succession, may be considered contrary to the autonomy of will. In this paper we will analyze the act of

intestate succession as a characteristic act of notarial formality, its possible contravention of the autonomy of the will, and consequently, as an element generating limitations to the right to property. In this respect, an analysis will be made of whether the institution of succession and the formalities imposed by the notarial requirements could restrict the parties' right to autonomy of will and thus affect their rights.

**Keywords:** Jurisdictional actions, Autonomy of the will of the parties, Fundamental human rights, Effects of legal acts, Legal formalities against constitutional principles, Freedom of contract, Ways of acquiring the domain, Effective notarial possession, Legal relationships, Succession by death cause.

## **1.1.- INTRODUCCIÓN.**

El presente trabajo tiene por finalidad estudiar y analizar dos principios fundamentales del Derecho Civil contemporáneo. Por una parte, el derecho de autonomía de voluntad de las partes entendida ésta en sentido amplio como la posibilidad de actuar con la libertad que nos permite la Ley y sin más limitaciones que la que la misma Ley nos impone; y por otra parte, el principio de formalidad en la celebración de los actos sucesorales, entendido éste como aquellos preceptos que se deben respetar al momento de realizar determinados actos de carácter legal.

Estos dos principios, se relacionan entre sí de manera tan estrecha que la práctica legal, ha demostrado que en cada actuación de carácter contractual siempre están presentes estas características.

Ahora bien, el derecho de voluntad, traducido en el derecho a la libertad de contratación constituye un derecho fundamental, y es acogido por la gran mayoría de las constituciones del mundo como un derecho constitucional. Esto tiene su razón de ser en la necesidad de que las personas puedan escoger libremente como desarrollar sus actividades económicas. Sin este principio no sería posible el desarrollo económico y social de nuestras naciones tal como lo conocemos.

Asimismo, las sociedades han tenido que establecer un conjunto de reglas de carácter normativo que permita armonizar los derechos de libertad individual, con los intereses colectivos, por lo que las formalidades han cobrado un papel importante en el desarrollo de los actos jurídicos, y la relación de éste con el derecho de la voluntad y su incidencia en los efectos de la sucesión intestada es lo que se abordará en el presente trabajo.

La sucesión por causa de muerte, constituye uno de los modos en los que se puede adquirir el dominio de una cosa y eventualmente la propiedad según lo establece el artículo 603 del Código Civil Ecuatoriano, que establece: “Los modos de adquirir el dominio son la ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión por causa de muerte y la prescripción”.

Ahora bien, para el cumplimiento efectivo de esta forma de adquirir el dominio, es necesario el cumplimiento de ciertos requisitos y formalidades reguladas por el estado a través del servicio público notarial. Es así como el servicio de registros y notarías se erige como el conglomerado normativo que establece las formalidades para llevar a cabo ciertos actos jurídicos, entre ellos los relacionados con la sucesión intestada.

De esta forma, la institución formalista recogida en la normativa notarial, se convierte en el medio a través del cual, se debe ejercer el derecho para hacer efectiva los derechos derivados de la sucesión intestada, y es en este proceso donde el derecho de la voluntad juega un rol importante. La legislación imperante, sumada a las formalidades impuestas por la normativa notarial puede llegar a afectar seriamente el derecho a la voluntad, al limitar este poder como elemento primario para cualquier acto jurídico.

El presente trabajo, busca profundizar sobre el derecho de la autonomía y la relación con los formalismos impuestos por las instituciones notariales en el marco de las normas relacionada con la sucesión intestada, y las consecuencias jurídicas derivadas de dicha sucesión.

En tal sentido, se realizará la investigación que permita determinar si el derecho de autonomía y los formalismos pueden constituirse en un choque normativo al momento de celebrar los actos relacionados con la sucesión intestada, haciendo especial énfasis en la afectación al derecho de propiedad.

## **1.2.- Justificación.**

El presente estudio se considera importante, ya que permitirá profundizar sobre los actos relacionados con la sucesión intestada y su afectación a derechos como el derecho de propiedad, toda vez que los preceptos normativos y las exigencias formalistas de la legislación regulan ese tipo de actos jurídicos y limitan el derecho de voluntad.

Las afectaciones al derecho de la autonomía por parte del propio sistema normativo, no ha sido un tema que haya gozado de amplio estudio. La doctrina, al momento de analizar los posibles choques normativos que se pueden estar generando en la práctica jurídica, suelen buscar soluciones que no siempre van encaminadas a garantizar la justicia y la equidad, sino que pretende buscar argumentos para aplicar la norma que más favorezca a la persona de acuerdo a la conveniencia del momento. En el caso de la autonomía de la voluntad, siendo un derecho constitucional, plasmado en la libertad de contratación, constituye uno de los elementos fundamentales de cualquier acto jurídico, y su vulneración podría comportar un grave revés para el sistema normativo de protección de derechos, incluso en materia de derechos humanos fundamentales.

Asimismo la investigación resulta novedosa pues a través de ello y en la línea del principio de progresividad de derechos, se pretende establecer como la normativa constitucional se encuentra relegada frente a una realidad que conoce y ansia hacer efectivos los postulados del presupuesto de optimización de universalidad de derechos, entre los cuales consta el derecho a la propiedad, a la libertad de contratación, a la autonomía de la voluntad y la formalidad aplicables a la sucesión por causa de muerte.

Ahora bien, el tema propuesto es factible de investigar, ya que, desde la cotidianidad profesional se hace uso frecuente del ejercicio del derecho a la libertad de contratación y libre autonomía de la voluntad, se elaboran testamentos, se ejecutan donaciones, se adjudican bienes objeto de la sucesión, y hasta se producen ventas simuladas en el contexto



de una legislación civil y notarial formalista que no armoniza con los postulados constitucionales, determinándose de esta forma que, en esta rama el derecho se estarían coartando las garantías de los derechos consagrados en la Constitución.

Por consiguiente, la investigación es trascendental, ya que, a través de su desarrollo se podrán evidenciar hechos a partir de los cuales y con argumentos suficientes se establezcan los antecedentes necesarios para que el legislador desarrolle leyes que armonicen con los derechos reconocidos en la Constitución garantizando la plena vigencia de los mismos, puntualmente el derecho a la libertad de contratación y libre autonomía de la voluntad frente al formalismo de la legislación civil y notarial

En virtud de lo anterior, el presente trabajo no pretende descubrir ni poner de manifiesto las posibles contradicciones normativas que se pudieran generar al encontrarse el derecho de autonomía de voluntad con el principio formalista de los actos notariales, sino más bien, analizar, si tal contradicción pudiera afectar algún derecho cuando se sucede de forma intestada.

La metodología que se empleará para despejar la interrogante que nos hemos planteado permitirá conseguir las herramientas que permitan su análisis detallado y a profundidad, de manera que la investigación se convierta en un aporte para la comunidad académica y una herramienta de aprendizaje para el ámbito de la práctica jurídica.

Los resultados arrojados en la presente investigación, representarán una forma novedosa de abordar el problema del choque de derechos y principios; y podrá servir de punto de partida para la reconsideración de las relaciones jurídicas en el campo de las sucesiones y su regulación notarial.

La importancia de la investigación propuesta, también alcanzará los escenarios que se dan alrededor del derecho constitucional a la propiedad en todas sus formas y el derecho de acceso a la misma; consagrado en el Art. 66.26 de la Constitución de la República; trabajo a

través del cual, y de manera pragmática se evidenciará el desempeño Notarial formal, frente a la autonomía de la voluntad de los sujetos activos y pasivos en la sucesión por causa de muerte.

### **1.3.- Objetivo General:**

- Analizar el derecho de autonomía de la voluntad de las partes y su relación con los principios formalistas en las consecuencias jurídicas que se dan a partir de la sucesión por causa de muerte.

### **1.4.- Objetivos Específicos:**

- Conocer cuáles son los vínculos que se dan entre el derecho a la propiedad y el derecho a la libertad de contratación.
- Determinar la aplicación del principio de autonomía de la voluntad y de formalidad en los actos jurídicos de sucesión por causa de muerte.
- Identificar en qué escenario el derecho a la propiedad y de libertad de contratación no armoniza con el principio formalidad.

## **CAPITULO II**

### **2.1.- Estado del Arte**

#### **Fundamentación Conceptual.**

##### **2.1.2.- Nociones generales.**

La concepción lógica del derecho sucesorio nace de la obligación y las consecuencias jurídicas que esta produce, por lo que es necesario partir del concepto de obligación y sus fuentes, siendo que en un contexto general las obligaciones nacen ya de los hechos, ya de los actos, sean estos simples o jurídicos.

##### **2.1.2.1.- El hecho jurídico**

Los hechos jurídicos son hechos sociales con contenidos que implican un problema de justicia, que en el marco del derecho objetivo toman la denominación de hecho jurídico (Saavedra y Buenaventura, 1.942). Así, si nos preguntamos que es el Hecho Jurídico, tenemos que son aquellos sucesos alejados de la voluntad del ser humano, que crean relaciones de derecho como pueden ser el hecho del nacimiento o la muerte de una persona natural.

Los hechos jurídicos son situaciones de cualquier tipo que sean de interés para el derecho y que, a su vez, produzcan efectos jurídicos, esto es, que tengan consecuencias legales. Lo que determina que una situación cualquiera sea un hecho jurídico son los efectos que produzca, tales como la creación, la modificación o la extinción de derechos y obligaciones.

Los hechos jurídicos pueden ser de diferentes tipos: naturales o causales y humanos o voluntarios. En los hechos jurídicos naturales no hay intervención de la voluntad humana. Ejemplo de esto pueden ser un terremoto o una inundación que pueden generar hechos jurídicos como lo es el pago de indemnizaciones a los afectados, aquí se produce el efecto legal independiente de que la persona lo quiera o no.

Los hechos humanos pueden ser involuntarios, que son aquellos que se producen sin que medie la voluntad de la persona. Por ejemplo, la llegada a la mayoría de edad es un acontecimiento que está determinado por el ordenamiento legal de los estados y que puede variar de un sitio a otro, sin que tampoco intervenga la voluntad del sujeto.

En este sentido, Rojina, (1975), lo define como “aquel acontecimiento natural o del hombre generador de consecuencias de derecho, no obstante que cuando proviene de un ser humano, no existe la intención de crear esas consecuencias”. (p.325).

Un ejemplo clásico de hecho jurídico voluntario puede ser la realización de un contrato de compraventa, en el que se adquiere el derecho de exigir la cosa comprada por parte del comprador y en el que el vendedor exige el dinero producto de la venta. En este tipo de hechos la obligación termina cuando se produce el pago, poniéndose fin a la obligación legal.

Los hechos jurídicos son el punto de partida para la creación de las normas jurídicas, las que tendrán como función primordial la regulación de las consecuencias que puede tener el hecho jurídico en el ámbito del Derecho.

### **2.1.2.2.- Actos jurídicos**

Implican una manifestación de voluntad. Si esa manifestación se produce dentro de las exigencias de la ley y sus efectos se hallan tutelados por el derecho, el hecho toma la denominación de lícito y se le conoce como acto jurídico. La doctrina, señala la existencia

de los actos jurídicos propiamente dichos y que se refieren a la declaración de la voluntad del hombre, actos de voluntad que se traducen en actuaciones como los contratos, entre los cuales se encuentra el testamento.

Los actos jurídicos son acontecimientos sociales que producen efectos jurídicos. En todo acto jurídico interviene la voluntad humana y es lo que determina el efecto jurídico, ejemplo de esto pueden ser los matrimonios o los contratos. Pueden clasificarse en individuales o colectivos, positivos o negativos.

Los hechos jurídicos son acontecimientos que producen efectos jurídicos, donde está presente solamente la fenomenicidad, como puede ser el caso del nacimiento o la muerte.

La diferencia entre acto jurídico y hecho jurídico radica en que en el primero está claramente presente la voluntad de los agentes involucrados, mientras que en el segundo lo relevante es la fenomenicidad y la voluntariedad del acto. (Enciclopedia Jurídica Online)

Tanto el hecho como el acto jurídico son acciones realizadas por el individuo, pero en los primeros está presente la ausencia de voluntad, son inevitables, y no hay control por parte de los sujetos, tal es el caso de la muerte o el nacimiento donde no interviene para nada la voluntad del sujeto. En los actos jurídicos siempre está presente la voluntad, es una decisión personal, como puede ser el caso de una compraventa.

### **2.1.2.3.- Diferencias doctrinarias respecto al hecho y el acto y el negocio jurídico.**

Otro sector de la doctrina considera que, en los actos jurídicos no existe espacio para que el autor produzca efecto jurídico, es un mero acto de voluntad en el que, por sí mismo, no puede haber efecto jurídico. Los hechos jurídicos, tienen un respaldo normativo y producen efectos jurídicos, entonces, actos y hechos tienen una relación de género-especie, donde los hechos jurídicos, forman parte de los actos. (Morales, 2009).

### **2.1.3.- Obligaciones**

La obligación como relación entre personas está presente desde los primeros tiempos de la humanidad. Se ha considerado como un vínculo privado, personal, subjetivo e intransferible. Pueblos como la antigua India, Persia o Grecia consideraban la existencia de un poder de los deudores hacia los acreedores.

La teoría de las obligaciones es una parte del Derecho Civil. Se corresponde con el estudio de las relaciones jurídicas que sirven de soporte para la regularización el intercambio de bienes y servicios entre personas, en términos generales se conoce como Derecho de Obligaciones.

Toda obligación implica la existencia de sujetos entre los que se establece una relación en la cual está presente la posibilidad de que una persona o institución pueda reclamar a un obligado el cumplimiento de una conducta. Por lo tanto, toda idea de obligación presupone la existencia de individuos con posiciones contrapuestas.

La existencia de las obligaciones puede ser extensiva a cualquier relación social y puede ser en términos morales, religiosos, cívicos político-constitucionales o, estrictamente, de derecho privado. (Pons, 2017). Ejemplo de esto lo podemos encontrar en cualquier norma socialmente aceptada, como puede ser el caso de una persona que en una unidad de transporte público cede su puesto a una persona enferma. Aquí el mandato socialmente aceptado puede entenderse como una obligación ya que hay un sujeto que materializa la conducta esperada (obligado) y hay un beneficiario por el cumplimiento de esa conducta. En la relación jurídica existe algo análogo: hay una norma jurídica que impone a alguien una obligación y hay un sujeto facultado para reclamar o exigir el cumplimiento de esa norma.

Es por esto que resulta más comprensivo el uso de relación obligatoria en lugar de obligación, tal como señala Pons:

Ésta (la obligación) ofrece una visión parcial y unilateral de la ligazón o del vínculo existente entre dos personas que ocupan posiciones contrapuestas; mientras que, por el contrario, la idea de relación obligatoria está por principio referida, conjuntamente, a la doble posición de las personas vinculadas por dicha relación. (Pons. 2017.p.3)

### **2.1.3.1 Fuentes formales de la obligación.**

El Código Civil Ecuatoriano en el Art. 1453, al referirse a las obligaciones manifiesta que:

“Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.

### **2.1.3.2 Contrato**

El Art. 1454 del Código Civil Ecuatoriano, se refiere al contrato o convención como un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas. El diccionario jurídico Cabanellas define al contrato como aquel “convenio obligatorio entre dos o más partes, relativo a un servicio, materia, proceder o cosa”. Dos definiciones simples, pero calaras, la primera, tomada de nuestro derecho positivo, y la segunda de la doctrina. Las dos definiciones permiten entender que del contrato surgen obligaciones para una o para las dos partes.

### **2.1.3.3 El cuasicontrato**

Existen ciertas circunstancias que originan el nacimiento de obligaciones, sin que haya el concurso de voluntades de las partes. Cuando estos hechos son lícitos, se denominan cuasicontratos. El cuasicontrato consiste entonces, en un acto lícito y voluntario que produce, aún sin mediar disposición expresa, obligaciones a veces recíprocas entre las partes. Si examinamos los principales cuasicontratos que contiene nuestra legislación, será más fácil entender tal situación. Así, se pueden ver de la siguiente manera:

- **Agencia oficiosa o gestión de negocios ajenos.-** Consiste en un cuasicontrato por el cual una persona administra, por si misma o por mandato expreso, los negocios de otra, y como consecuencia de ello, se obliga para con esta, y la obliga con terceros, en ciertos casos y bajo las condiciones determinadas en la misma Ley.

Es decir que entre el agente oficioso y el dueño del negocio o de los bienes que fueron administrados por aquel, nacen obligaciones como consecuencia de esta gestión oficiosa, las mismas que son reguladas por el Código Civil Ecuatoriano.

- **El Pago de lo no debido.-** El pago por error de algo que no debía, tiene derecho para repetir lo pagado, es decir, puede exigir al verdadero deudor que le reembolse el dinero o las cosas que entregó como pago. Se ha producido el nacimiento de obligaciones sin que haya existido convención expresa. Hay que recordar que rige para estos casos el principio de que nadie puede enriquecerse injustamente, y por ello se consagra el derecho del que pago por error para exigir la devolución.
- **Cuasi contrato de comunidad.-** Este cuasicontrato se produce por ejemplo, cuando dos o más personas se convierten en dueños de uno o más bienes, sin que haya mediado pacto expreso o contrato de sociedad. Surgen entonces obligaciones recíprocas entre los comuneros, que ninguno de ellos tenía previsto contraerlas, sucede en la sucesión por causa de muerte.

#### **2.1.3.4 Los delitos y los cuasidelitos**



Para la doctrina penal el delito “es la infracción de la Ley del estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, y que resulta de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y socialmente dañoso”. (Carrara SF, p.42)

El cuasidelito en cambio proviene de una acción u omisión con que se causa un daño o perjuicio a otro por propio descuido, imprudencia o impericia sin deseo ni intención de producir un mal en la persona, en los bienes o derechos ajenos.

En el artículo 2184 del Código Civil Ecuatoriano se establecen estas dos definiciones. Si algún hecho en cuestión se comete con la intención de dañar estamos en presencia de un delito. Si hay una culpabilidad, pero no hubo intención de hacer daño entonces es un cuasidelito. Para que jurídicamente se considere una fuente de obligación debe haber un daño causado. En el delito hay dolo, esto es, la intención deliberada de causar daño.

#### **2.1.4 El Derecho sucesorio.**

##### **2.1.4.1 Nociones generales**

La muerte ha sido desde siempre la barrera que ha puesto fin a las relaciones establecidas entre los sujetos de derecho. Ante este hecho de la muerte se abre la necesidad de decidir cuál va a ser el destino de las relaciones jurídicas que existían antes de la muerte, sobre todo porque al morir, la persona puede dejar un conjunto de bienes, derechos y obligaciones, que deben tener algún destinatario.

En ocasiones, tanto las relaciones previas y los derechos adquiridos se extinguirán, tal es el caso de los derechos de la personalidad, los que son intransferibles y mueren con la persona. El rango de estos derechos intransferibles lo constituyen los derechos reconocidos como extra patrimoniales, entre los que se encuentran los derechos políticos (votar y ser elegido), los de la familia, la personalidad, el derecho a la salud, al cuerpo, al honor y otros.

En otros casos, como el de la naturaleza patrimonial, los derechos cambiarán de titularidad; los bienes y posesiones pasarán a otras personas, que continuarán o no la obra del difunto. La forma en cómo se hará esta transmisión estará en función de los contextos sociales y de las realidades históricas de cada momento en particular. A través del tiempo la transmisión de los derechos de los vivos a los muertos ha dado origen al derecho sucesoral.

En sentido jurídico se entiende al Derecho de sucesiones o Derecho sucesorio, como también se conoce, a una rama del Derecho privado que contiene las diferentes regulaciones relacionadas con la sucesión mortis. Tiene que ver con el destino de las titularidades y relaciones jurídicas, tanto activas como pasivas, de una persona después de su muerte.

Los temas del derecho sucesora tienen un gran impacto económico y social. En la mayoría de los países se contemplan las normas que regulan el destino de los bienes luego de causada la muerte, bien sea mediante la transmisión a los causahabientes, o por adjudicación a la comunidad o al Estado, cuando se trate de “bienes vacantes”.

#### **2.1.4.2 Sucesión por causa de muerte.**

La sucesión por causa de muerte como fuente de obligación y modo de adquirir la propiedad, determina que el fin de la existencia de la persona natural genera varias relaciones establecidas entre los sujetos de derecho. Según la doctrina la muerte trae como consecuencia natural, la desaparición física de la persona y provoca la extinción de la personalidad jurídica que se atribuye al sujeto de derechos. (Zannoni, 2000).

Ante el fin de la existencia de la persona jurídica, se da como principales consecuencias jurídicas, la sucesión, sea testamentaria, intestada o mixta, que inciden directamente en las obligaciones que este hecho provoca y que se ve exteriorizada en el modo de adquirir derechos y obligaciones.

La institución de la sucesión, tiene el correspondiente verbo: suceder. Según la Real Academia Española, suceder es “ir detrás de alguien o algo, seguirlo en el tiempo o en el espacio”

De tal suerte que en un sentido amplio, suceder a una persona es ocupar su lugar y recoger sus derechos a cualquier título. En este aspecto la expresión sucesión es aplicable a todos los modos derivativos de adquirir la propiedad del causante. Así, por ejemplo, el comprador sucede al vendedor, ocupa su lugar, de esta forma, el vendedor ejerce, hasta antes que se perfeccione la compraventa, el derecho de dominio; desde el momento en que adquiere en compra ese objeto, el comprador está ocupando el lugar del vendedor y jurídicamente hablando, ocupa su lugar, le reemplaza en el derecho. (Bossano, 1983).

#### **2.1.4.3 Sucesión Intestada.**

Históricamente este tipo de sucesión apareció primero que el Testamento. Se puede dar cuando el causante no dispuso sus bienes en forma testamentaria o cuando otorgó un testamento que, por no cumplir con los requisitos legales, de forma o de fondo, pueda ser declarado nulo. En caso de nulidad es como si el Testamento nunca hubiese sido hecho. Otra causal de nulidad del acto testamentario es cuando en el contenido del Testamento no se puedan apreciar disposiciones sobre el destino de los bienes, sino meras declaraciones. (Vidal,2008).

Otro caso en que el Testamento queda sin efecto es cuando el sucesor muere antes que el testador; cuando el sucesor es indigno de suceder o cuando repudia la asignación heredada.

La sucesión *abintestato* se genera por derecho personal cuando hay una relación directa entre el “de cuius” y el llamado a suceder; este es el caso de la relación padre-hijo.

El artículo 1024 del Código Civil Ecuatoriano establece las condiciones de la sucesión por la figura de la representación:

Se sucede abintestato, ya por derecho personal, ya por derecho de representación. La representación es una ficción legal en que se supone que una persona tiene el lugar y por consiguiente el grado de parentesco y los derechos hereditarios que tendría su padre o madre, si éste o ésta no quisiese o no pudiese suceder. Se puede representar al padre o madre que, si hubiese querido o podido suceder, habría sucedido por derecho de representación, con la limitación señalada en el Art. 1026. (Art. 1024. Código Civil).

El derecho de representación solo es reconocido para los descendientes, no aplica para el caso de ninguno de los ascendientes., también es extensiva la representación en forma colateral: Solamente hay lugar a la representación en la descendencia del difunto o de sus hermanos. (Art. 1026.Código Civil).

En el artículo 1023 del Código Civil se establece el orden sucesoral para el caso de que no exista testamento: “Son llamados a la sucesión intestada los hijos del difunto, sus ascendientes, sus padres, sus hermanos, el cónyuge sobreviviente y el Estado.” (Art.1023. Código Civil).

El civilista Martín, (2008) señala que el origen de ese ordenamiento se da en función de la tradición romana: “cuatro órdenes de sucesión basados en la fórmula romana en virtud de la cual la herencia primero desciende; si no puede descender asciende, y si no puede ni descender ni ascender se esparce”.

#### **2.1.4.4 Sucesión testamentaria.**

El testamento o carta testamentaria es un documento legal que tiene valor y trascendencia siempre y cuando esté apegado a la ley, pues la voluntad del testador tiene efectos jurídicos.

La evolución de la voz latina “testatio et mentis”, dio origen a la palabra Testamento, que significa el testimonio de la voluntad. En el Código Civil Ecuatoriano, en el artículo 1037 se define la palabra TESTAMENTO:

El testamento es un acto más o menos solemne en que una persona dispone del todo o de una parte de sus bienes, para que tenga pleno efecto después de sus días, conservando la facultad de revocar las disposiciones contenidas en él, mientras viva. (Artículo 1037 Código Civil Ecuatoriano).

En el cuerpo de la definición se encuentran todos los elementos del ámbito del Testamento: Es un acto jurídico que nace del ejercicio de la voluntad, en este caso del testador, en el reconocimiento de la existencia de una descendencia. Es solemne, pues para que cumpla efecto jurídico es necesario el cumplimiento de ciertas formalidades legales. Es un acto personal, e indelegable, se otorga exclusivamente por la voluntad de la persona. Algunos tratadistas dicen que es un contrato, al considerar que, por una parte al causante, dueño de los bienes, y, por otra el sucesor, que va a recibir en herencia o legado (Martín, 2008).

#### **2.1.4.5 Regulación de las sucesiones.**

Entre los principales aspectos que serán regulados en las sucesiones están los siguientes:

- El destino que tendrán los bienes del difunto o causante, en función del ejercicio parcial de la autonomía de la voluntad, de las normas imperativas existentes y de las normas impositivas que se aplicarán en caso de no existir testamento.
- Los requisitos de validez del testamento, para garantizar que lo señalado en el mismo coincida con la voluntad del testador.
- El conjunto de trámites necesarios para hacer efectivo el reparto de los bienes hereditarios.

#### **2.1.4.6 El testamento.**

Es un acto más o menos solemne en que una persona dispone del todo o de una parte de sus bienes para que tenga pleno efecto después de sus días, conservando la facultad de revocar las disposiciones contenidas en el, mientras viva.

De la presente definición se derivan sus características, que estudiaremos a continuación; sin embargo, podemos adelantar conceptos en el sentido de que la definición adolece de algunos errores, comenzando por la expresión: “Más o menos”, ya que conduce a la confusión conceptual y tiene un carácter ambiguo. Nuestro código divide a los testamentos en más solemnes y menos solemnes; con decir acto solemne, los comprendía y era suficiente; tampoco hacía falta decir “de parte de ellos” y por ultimo también es equivocado afirmar la expresión “mientras viva”

Sin embargo tomado como base el precepto legal, nosotros bien podríamos ensayar la siguiente definición: Testamento: *es un acto jurídico solemne por el cual una persona dispone de su de su patrimonio para que tenga pleno efecto después de sus días, reservándose la facultad de revocar sus disposiciones.*

#### **2.1.5 El derecho de propiedad.**

##### **2.1.5.1. Importancia histórica**

El derecho a la propiedad ha sido uno de los derechos con más antiguo desarrollo en la humanidad entre otras razones porque la propiedad otorga a los sujetos un poder sobre las cosas, que es necesario para el ejercicio de la libertad.

En la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano establecida por la Revolución Francesa, en 1789, se consagra el derecho a la propiedad como un derecho sagrado e inviolable.

Desde el nacimiento de la Organización de Naciones Unidas (ONU) se contempló, la necesidad de resguardar los bienes de las personas aún y cuando hayan sido privadas “legítimamente” de ellos. De allí, que se contemplara en su artículo 17 que “Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente y que; “Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.”(Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948).

El derecho de propiedad tuvo un gran desarrollo a nivel doctrinario a mediados del siglo XX, sobretodo en Europa Occidental y Estados Unidos, gracias a las arbitrariedades que se pudieron observar en las prácticas de estados modernos pero totalitarios como la Alemania Nazi, donde la apropiación de bienes por parte del estado de algunos particulares era una práctica totalmente aceptada y legalizada.

Por otra parte, en épocas más recientes, y ya a nivel de nuestro continente “La Convención Americana sobre Derechos Humanos” mejor conocido como “Pacto de San José de Costa Rica”, con la firme voluntad de desarrollar una nueva doctrina americana sobre derechos humanos y garantías, quiso ampliar aún más muchos de los derechos consagrados en la Declaración Universal de las naciones unidas, incorporando nuevos criterios en el ejercicio de derechos fundamentales, dándole a la noción de derecho de propiedad un carácter particular.

En este sentido, el artículo 21 de dicho instrumento internacional establece:

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.
2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley. (Convención Americana de Derechos Humanos, 1969)

Es así como en el desarrollo del derecho moderno, la propiedad constituye uno de los principales derechos que ha permitido el desarrollo de nuestras sociedades occidentales.

#### **2.1.5.2 Concepción de derecho de propiedad**

La propiedad como derecho ha sido ampliamente estudiada y su concepción como derecho ha tenido un gran desarrollo por la doctrina y las legislaciones del mundo.

Para Pina (1984) entiende la propiedad como “el derecho de goce y disposición que una persona tiene sobre bienes determinados, de acuerdo con lo permitido por las leyes, y sin perjuicio de terceros.” (p. 510)

Payares (1952) por su parte sostiene que es “el derecho o facultad de disponer de una cosa con exclusión de lo ajeno arbitrio y de reclamar la devolución de ella si está en poder de otro.”

La propiedad es una de las instituciones más antiguas de la sociedad. Está presente desde los tiempos más arcaicos en las sociedades de agricultores y recolectores, ha ido evolucionando a través del tiempo y se ha ido configurando como un derecho natural inherente a la condición humana.

Las primeras nociones de propiedad estaban relacionadas con el grupo familiar, no era exactamente una noción como la de la propiedad privada. En la cultura Occidental la idea de propiedad se fue sistematizando con la evolución del Derecho Romano.

La primera propiedad romana estaba concentrada en el cabeza de familia y no fue hasta la emisión de la ley de las XII tablas, cuando se distinguió el poder del Pater Familia sobre las



personas libres, los esclavos y las cosas (Villegas. 2010). La idea de propiedad para los romanos se fue desarrollando a partir de la evolución del Derecho Romano, es muy probable que en los comienzos de la civilización romana no estuviera claramente establecida alguna idea de propiedad.

Con la consolidación del derecho se fue desarrollando una idea de propiedad en la que las personas tenían la facultad de obtener de una cosa toda la utilidad que esta pudiera proporcionar, aquí ya está presente el concepto del poseedor de la cosa, el llamado propietario.

### **2.1.5.3 Características esenciales de la propiedad.**

En la tradición del Derecho se han conservado algunas características inherentes a la propiedad.

Es un derecho absoluto porque las facultades del titular no están prohibidas o limitadas taxativamente. Las ventajas del propietario se reducen a tres: "jus utendi", derecho de servirse de la cosa, "Jus fruendi", derecho de obtener frutos y rentas, y "Jus abutendi", derecho de disposición que incluye hasta la destrucción. (Villegas, 2010).

Además, la propiedad es un derecho exclusivo, que solo compete y pertenece al propietario; y es perpetuo puesto que no se extingue por el no ejercicio, además puede transmitirse.

Desde la época romana está previsto que este derecho de propiedad tiene algunas limitaciones en relación al Derecho Público y al Derecho Privado, las que están recogidas en los diferentes instrumentos legales como la Constitución y el Código Civil.

En el ordenamiento legal ecuatoriano la propiedad está regulada en la Constitución y en el Código Civil.

En la Constitución el articulado del 321 al 324.

Art. 321.- El Estado reconoce y garantiza el derecho a la propiedad en sus formas pública, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa, mixta, y que deberá cumplir su función social y ambiental.

Art. 322.- Se reconoce la propiedad intelectual de acuerdo con las condiciones que señale la ley. Se prohíbe toda forma de apropiación de conocimientos colectivos, en el ámbito de las ciencias, tecnologías y saberes ancestrales. Se prohíbe también la apropiación sobre los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agro-biodiversidad.

Art. 323.- Con el objeto de ejecutar planes de desarrollo social, manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo, las instituciones del Estado, por razones de utilidad pública o interés social y nacional, podrán declarar la expropiación de bienes, previa justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley. Se prohíbe toda forma de confiscación.

Art. 324.- El Estado garantizará la igualdad de derechos y oportunidades de mujeres y hombres en el acceso a la propiedad y en la toma de decisiones para la administración de la sociedad conyugal.

Además, en el artículo 71 y 72 se trata lo de la propiedad ancestral

Art. 71.- La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.

Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema.

En este articulado se puede destacar cómo en la Constitución se abandona la idea de la propiedad como un absoluto y se reconoce con las limitaciones impuestas por la concepción ecológica y de utilidad social.

En el Código Civil Ecuatoriano, la propiedad aparece consagrada en el artículo Art. 599 señalando que

El dominio que se llama también propiedad, es el derecho real de una cosa corporal, para gozar y disponer de ella conforme a las disposiciones de las leyes y respetando el derecho ajeno, sea individual o social. La propiedad separada del goce de la cosa se llama mera o nuda propiedad.

En la tradición doctrinaria el dominio es el derecho más amplio. Al respecto Sánchez (2008) señala lo siguiente: “Es un derecho constituido en cosa corporal, que otorga a una persona el poder exclusivo de su libre disposición y aprovechamiento, sin más limitaciones que las establecidas por las leyes o por la voluntad del transmitente”

Hay que tomar en cuenta que el Código Civil ecuatoriano es tomado del Código Civil Chileno, copiado por Andrés Bello del Código Napoleónico de 1804. Por lo que amerita una actualización a los nuevos tiempos.

#### **2.1.5.4. La propiedad como garantía**

Desde la antigüedad la propiedad personal ha estado asociada al bien común, se ha entendido que la protección de la propiedad contribuye al desarrollo de la vida social. La propiedad facilita la satisfacción de las necesidades terrenales a las personas, lo que impacta positivamente en el bienestar social. Santo Tomás consideraba: “la Institución de la propiedad privada es el mejor medio de bienes, comunes por destino, sirvan más eficiente, ordenada y pacíficamente a la satisfacción de las necesidades de todos los hombres”. (San Román, 2014).

De allí en adelante todas las constituciones modernas consagran el derecho a la propiedad como uno de los más importantes.

La propiedad es entonces un derecho natural. Ese poder sobre las cosas hace que la vida sea sustentable, ya que le permite a las personas la satisfacción de sus necesidades vitales, pero al mismo tiempo que se satisfacen esas necesidades, se va formando un patrimonio, que puede ser heredado a las generaciones posteriores, y que puede funcionar como un factor fundamental para echar las bases del desarrollo social. Por tal motivo, la satisfacción de las necesidades particulares se enlaza con el bienestar general para la prosecución del bien común.

#### **2.1.5.5 Importancia del derecho de propiedad**

El disfrute del derecho a la propiedad está desde los primeros tiempos de la humanidad. En las primeras civilizaciones la existencia de la propiedad dio origen a las instituciones legales que garantizaran su protección. En todos los momentos históricos la propiedad ha tenido una importancia como medio para el desarrollo social.

Sin la existencia de la propiedad no existieran motivaciones para el desarrollo de nuevos emprendimientos, los que a su vez son una gran fuente de innovación tecnológica.

Al mismo tiempo la existencia de la propiedad ha permitido la creación de los patrimonios familiares que garantizan el mantenimiento de la familia como institución social a través del tiempo.

Sin la noción de propiedad no sería posible el cálculo de los costos de bienes y servicios, ni tampoco la retribución necesaria que habría que pagar a las personas por el trabajo realizado.

Un aspecto fundamental para el desarrollo social como es el ahorro está vinculado directamente a la idea de propiedad. Sin propiedad no hay ahorro y sin ahorro no hay desarrollo.

Sin embargo, el derecho a propiedad ha sido cuestionado y ha sido interpretado, desde la óptica marxista, como causante de las miserias de la sociedad. No obstante, esa apreciación, es notorio como las sociedades en las que se ha garantizado el derecho a propiedad son las que han logrado mayores niveles de desarrollo.

La relación entre propiedad, pobreza o desarrollo se puede apreciar en los países pobres. (Mora, 2007). Allí las dificultades legales y la falta de conciencia sobre los derechos de propiedad hacen que las personas se vean en dificultades para defender la tenencia de sus bienes. Esto trae como consecuencia un incremento de la situación de pobreza, puesto que los propietarios se ven despojados y sin posibilidad de disfrute del esfuerzo de sus trabajos. Sin seguridad jurídica que garantice el derecho de propiedad se pierde la motivación para la inversión de recursos que garantice la posibilidad de nuevos emprendimientos.

La existencia de la propiedad no es causa de pobreza, por el contrario, la debilidad legal para defender este derecho sí causa pobreza por las razones antes mencionadas.

#### **2.1.5.6 Modos de adquirir la propiedad**

El “dominio” o la “propiedad” es aquel derecho que las personas tenemos sobre cosas corporales, incorporales y sobre la producción de nuestro intelecto. Se adquiere a él de diferentes maneras.

Hay dos teorías sobre la adquisición del dominio, una sostiene que el título es el modo de adquisición del dominio y hay otra en la que no se considera necesaria la existencia del título. (Orrego, 2019).

En el Derecho Romano se distingue entre el título o causa remota de adquisición y un modo de adquirir o causa próxima de la misma. En esta concepción el título es el antecedente para la adquisición del dominio. Además, se contempla que el modo de adquirir es el hecho o acto jurídico que produce la adquisición del dominio. Por lo tanto, los modos de adquirir son las fuentes de donde emanan los derechos reales.

No siempre está suficientemente claro la dualidad título-modo de adquirir, puesto que hay actos como la compraventa donde se da una relación consensual en la que se confunden el título y el modo.

#### Teorías que rechazan la distinción entre título y modo

1.- Hay una teoría sostenida a partir del Código Civil francés que sostiene que para adquirir los derechos reales basta con el título. Acá la propiedad se adquiere y se transfiere por el solo efecto de un contrato.

2.- La otra teoría cuya fuente es el derecho alemán, sostiene que hay cierta independencia entre el modo de adquirir y el título. Acá el interés está puesto en el modo en que se produce la adquisición y transferencia de los derechos reales.

Los modos de adquirir el dominio pueden ser:

-Originarios y derivativos.

El modo de adquirir es originario cuando se adquiere la cosa antes de que haya sido apropiada por otro, cuando aún no pertenece a nadie.

El modo de adquirir es derivativo cuando el dominio se basa en un hecho precedente, como puede ser la sucesión por causa de muerte.

Por su naturaleza pueden ser: universales, particulares, onerosos y gratuitos. Es universal o a título universal el modo por el cual se adquiere la universalidad de los bienes de una persona o una parte alícuota de ella, ejemplo la herencia.

Es singular o a título singular el modo por el cual se adquieren bienes determinados, ejemplo los contratos, legados y donaciones. Gratuito, cuando el que adquiere el dominio no hace sacrificio pecuniario alguno. Se suelen incluir en esta categoría la ocupación, la accesión (por regla general), la prescripción, la sucesión por causa de muerte y eventualmente la tradición.

Y puede ser oneroso cuando el adquirente paga un cierto valor en dinero, bienes o servicios, a cambio de los bienes que reciba, ejemplo: el contrato de compraventa.

Según la causa: por acto entre vivos y por sucesión por causa de muerte. En el caso de transmisión por acto entre vivos, es un acto jurídico en general; En el caso de sucesión por causa de muerte tenemos: la herencia, el testamento y los legados; Según la legislación pueden ser: tradición, ocupación, accesión (natural, aluvión, avulsión, nacimiento de isla, mutación de un cauce de un río artificial inmueble y mueble), prescripción (ordinaria y extraordinaria) y fideicomiso:

La tradición.: tenemos que señalar, que es un modo de adquirir el dominio de las cosas y, consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo, por una parte, la facultad e intención de transferir el dominio, y por otra, la capacidad e intención de adquirirla; está regulada en el Código Civil en los Arts. 686 al 714.

La ocupación: Ocupación: es un modo de adquirir el dominio de las cosas corporales muebles que no pertenecen a nadie, mediante la aprensión material de ellas, acompañada de la intención de adquirirlas, supuesto que la adquisición de esas cosas no está prohibida por las leyes patrias ni por el Derecho Internacional. La caza y la pesca son especies de ocupación, por las cuales se adquiere el dominio de los animales bravíos y de otros; está regulada en el Código Civil en los Arts. 622 al 658.

La accesión: Se adquiere la propiedad por la extensión del dominio; se incorpora una cosa secundaria a una principal; así el dueño de la principal adquiere la accesión, además de los frutos como los productos por ser una consecuencia de la propiedad. Puede ser natural y artificial. En la natural ocurre cuando el beneficio es producido sin la intervención humana como puede ser el desvío del cauce de un río. Artificial, como una ampliación. En el Código Civil ecuatoriano está previsto este modo en los Arts. 659 al 685.

La prescripción: Es un modo de adquirir o extinguir, las cosas ajenas, por no haber ejercido el derecho de posesión durante largo tiempo. El Código Civil regula la prescripción en los Arts. 2392 al 2424.

El fideicomiso: Aquí se manifiesta una relación entre varias personas con derechos y obligaciones. Es un negocio jurídico en el que una persona llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otro llamado fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos, para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de este o de un tercero, llamado beneficiario o fideicomisario. (García. 2015)

#### **2.1.5.7 Sucesión por causa de muerte como forma de adquirir el dominio**

La sucesión por causa de muerte es una figura mediante la cual se adquieren los bienes, derechos, bienes y obligaciones transmisibles por la muerte del titular del patrimonio. Estos derechos pasan a los descendientes a través de la herencia.

Puede ser de dos tipos. Sucesión Testada, cuando los derechos sobre los bienes están consagrados en un testamento, e intestada cuando no existe la figura del testamento.



Entre las características de este modo de adquisición del dominio podemos mencionar que es derivativo, se adquiere por causa de muerte, es a título gratuito y puede ser tanto a título universal como a título singular.

## **2.1.6 La contratación**

### **2.1.6.1 Derechos vinculados a la contratación**

En la Constitución ecuatoriana Capítulo sexto, se establecen los Derechos de libertad. El Artículo 66 en los numerales 15, 16 y 17 establece los derechos relacionados con la libertad de contratación en los siguientes términos:

15. El derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental.

16. El derecho a la libertad de contratación.

17. El derecho a la libertad de trabajo. Nadie será obligado a realizar un trabajo gratuito o forzoso, salvo los casos que determine la ley.

La reforma de la Constitución del año 2008, trajo consigo importantes avances en cuanto a la doctrina constitucional y los aspectos relacionados con la contratación no fueron la excepción.

Las relaciones contractuales, toman otras características, ya que se establecen principios para su regulación como el principio de solidaridad, responsabilidad social y ambiental. Tales principios, se establecen en consonancia con los nuevos paradigmas de Estado que asumió el Estado Ecuatoriano con la constitución del 2008. Así, se observa, como el establecimiento de principios constitucionales busca establecer relaciones enfocadas más en la solidaridad y la cooperación en las relaciones privadas.

Asimismo, el derecho fundamental a la libertad de contratación y la libertad de trabajo, constituye un derecho fundamental, siguiendo la doctrina universal de derechos humanos

relativos a las libertades económicas recogidas en los tratados y pactos internacionales suscritos y ratificados por el Ecuador.

### **2.1.6.2 La libertad de Contratación como origen de la autonomía de la voluntad**

#### Consideraciones generales e importancia histórica

El derecho a contratar ha tenido una larga evolución histórica. En la antigüedad romana estaba ligado con noción de *ius*, como derecho o poder jurídico, aquí la característica del contrato es la voluntad de las partes, la que se constituye en fuente de obligaciones, por lo que toda obligación ha sido considerada contractual.

En los primeros años de la Alta Edad Media, en el período de los visigodos, se crea el Fuero Juzgo, el código legal visigodo, un conjunto de leyes que regulaban la vida social, entre ellas estaba la relacionada con los contratos. Este Fuero Juzgo se aplicó como derecho local en toda la Península Ibérica. En la Baja Edad Media el Rey Alfonso X, el sabio, estableció las Siete Partidas, un cuerpo jurídico normativo para uniformizar la ley en el Reino de Castilla, la partida V está referida a los contratos.

En la época moderna, hay precedentes sobre los contratos en el sistema del common Law, donde se daba seguridad jurídica a las personas y los bienes. Más adelante en la misma época moderna, durante el período de la ilustración, la Revolución Francesa establece en 1789 la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, aquí se consagran los principios de propiedad individual.

En los sistemas jurídicos contemporáneos, en donde distinguen varias posiciones, a saber:

La derivada del Código de Napoleón, en donde se extendió como un individualismo absoluto la posibilidad de enriquecerse sin límites. Los Códigos Civiles mexicanos de 1870 y 1884, que, por influencia del Código de Napoleón, consagraron el

principio de la autonomía de la voluntad en sus artículos 1535 y 1419, respectivamente. (Muñoz, 1973).

La libertad contractual es una manifestación autónoma de la voluntad, en la que las partes establecen un conjunto de estipulaciones que se otorgan libremente. En ocasiones puede ocurrir que haya una exclusión total o parcial de la norma jurídica, pero mientras que no se afecten requisitos esenciales del contrato, esta convención entre las partes siempre surte efectos jurídicos. Ante la presencia de controversias siempre se respeta el principio de voluntad entre las partes.

La ley suprema de los contratos es la voluntad de las partes, a menos que esté de por medio la defensa del interés público, en cuyo caso este será privilegiado. Las normas establecidas en el contrato serán la base para la interpretación, de allí la importancia que sea clara los términos de la contratación, de modo de poder determinar claramente la intención de los contratantes. No obstante, la preponderancia que tiene el principio de la voluntad, las partes no pueden actuar a su entero capricho, es necesario el apego a la técnica jurídica para que el contrato pueda ser reconocido legalmente.

En caso de que los términos del contrato sean insuficientes para revelar la materialidad del contrato se buscará la intención del mismo aplicando algunos principios aplicados por las legislaciones modernas, esto son: investigar la conducta que con relación al contrato han tenido las partes interesadas en el proceso de ejecución del mismo. La interpretación auténtica es la ejecución del contrato. De igual modo, es válido ver los precedentes del contrato para encontrar su voluntad:

“casi todas las legislaciones actuales entre ellas el Código Español en su artículo 1282 y el moderno Código Italiano en 1362, que hablan de que los contratos o el encuentro de la voluntad común debe determinarse por los antecedentes, las concomitancias y las consecuencias del contrato. (Castrillón, SF)”

El contrato como fenómeno jurídico tiene unas características muy particulares, se apega a lo previsto en el ordenamiento jurídico, en la voluntad derogatoria y supletoria de las partes y en los usos y costumbres de los pueblos. Está presente en el contrato del principio, *ius cogens* o imperativo, esto es:

“el conjunto de normas inderogables que prescriben comportamientos incondicionales, ya deben consistir en un deber de hacer o en un no poder hacer, empero, en el ámbito del derecho positivo, junto a semejantes normas, existen las denominadas no coactivas, y se dice que su función no es imperativa, sino subsidiaria. (Muñoz.1973).

Las normas no coactivas tienen se relacionan con los fines privados o particulares, pueden ser derogadas por el interés de los particulares.

Palabras e intención forman la columna vertebral del contrato, puede darse el caso de que lo pactado tenga varios sentidos. Sin embargo, la interpretación más adecuada buscará recuperar el sentido original de la naturaleza del contrato y desechará todos aquellos aspectos en los que las partes no se propusieron pactar.

Dado el caso de que las previsiones de la ley civil se muestren insuficientes para la interpretación de un contrato, se apelará a las reglas de la doctrina para encontrar la interpretación más ajustada a derecho.

La libertad de contratación constituye el punto central para todo el desarrollo de la actividad contractual. Surge sobre la base del derecho natural que tienen los contratantes de establecer acuerdos de diferentes tipos, siempre que estén apegados a la ley. Es un tema que cobra sentido en el marco de los diferentes derechos relacionados con la actividad comercial.

La contratación pactada se inscribe en la Teoría General de los Contratos, entendida esta como el conjunto de principios, normas e instituciones que regulan la formación de los

contratos; el establecimiento de los requisitos para establecerlos y todo lo relacionado con las formas de disolución y extinción de los mismos. (Hernández, 2013).

El contrato es un acto de derecho a partir del cual surgen una serie de obligaciones, por lo que es importante conocer todas las implicaciones derivadas de los mismos.

En la vida moderna los derechos derivados de la actividad económica entran dentro del campo de la realización personal, pueden ser entendidos como derechos fundamentales de la persona. De ahí la importancia que tiene el amparo legal de actividades como la libertad de industria, de asociación y de contratación. (Burneo, SF).

Como se mencionó arriba, la Constitución del Ecuador garantiza en el artículo 66 la libertad de contratación. Este aspecto es de suma importancia debido al gran dinamismo que tiene la actividad económica, la que muchas veces crea actividades novedosas que pudieran no estar previstas en el ordenamiento legal, lo que sin duda constituiría un freno para el desarrollo de esas actividades impulsoras de nuevos emprendimientos. De allí que al establecer el máximo texto legal la libertad de contratación, se deja un panorama despejado para el surgimiento de nuevas actividades económicas, aunque de momento no estén plenamente reguladas por el Derecho Mercantil.

Tal como sostiene Burneo:

El contrato es el eje primordial sobre el cual gira toda la actividad comercial. Primero por su calidad manejable y simplista. Por otro lado, el contrato dota a las partes de una libertad para que expresen su creatividad para constituir la relación jurídica que más constituya su entera voluntad y cumpla con sus requerimientos o necesidades.

### **2.1.6.3 Autonomía en la contratación Civil**

Consideraciones generales e importancia histórica

Los orígenes de la autonomía de la voluntad como dogma jurídico se remontan a la época del surgimiento del liberalismo y el afianzamiento del individualismo como forma de estar en el mundo. Ya en el siglo XVII en el Contrato Social, Rousseau es partidario de una bondad natural, innata en la persona, lo que lo facultaba para actuar conscientemente en la creación de obligaciones como las que se derivan de los contratos, las que siempre, en la mentalidad de Rousseau, serían justas.

Hay dos principios del liberalismo francés, recogidos en el Código Napoleónico, que dan fundamento al principio de la voluntad: *laisser faire, laisser passer*, que promueve la abstención ante el ejercicio de la libertad para decidir y actuar; y la regla de la *pacta sunt servanda*, lo pactado obliga, un principio latino en el que las obligaciones voluntariamente asumidas por las partes, deben ser cumplidas hasta sus últimas consecuencias.

La presencia de las doctrinas individualistas estuvieron presentes en el Código Civil francés, de allí que afirmaran el papel preponderante de la voluntad, en el que cada uno era libre de introducir modificaciones en la situación jurídica, según su punto de vista. Sin embargo, a medida que se fue ampliando el ámbito de la socialización y con él la necesidad de aumentar las regulaciones de orden público, se aportaron restricciones a ese principio de la voluntad.

Aun cuando en el Código francés está consagrado el estricto cumplimiento de los contratos legalmente celebrados, también hay aspectos del Código Napoleónico que insisten en la equidad y la buena fe como normas que deben regir tanto la celebración como el cumplimiento de los contratos, por lo que el contrato no solo obliga a lo pactado, sino también a lo relacionado con la equidad, la buena fe, el buen uso y la ley. (Castrillón. SF).

En el derecho es aceptado que las partes tienen la facultad de crear obligaciones y que deben respetarse de acuerdo al principio de exactitud en el cumplimiento de dichas obligaciones. No obstante, hay principios generales del derecho que no se pueden obviar, como el que señala que nadie puede enriquecerse a costa del otro, o lo relacionado con la adquisición de

equidad que evita que el dueño se pueda adueñar sin compensación; o el que establece la prohibición de la explotación injustificada de una persona, aprovechándose de su ignorancia, inexperiencia o miseria. Hay un sistema de normas que regulan la acción contractual en atención a la reciprocidad y la protección.

### La autonomía de la voluntad en el derecho civil moderno

El principio de autonomía de la voluntad funciona en dos niveles, en la teoría general del derecho y en el derecho positivo. Estas dos significaciones están unidas a la voluntad como expresión del derecho a la libertad, un dogma que el derecho reconoce.

Para Muñoz (1973) hay una diferencia entre autonomía de la voluntad y voluntad privada. Según este autor, cuando se afirma que la autonomía de la voluntad no es otra cosa que la ordenación de las relaciones jurídicas por voluntad de los particulares, se inicia la corriente que debe distinguir entre el principio de la autonomía privada del dogma de la voluntad.

En la autonomía privada hay dos componentes: el primero, el poder atribuido a la voluntad para la creación, modificación y extinción de las relaciones jurídicas, y en segundo término, el poder de esa voluntad referido al uso, goce, y disposición de poderes, facultades y derechos subjetivos, que son las facultades libertades y potestades que poseen las personas. En el primer caso la autonomía privada se refiere al derecho jurídico. En el segundo a los derechos subjetivos. En esta perspectiva la autonomía de la voluntad funciona como creadora de normas jurídicas y como creadora de relaciones jurídicas.

Pero en realidad la autonomía de la voluntad sólo tiene como contenido la creación de normas jurídicas, puesto que el ordenamiento jurídico impide a los particulares la creación de normas jurídicas de regulación social. Entonces, la autonomía privada es un poder de creación, modificación o extinción de las relaciones jurídicas, y es aquí donde se concretiza la autonomía privada. Se concretiza en la realización de actos o negocios jurídicos y en su contenido.

La autonomía de la voluntad se manifiesta en el Sistema de Contratación Civil a través de la libertad de contratar y la libertad contractual. Libertad de contratar o libertad de conclusión, es la facultad que tiene toda persona para celebrar o no un contrato, y, en caso de hacerlo, elegir con quién contrata. Es el derecho de decidir cuándo, cómo y con quién contratar. Por su parte, la libertad contractual o libertad de configuración interna, es la facultad de determinar libremente los términos y condiciones de un contrato y en cuanto se fundamenta en la libertad de la persona, ésta no es una facultad absoluta, sino limitada por el respeto de la libertad, intereses y expectativas de los demás.

En el derecho privado se tiende a considerar la autonomía de la voluntad como una potestad que el derecho reconoce a los particulares para poder crear y extinguir relaciones, Pero siempre dentro de ciertos límites en atención a la función reguladora del derecho.

El reconocimiento de la autonomía privada otorga a las partes la libertad para fijar contenidos contractuales, pero las normas imperativas de los diferentes ordenamientos jurídicos limitan el ejercicio de esa voluntad.

Hay una tradición en el derecho que respeta el principio de la voluntad en materia de contratos. Las partes son libres de crear derechos y obligaciones siempre que se cumplan ciertos requisitos: que se proceda lícitamente, que no se violen normas de orden público o se atente contra la moral y las buenas costumbres y que el objeto del contrato sea posible. Entonces, la autonomía de las partes es delegada, puesto que el legislador deja fuera del alcance de las partes las materias referidas con el interés y orden público y las relacionadas con la protección familiar. (Castrillón. SF).

Las legislaciones han establecido materias que escapan al principio de la autonomía de la voluntad. En el Código Civil se determinan límites materiales, ya que las partes están facultadas para crear derechos y obligaciones, pero no pueden derogar normas de interés general ni tampoco establecer cambios sobre el estado civil de las personas.



Un principio fundamental en el Derecho Civil es la autonomía de la voluntad. Es consecuencia del reconocimiento al derecho que tienen las personas de desarrollar sus propias iniciativas sin que medie en ello ningún mandato externo, solo priva el deseo de la acción propia.

Una de las expresiones del ejercicio de ese derecho de autonomía de la voluntad son los contratos, ya que por estos se crean relaciones jurídicas a partir de decisiones privadas, donde está presente la voluntad de las partes. En este tipo de hecho jurídico los particulares tienen la oportunidad de atender sus propios intereses.

En este tipo de negocio jurídico los particulares hacen pleno ejercicio del principio de la voluntad. Al respecto Rivera (1998), dice lo siguiente: “el negocio jurídico, obra de la voluntad del hombre, con finalidad jurídica, aparece como la expresión técnica del reconocimiento de la autonomía privada, como fuente creadora de efectos jurídicos”. De todos los hechos jurídicos productores de obligaciones, es en el contrato donde más claramente está presente la voluntad de las partes, ya que se basa en el acuerdo y el consentimiento libre.

La autonomía privada entendida en sentido extenso tiene dos componentes. La posibilidad de creación, modificación y extinción de normas jurídicas y la manifestación de esa voluntad en relación con uso, goce y disfrute de los derechos subjetivos.

El principio de autonomía privada se pone de manifiesto en el contrato por el reconocimiento de las instancias legales del poder que tienen los particulares para pactar acuerdos y obligaciones. Todo acto de realización de contrato se hace sobre la base de una aceptación voluntaria del deseo de las partes. Ninguna persona puede ser obligada a contratar en contra de su voluntad e intereses. Cada uno es libre de aceptar o rechazar la oferta hecha por el contratante, y no puede generar consecuencias jurídicas el hecho de rechazar alguna propuesta contractual.

En este sentido, otro de los aspectos en los que se manifiesta el principio de la voluntad en el contrato tiene que ver con el contenido del mismo. Este está determinado únicamente por la voluntad de las partes, es en el contexto de ese pacto privado donde surge el contenido, el cual puede ser modificado o suprimido por el simple deseo de los contratantes, los que a su vez determinan la forma en que van a hacer la contratación.

Respecto a la libertad de contratar existen dos posiciones contrapuestas: la libertad absoluta y el dirigismo total, aunque también se puede apreciar una postura intermedia, recogida por la mayoría de los ordenamientos jurídicos, en que se reconoce la libertad con limitaciones. (Hernández, 2013).

Los defensores de la posición de la libertad absoluta basan su opinión en el presupuesto de la igualdad de las partes; estas al contratar limitan su propia libertad en atención a los efectos del contrato, en el que ceden ante las estipulaciones contractuales. Las partes negocian libremente en igualdad de condiciones por lo que no necesitan la interferencia legislativa.

En el artículo 1461 del Código Civil se establecen las condiciones que aplican para que una persona pueda obligarse con otra. Al respecto se establecen cuatro condiciones: “que sea legalmente capaz; que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio; que recaiga sobre un objeto lícito; y, que tenga una causa lícita.”

En el artículo arriba mencionado se puede apreciar claramente que si bien es cierto que en el contrato está presente la autonomía de la voluntad, tal como lo establece el artículo 1454 del Código Civil Ecuatoriano: “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas”. También es cierto que toda contratación se hace en el marco del ordenamiento jurídico, por lo que no puede estar al margen de este. Estaríamos en este caso en una posición intermedia entre la libertad absoluta y el dirigismo total.

Vemos como en la legislación ecuatoriana el principio de autonomía de la voluntad no es, absoluto e ilimitado, sino que tiene un conjunto de limitaciones.

Autores como Hernández (2013) entienden que estas limitaciones son expresión de una crisis o decadencia del principio de autonomía de la voluntad y de la crisis de la institución del contrato.

En la estructura del contrato clásico no hay duda que la autonomía privada de las partes es la fuente para la acción de contratar, en la que está presente tanto la libertad de contratar como la libertad contractual. Pero con las restricciones impuestas por las legislaciones modernas estas libertades se reducen y pueden llegar a ser anuladas.

Pasamos entonces de una situación en la que las relaciones jurídicas nacían del libre consentimiento entre dos o más partes a otra en la que las contrataciones se realizan con un amplio margen de restricciones. No solo por los límites tradicionales de normas imperativas o a los principios de orden público y a la moral, sino en el surgimiento de figuras como la contratación masiva, donde la negociación y la concertación es despersonalizada, anónima.

En este contexto el contrato pierde su importancia como resultado de la autonomía privada, pasa a ser la adecuación del resultado pretendido por las partes con la adecuación del sistema jurídico. (Hernández. 2013), señala que:

Lo que incide en que se dejen de concebir los límites y limitaciones a la autonomía de la voluntad como excepciones de una indeseable intervención gubernativa, para ser entendidos como manifestación positiva de un mismo bien común, de modo que pasan a integrar en el contrato las normas imperativas en un plano compartido con la voluntad.

#### **2.1.6.4 Formalidades en la Contratación y libertad.**

Para que el contrato pueda tener efectos jurídicos debe ser realizado de tal forma que cumpla con una serie de requisitos técnicos jurídicos establecidos en la ley. De este modo se garantiza la validez jurídica de la voluntad expresada en la contratación. La sola manifestación de la voluntad es la condición necesaria, pero no es suficiente para que tenga efectos jurídicos. Si los contratantes no cumplen los requisitos previstos en los ordenamientos legales, el contrato carece de validez.

La forma no es un simple añadido o un trámite de menor importancia: “sino lo que dota de objetiva existencia a un negocio, por lo que, acorde con la teoría general del negocio jurídico, la forma califica entre uno de los elementos esenciales comunes de carácter objetivo del contrato.” (Ámbito jurídico, 2001)

En las primeras tradiciones del Derecho heredadas del Derecho Romano predominaba un formalismo rígido, el que traía como consecuencia un entramamiento a las posibilidades de contratación de los particulares. Es así como en el derecho moderno se ha ido flexibilizando el estricto formalismo. Sin embargo, dejar la totalidad del efecto jurídico del contrato a la estricta discrecionalidad de las partes, puede dejar en minusvalía a personas inocentes ante los contratos hechos por mala fe. Es por eso que los requisitos formales se mantienen como una forma de proteger a las partes contratantes.

La tendencia generalizada en nuestros días es a flexibilizar las normas sin desaparecer completamente la carga formal que garantice la seguridad jurídica y la defensa del interés común.

#### **2.1.6.5 Derecho de propiedad y formalismos contractuales**

El artículo 1454 del Código Civil define el contrato como el “acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas.”

El artículo mencionado no contiene ningún tipo de formalidad, sin embargo, la contratación debe cumplir con los aspectos de forma establecidos para el resto de los hechos jurídicos.

La observancia de la formalidad cumple una función de protección a las partes. En tal sentido, la práctica profesional ha sido de gran ayuda para resaltar las funciones de las formalidades. La Abogada María Coll perteneciente al Estudio Jurídico Buades, señala entre las siguientes ventajas:

Proteger contra la precipitación, la ligereza y las decisiones poco meditadas de los contratantes. Proporcionar una mayor seriedad al negocio jurídico, permitiendo distinguir entre aquellas declaraciones que se hacen seriamente y aquellas en las que las partes no pretenden obligarse. Facilita la prueba y la interpretación, pues puede que la voluntad reconstruida no sea la voluntad real y verdadera. Constituye un medio de publicidad para terceros. Permite el acceso al Registro de la Propiedad. Aumenta la capacidad de circulación de ciertos derechos, por ejemplo, los títulos valores. Evita nulidades negociables, debido a la intervención de técnicos en Derecho. (Coll, 2016)

Los aspectos formales pueden ser de diferentes tipos: De acuerdo a su origen: Legales si tienen su origen en el ordenamiento legal, o voluntarios si surgen solo como voluntad entre las partes.

Por su carácter: Privado, cuando hay la existencia de un documento escrito que ha sido hecho por los propios interesados por sí mismos, o con la asistencia de asesores. Público. Cuando el documento es elaborado por un funcionario público dedicado a tal fin.

En el Ecuador se contemplan tres requisitos para que se pueda dar respuesta afirmativa al hecho jurídico de la existencia de un contrato: La expresión de voluntad, la existencia de un objeto y la existencia de una causa. La ausencia de alguno de estos componentes es suficiente para que el contrato sea declarado nulo por la autoridad competente.

En el artículo 1461 del Código Civil se establecen los requisitos para que se pueda establecer la obligación:

“Que sea legalmente capaz. Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio; Que recaiga sobre un objeto lícito; y, Que tenga una causa lícita. La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra”. (Código Civil Ecuatoriano)

En el artículo 1459 se establece lo relativo al tipo de contrato particular en el que debe estar presente la solemnidad:

“El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no surte ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento”. (Código Civil Ecuatoriano)

#### **2.1.6.6 Formalismos en la sucesión intestada**

La sucesión intestada se da en aquellos casos en que no hay un testamento formalmente realizado al momento de la muerte o por la nulidad de un testamento en el que no se cumplieron los requisitos legales. En tales casos se cumple la obligación de otorgar la herencia cumpliendo algunos requisitos legales. El primer requisito es que la persona sea capaz de heredar, esto es que este revestido de los derechos y obligaciones necesarios para ser heredero.

La sucesión intestada se cumple de acuerdo al principio de cercanía. Hay un orden en el que los parientes más cercanos, como son los esposos y los hijos, tienen prioridad en la herencia.

En ausencia de estos se sigue un orden descendiente. La formalidad está en los requisitos exigidos a los herederos para demostrar el vínculo sanguíneo con el causante.

#### **2.1.6.7. Medios Jurídicos para hacer efectiva la sucesión**

Según el artículo 1344 del Código Civil “... *El juez de lo civil del domicilio de la persona de cuya sucesión se trata, será competente para realizar la partición judicial de los bienes del causante*”

Una vez producida la muerte los herederos asistidos legalmente solicitan al juez del domicilio del causante la partición de bienes de acuerdo al orden sucesoral previsto en el Código Civil.

#### **2.1.6.8 Actos registrales y notariales**

Los actos registrales y notariales se rigen de acuerdo a la ley de Registro y la Ley Notarial y establece que en cada Cantón debe existir un registrador.

Los Registros y Notarías se encargan de la inscripción de los documentos públicos, títulos que la ley exige que se inscriban en los registros correspondientes. Los registros garantizan la seguridad jurídica de los bienes o derechos inscritos, otorgándoles la presunción de verdad legal.

El Notario es la persona especializada a la que el Estado le delega la representación para que intervenga en los actos y contratos que realiza la sociedad, garantizando la seguridad y autenticidad necesaria para que tengan fuerza probatoria.

Entre las principales funciones relacionadas a los actos sucesorales notariales están las siguientes:

1. Asesoría para que las partes den uso al instrumento legal más apropiado a sus fines.
2. Redactar los contratos en apego a las disposiciones legales aplicables.

3. Proceder a la firma de los contratos, en presencia del Notario, una vez que las partes tienen claro los alcances del hecho jurídico realizado.
4. Efectuar los pagos de las respectivas contribuciones federales, estatales y municipales correspondientes a la operación y proceder a la inscripción del acto jurídico o contrato, en el Registro Público de la Propiedad.

Conservar bajo su custodia los originales del contrato y expedir copias certificadas tantas como sean necesarias.

#### **2.1.6.9 La posesión efectiva**

Una vez ocurrida la muerte se puede dar el caso que el difunto no haya dispuesto la distribución de sus bienes en un testamento, o que habiendo hecho el testamento este sea inválido por no haber respetado las formalidades previstas en la ley. Esta situación no deja a los herederos en la indefensión.

En la legislación ecuatoriana, tanto en el Código Civil, como en la Ley Notarial está prevista la figura de la Posesión efectiva. Es un procedimiento que permite a las personas que no cuentan con el amparo del testamento poder reclamar los bienes del causante.

La posesión efectiva protege en primer lugar el derecho que tienen los herederos de disponer de los bienes de la herencia, por medio de esta adquieren el dominio de los bienes hereditarios, pero no resta el derecho a terceros a reconsiderar el reparto de los bienes. (Zevallos, 2018).

La posesión efectiva es el medio más eficaz con que cuentan los herederos para poder acceder al dominio luego de la muerte del causante, por eso es un instrumento público que se ha dejado en manos del notario.



Aun cuando está claro que la razón de la posesión efectiva es la protección de los herederos, está prevista en la declaración la salvedad de que “es sin perjuicio de terceros”. En el caso de haber terceros que se consideren con derechos para heredar los mismos bienes, también pudieran hacer la declaración de posesión efectiva.

En el artículo 18, numeral 12 de la Ley Notarial está previsto lo relativo a la posesión efectiva al establecer:

“Receptar la declaración juramentada de quienes se creyeren con derecho a la sucesión de una persona difunta, presentando la partida de defunción del de cujus y las de nacimiento u otros documentos para quienes acrediten ser sus herederos, así como la de matrimonio o sentencia de reconocimiento de la unión de hecho del cónyuge sobreviviente si los hubiera. Tal declaración con los referidos instrumentos, serán suficientes documentos habilitantes para que el Notario conceda la posesión efectiva de los bienes proindiviso del causante a favor de los peticionarios, sin perjuicio de los derechos de terceros. Dicha declaración constará en acta notarial y su copia será inscrita en el Registro de la Propiedad correspondiente.” (Ley Notarial Ecuatoriana).

El procedimiento de posesión efectiva puede ser motivo de problema, toda vez que diferentes personas que se consideran herederos pueden presentar sus peticiones en diferentes notarías del país, estarían en su derecho. Pero el notario no tiene la posibilidad de constatar todas las peticiones realizadas en la geografía nacional. Es por eso que se establece la salvedad en el documento de “sin perjuicio a terceros”. Los conflictos de intereses podrán ser resueltos por la vía legal y la ley establece un plazo de 15 años para la prescripción del derecho a reclamar la herencia.

Una vez ocurrida la sentencia de posesión efectiva, esta debe inscribirse en el registro de la propiedad del sitio donde se otorgó, así como en los registros de propiedad de los diferentes cantones donde estuvieren ubicados los bienes inmuebles recibidos.

## **CAPITULO III**

### **3.1 Metodología**

#### **3.1.1 Tipo de Investigación**

El presente trabajo es desarrollado, de acuerdo al tipo de investigación descriptiva-explicativa, ya que busca conocer un fenómeno para abordarlo y comprender su naturaleza. tal como lo plantea Tamayo (2002), quien afirma que la investigación descriptiva “comprende la descripción, registro, análisis e interpretación de la naturaleza actual, composición o procesos de los fenómenos ” (p. 46). En el método de investigación descriptiva podremos analizar las características de la relación entre el derecho de autonomía de la voluntad de las partes y el principio de formalismo, para entrar en una fase explicativa donde se evidenciará los efectos de este fenómeno en los actos relacionados con la sucesión intestada y sus efectos.

#### **3.1.2 Enfoque de la investigación**

El enfoque dado a la investigación será de tipo cualitativo ya que busca tener un interés en el significado del fenómeno a estudiar. Maxwell, citado por Vasilachis, señala que entre los rasgos más característicos de la investigación cualitativa están:

- El interés por el significado y la interpretación
- El énfasis sobre la importancia del contexto y de los procesos
- La estrategia inductiva y hermenéutica

La investigación cualitativa permite alcanzar los resultados que se buscan en el presente estudio, al indagar a través de la técnica del análisis documental y en los instrumentos que se emplearán para la misma.

### **3.1.3 Modalidad básica de la investigación**

Una de las modalidades más empleadas para la investigación científica, es el método documental a través del estudio de los instrumentos bibliográficos que permiten la utilización del método deductivo analítico, inductivo-deductivo.

En el método inductivo-deductivo se observan los enunciados generales plasmados en las normas del ordenamiento jurídico para llegar a las conclusiones particulares. Méndez (1998), afirma que: “El conocimiento deductivo permite que las verdades particulares contenidas en las verdades universales se vuelvan explícitas.” (p. 98). Asimismo, se hará uso del método exegético y hermenéutico para analizar en profundidad los diferentes aspectos normativos relacionados con el problema objeto de estudio.

La aplicación de este método, facilita las herramientas y procedimientos para realizar una adecuada interpretación de los textos legales y encontrar la forma de llenar el vacío que presenta la legislación sobre el tema.

Para comprender la normativa aplicable a los casos relativos al planteamiento del problema es necesario utilizar estos métodos de investigación. La lectura detallada de los artículos contenidos en las normas y los planteamientos doctrinarios permitirán llegar a conclusiones que no generen contradicción. Por otra parte, se empleará la recolección de información a través de la entrevista y el criterio de expertos.

### **3.1.4. Hipótesis**

El principio de formalidad de los actos relacionados con la sucesión intestada y su perfeccionamiento a la luz de la normativa notarial, contraviene el derecho fundamental de autonomía de la voluntad de las partes.

### **3.1.5 Población y muestra**

La población, está compuesta por tres (3) expertos en la materia considerando la poca cantidad de notarías que existen en el cantón Ambato; razón por la cual se trabajara con la misma sin ser necesario obtener muestra; para el análisis se aplicó entrevistas a dichos expertos; los resultados obtenidos permitirán comprobar la hipótesis planteada.

### **3.1.6 Descripción de los instrumentos Utilizados**

El principal instrumento utilizado en la presente investigación es el análisis de contenido, que consta de procedimiento que permite analizar y cuantificar los materiales de la comunicación humana en el contexto de una investigación documental. (Porta y Silva, 2003). Constituye una técnica cualitativa y cuantitativa caracterizada por la exhaustividad y que posibilita la generalización, por lo que es el instrumento principal en las investigaciones de las ciencias sociales.

Así mismo, se emplearán el instrumento de la entrevista semiestructurada para la recolección de datos, ya que este tipo de entrevistas es abierta y flexible y busca captar la percepción del entrevistador sobre determinado tema, sin imponer la opinión del entrevistador. (Monje, 2012). Los entrevistados serán juristas y notarios expertos del tema planteado en el presente trabajo, y su aporte será fundamental para el análisis de los resultados.

### **3.1.7 Descripción y Operacionalización de las Variables**

**Variable Independiente: El acto jurídico de la sucesión intestada**

CONCEPTUALIZACIÓN	DIMENSIÓN	INDICADOR	ÍTEM	TÉCNICA E INSTRUMENTO
<p>Los actos jurídicos son acontecimientos sociales que producen efectos jurídicos. En los actos jurídicos siempre está presente la voluntad, es una decisión personal, el acto de la compraventa es un ejemplo típico de acto jurídico.</p>	<p>Contratos</p> <p>Contrarios a derechos fundamentales</p>	<p>Derecho privado</p> <p>Derecho público</p> <p>Contratación</p>	<p>¿Cuáles son los requisitos para la celebración de la posesión efectiva?</p> <p>¿La sucesión intestada es una formalidad?</p> <p>¿Es posible que el procedimiento de la sucesión intestada viole el derecho de autonomía de la voluntad de las partes?</p>	<p><b>Técnica:</b></p> <p>Análisis de contenido</p> <p><b>Instrumento:</b></p> <p>Entrevista</p>

**Tabla 1.- Operacionalización de variable independiente**

**Elaborado por: Ana Ortíz**

**Fuente: Investigación Bibliográfica**

**Variables Dependientes: Derecho de autonomía de la voluntad, formalidad, efectos.**

CONCEPTUALIZACIÓN	DIMENSIÓN	INDICADOR	ÍTEM	TÉCNICA E INSTRUMENTO
<p>Todo acto de realización de contrato se hace sobre la base de una aceptación voluntaria del deseo de las partes.</p> <p>Reglas para celebrar cualquier acto jurídico.</p> <p>Afectación al derecho de autonomía y al derecho de propiedad</p>	<p>Garantía Constitucional</p> <p>Formalismo</p> <p>Vulneración de derechos</p>	<p>Libertad</p> <p>Regulación legal</p> <p>Inconstitucionalidad</p>	<p>¿Cómo está contemplado a nivel constitucional el derecho a la autonomía de la voluntad?</p> <p>¿Son las formalidades garantías constitucionales o meros formalismos?</p> <p>¿Pueden constituir los formalismos derivados de las sucesiones intestadas una vulneración a un derecho constitucional?</p>	<p><b>Técnica:</b></p> <p>Análisis de contenido</p> <p><b>Instrumento:</b></p> <p>Entrevista</p>

**Tabla 2.- Operacionalización de variables dependientes**

Elaborado por: Ana Ortiz

Fuente: Investigación Bibliográfica

### **3.1.7 Procedimiento para la recolección de información**

La presente investigación tiene su principal fuente para la recolección de información la revisión documental bibliográfica, la cual consta de libros, artículos científicos, tesis y la normas del derechos positivo aplicable a la materia. Asimismo, de manera secundaria pero no menos importante, se realizarán entrevistas no estructuradas a los expertos, los cuales nos aportarán con su experticia y conocimiento para el análisis de los resultados.

El procedimiento consistirá en recolectar toda la información documental que durará aproximadamente 5 meses, se ordenará la misma y realizará el análisis correspondiente, para posteriormente contrastar los criterios doctrinarios y jurisprudenciales con los argumentos y consideraciones personales de los expertos entrevistados, lo cual se realizará en aproximadamente 1 mes.

Finalmente, y como última etapa se redactará el proyecto de investigación que tendrá una duración aproximada de 4 meses.

### **3.1.8 Procedimiento para análisis e interpretación de resultados**

La información recolectada se procesará de acuerdo a la relevancia y actualización de los estudios encontrados y se verificará su utilidad, validez y vigencia doctrinaria. Este procedimiento ayudará a realizar el análisis de resultados y así establecer las conclusiones y recomendaciones de investigación.

El análisis de los resultados obtenidos deberán ser el producto de la selección cuidadosa del material recolectado lo cual garantizará su pertinencia y correcta interpretación

## **CAPITULO IV**

### **4.1.- Resultados.**

Los resultados obtenidos en la presente investigación se pueden clasificar entre los obtenidos en la revisión documental, y los obtenidos de las entrevistas realizadas. Los resultados de la investigación documental arrojaron que existe suficiente material doctrinario que aborden las instituciones relacionadas con el derecho de la autonomía de la voluntad, como institución civil y como derecho del ordenamiento jurídico moderno. No obstante, no se encontraron estudios suficientes que reflejen el conflicto de interés que existe entre el derecho a decidir voluntariamente sobre los actos jurídicos y los preceptos normativos que definen las formalidades de tales actos, por lo que se puede deducir que de la forma como está diseñada la legislación que regula la sucesión intestada, existe una contradicción con el principio de autonomía de la voluntad de las partes.

Por otra parte, los entrevistados han mostrado un verdadero interés en la investigación realizada, ya que existen criterios generalizados sobre el choque normativo que existe entre algunas disposiciones de carácter legal con derechos fundamentales de carácter constitucional.

### **4.2.- Análisis de los Resultados.**

Para entrar a analizar los resultados es necesario precisar los elementos más importantes recogidos por la recopilación bibliográfica para continuar con el análisis de las entrevistas realizadas a los expertos.

En primer lugar, los instrumentos normativos que sirven de base y en donde podemos encontrar los fundamentos que contemplan el derecho a la autonomía de la voluntad,



es la Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 66.16 al establecer la libertad de contratar libremente. Por otra parte, la misma constitución establece en su artículo 66.26 el derecho a la propiedad en todas sus formas, lo cual, tiene su fundamento en diversos instrumentos nacionales ratificados por la república.

Por otra parte, es necesario precisar, que las normas relacionadas con los formalismos que regulan la celebración de los actos, se encuentran recogidos en normas *infra* constitucionales, como son el Código Civil en el caso de la norma sustantiva y la Ley Notarial y el Código Orgánico General de Procesos como normas adjetivas. En tal sentido, y siguiendo el criterio doctrinario imperante, se debe entender que la protección real de derechos constitucionales no se puede ver disminuidos por normas adjetivas en tanto que éstas se desarrollan para garantizar su aplicabilidad práctica, pero nunca constituir una contradicción. Sobre esto se profundizará en las conclusiones.

Ahora bien, corresponde a esta etapa de la investigación desarrollar lo correspondiente las entrevistas efectuadas a los expertos, para lo cual se utilizó un formato de entrevista no estructurada partiendo de las premisas elaboradas en la operacionalización de variables.

### 4.3. Entrevistas realizadas a los expertos

#### Entrevista N°1

<b>Entrevistado: Artemio Polivio Narváez Montenegro Notario Única del Cantón Quero</b>	
¿Cómo considera usted que está contemplado a nivel constitucional el derecho a la autonomía de la voluntad?	Considero que ese principio debe tener un mayor desarrollo constitucional
	Sí, pero sucede que existen escrituras que requieren de mayor control para su

¿Cree que las formalidades son garantías constitucionales o meros formalismos?	celebración, y eso puede traer molestias para los usuarios
¿Pueden constituir los formalismos derivados de las sucesiones intestadas una vulneración a un derecho constitucional?	El caso de los actos sucesorales la posesión efectiva es la más solicitada y debe traer varios requisitos. Puede que ser que algunos derechos constitucionales se puedan violentar
¿Cuáles son los requisitos para la celebración de la posesión efectiva, cree que alguno es innecesario?	Solicitamos algunos documentos generales como certificados de gravámenes de la propiedad, cédula de los herederos, partidas de nacimiento y otros.
¿La sucesión intestada es una formalidad?	Si se ve desde el punto de vista del trámite, sí.
¿Es posible que el procedimiento de la sucesión intestada violente el derecho de autonomía de la voluntad de las partes?	El problema es que el difunto no pudo disponer de sus bienes en vida, y por Ley se debe seguir el procedimiento

**Tabla 3.- Entrevista N°1**  
**Elaborado por: Ana Ortiz**

### **Entrevista N° 2**

<b>Entrevistado: Wilson Ramiro Mayorga Mayorga</b> <b>Notario Primero del Cantón Ambato</b>	
¿Cómo considera usted que está contemplado a nivel constitucional el derecho a la autonomía de la voluntad?	Si mal no recuerdo se refiere a la libertad de contratación, y sí, hay un fundamento constitucional en todo ello.
¿Cree que las formalidades son garantías constitucionales o meros formalismos?	Sí son garantías pero en ocasiones son exageradas y se debe prescindir de ellas

	para garantizar otros derechos más importantes.
¿Pueden constituir los formalismos derivados de las sucesiones intestadas una vulneración a un derecho constitucional?	No, siempre que los formalismos se puedan convertir en requisitos que verdaderamente sirvan para garantizar la seguridad jurídica
¿Cuáles son los requisitos para la celebración de la posesión efectiva, cree que alguno es innecesario?	Certificados de gravámenes de la propiedad, cédula de los herederos, partidas de nacimiento, partida de matrimonio del fallecido, certificado o partida de defunción del causante, y petición firmada por algún abogado.
¿La sucesión intestada es una formalidad?	Sí, claro, la ley regula el procedimiento para hacerla efectiva con la posesión efectiva, y nosotros debemos dar fé de su celebración. Es un acto formal.
¿Es posible que el procedimiento de la sucesión intestada viole el derecho de autonomía de la voluntad de las partes?	No lo veo así, si el fallecido quiso disponer de sus bienes, puede hacerlo en vida.

**Tabla 4.- Entrevista N°2**  
**Elaborado por: Ana Ortiz**

### **Entrevista N° 3**

<b>Entrevistado: Jorge Enrique Arcos Morales</b> <b>Experto en Derecho Constitucional</b>	
¿Cómo considera usted que está contemplado a nivel constitucional el derecho a la autonomía de la voluntad?	El derecho a la autonomía de la voluntad es un derecho constitucional, efectivamente, que se traduce en el derecho de libertad de contratación. Establece en términos sencillos, que

	<p>todos tenemos el derecho de contratar de manera libre.</p>
<p>¿Cree que las formalidades son garantías constitucionales o meros formalismos?</p>	<p>Las garantías se convierten en formalismos cuando pierden su razón de ser y en lugar de garantizar derechos, los entorpece. Hay variedad de casos en nuestra legislación donde ocurre ese fenómeno. La propia constitución consagra un derecho relacionado con las formalidades que se señala que no se sacrificará la justicia por formalismos no esenciales. Esto es un punto que hay que analizar.</p>
<p>¿Pueden constituir los formalismos derivados de las sucesiones intestadas una vulneración a un derecho constitucional?</p>	<p>No, soy experto en materia sucesoral, pero cualquier norma o procedimiento que vaya en contra a algún precepto o derecho constitucional pudiera considerarse inconstitucional y en consecuencia se pudiera solicitar su nulidad.</p>
<p>¿Cuáles son los requisitos para la celebración de la posesión efectiva, cree que alguno es innecesario?</p>	<p>Desconozco los requisitos precisos, pero entiendo que los notarios suelen solicitar requisitos que pueden ser suministrados por la misma administración, lo cual, vulneraría derechos de los administrados, en su calidad de usuarios en este caso. La legislación procesal debe</p>

	<p>adecuarse a los principios constitucionales, y seguir la línea constitucional, no al contrario.</p>
<p>¿Cree que la sucesión intestada es una formalidad?</p>	<p>La institución de la sucesión, como muchas otras instituciones jurídicas, es una institución muy antigua, y la norma que regula su procedimiento que es el Código Civil también. Esas instituciones normalmente no van fueron diseñadas de acuerdo a las nuevas corrientes de derecho por lo que suelen traer problemas en la práctica. Definitivamente el acto sucesoral reviste de varias formalidades. Lo interesante es saber si esas formalidades son contrarias a la constitución.</p>
<p>¿Es posible que el procedimiento de la sucesión intestada violente el derecho de autonomía de la voluntad de las partes?</p>	<p>Creo que si es posible. Las personas deberían tener derecho a disponer libremente de sus bienes, es una garantía constitucional.</p>

**Tabla 5.- Entrevista N°3**  
**Elaborado por: Ana Ortiz**

De las entrevistas realizadas y la documentación analizada, se puede observar que existe una idea muy general sobre la antinomia que puede existir en las diferentes normas que regulan los actos relacionados con la sucesión intestada y sus efectos. Para la doctrina, tanto el derecho de la autonomía de la voluntad y el derecho de propiedad son derechos fundamentales que deben primar por sobre cualquier tipo de procedimiento, y en este sentido, se puede establecer que existe un consenso general.

Respecto al resultado de las entrevistas se puede observar que los señores Notarios, poseen un criterio bastante estricto con relación a la celebración del acto de la posesión efectiva como forma de hacer efectivo el derecho a la sucesión. Para los señores Notarios, las formalidades del acto es un mandato legal del cual no se puede prescindir, y del cual están obligados a seguir so pena de incurrir en responsabilidades, civiles, penales y administrativas. Ellos no deben entrar en el problema de fondo relacionado con la restricción de derechos como la libertad de contratación, sino que deben regirse por la normativa notarial, aunque, reconocen que, en ciertos casos, la rigurosidad de la norma puede impedir que las personas tomen decisiones de forma más libre, y en consecuencia se pudieran presentar vulneraciones a derechos fundamentales.

El entrevistado experto en derecho constitucional posee una visión diferente del problema planteado a través de las preguntas realizadas. Para él, el tema de los derechos constitucionales es fundamental y cualquier aspecto normativo relacionado con posibles contradicciones, se pueden considerar inconstitucionales. El experto señala que la norma constitucional debe privar al momento de considerar cualquier situación jurídica, y en caso de que alguna norma contradiga la constitución, la misma debe ser revisada.

## **CAPITULO V**

### **5.1. Conclusiones**

El tema de los derechos fundamentales sin duda alguna constituye un avance importante en el desarrollo de la justicia en nuestras sociedades. A lo largo de la historia, se han reconocido más derechos a más personas, y la concepción de libertad se ha vuelto más amplia en los últimos años.

El derecho de la autonomía de la voluntad de las partes, está íntimamente ligado con el resto de derechos relacionados con la libertad, tal como ocurre con el derecho a la propiedad, y gran parte de nuestra legislación debe ir orientada en esa dirección, a garantizar derechos de manera progresiva tal y como se ha establecido en la doctrina más calificada de derechos humanos y garantías constitucionales.

Las sucesiones, en cualquiera de sus formas constituye una importante institución jurídica que ha servido para garantizar el orden de mantenimiento de un estatus jurídico determinado. Es necesario que la sociedad tenga seguridad sobre el destino de los bienes de sus familiares fallecidos, y eso garantiza en gran medida el derecho a la propiedad. Sin embargo, en la sucesión intestada a diferencia de la sucesión testamentaria, se podría afirmar que está mucho más ausente la voluntad del testador, ya que la vulneración de derechos no se da de manera tan notoria. El problema que se presenta con la sucesión intestada se centra en la involuntariedad que caracteriza la disposición de los bienes, limitándolo a lo establecido por la norma, lo que, a nuestro criterio, contraviene el principio fundamental de la autonomía de la voluntad como principio fundamental de cualquier actuación jurídica.

La legislación civil imperante en nuestro sistema, siguiendo la tradición del sistema legal romanista, que no ha sufrido mayores variaciones de fondo, dispone de los bienes del causante de manera que sea una regla general para todos los casos, por lo que la libertad de su disposición solo tuvo la oportunidad de aprovecharse en el testamento, por lo cual, si no se aprovechó en esa oportunidad, y la muerte es sorpresiva o sobrevenida, se pierde el derecho de disposición, lo cual pueda traducirse en una vulneración de derechos a terceros y de lo que pudo haber sido la voluntad del causante en vida.

En tal sentido, pudiera considerarse que existe un vacío jurídico – filosófico sobre la concepción de la sucesión como institución, más aún, considerando los avances en materia de derechos que ha tenido la sociedad moderna.

Por otra parte, las instituciones creadas para hacer efectiva la celebración de los actos relacionados con las sucesiones no están diseñadas para garantizar el respeto del derecho de autonomía de la voluntad. La posesión efectiva es el medio por el cual los notarios ejecutan el reconocimiento de los herederos sobre los bienes de la persona fallecida, y esto lo hacen sin perjuicio de los derechos que puedan tener varias personas, lo que complica aún más la situación de la sucesión.

Todo lo anterior, sin lugar a duda contraviene la autonomía de la voluntad de la persona que tiene ánimos de heredar, al frenar la libertad de contratación, entendiendo que la sucesión, es un acuerdo más de voluntades, entre alguien que sucede y quien va a suceder.

Nuestra legislación vigente, no se ha ocupado de seguir las corrientes modernas de progresividad de derechos, y esto se traduce en un rezago conceptual de muchas de nuestras instituciones del derecho. Calvo, citado por De la O (2016) señala:



El principio de progresividad hace referencia al reconocimiento de prestaciones mayores y superiores en relación con cada uno de los derechos sociales, económicos y culturales, que no excusa el incumplimiento del deber de Estado de asegurar, tan pronto como sea posible coberturas universales de los contenidos mínimos de esos derechos y que implica la presunción de inconstitucionalidad de las decisiones de las autoridades encargadas de regular el tema de los derechos sociales de retroceder frente a determinado nivel de protección alcanzada.

El estado ecuatoriano, debe avanzar en el camino de la progresividad de derechos y abandonar los dogmas culturales, o costumbres que en nuestros tiempos ya no tienen razón de ser. La inobservancia de derechos fundamentales nos limita el ejercicio de los mismos, y nos hace retroceder como sociedad y como nación en el avance de nuevas y mejores condiciones de vida para nuestros pueblos.

## **5.2 Recomendaciones**

Es de vital importancia, que el tema del presente trabajo de investigación sea más ampliamente estudiado en razón de que sus implicaciones jurídicas abarcan la esfera constitucional y en consecuencia en la de derechos fundamentales. Es necesario concienciar a la comunidad académica y profesional sobre la necesidad de prestar mayor atención a los postulados constitucionales y en materia de derechos humanos, ya que en términos generales no se ve suficientemente arraigados en la comunidad profesional las nociones sobre derechos y garantías respecto a las incongruencias que existe con la legislación ordinaria.

El estado de derecho y las instituciones constitucionales pueden constituir un gran aporte para superar los viejos y caducos paradigmas del derecho civil, que cada vez con más frecuencia se verán los choques, contradicciones y posibles

inconstitucionalidades por contrariar las tendencias que en materia de derechos se estarán desarrollando en el mundo, y que nuestro país forzosamente tendrá que ir asumiendo a través de la ratificación de los diversos instrumentos internacionales.

Se evidencia una necesidad imperiosa de rediseñar la institución de la sucesión para armonizarla con los derechos constitucionales y proteger los derechos, tanto del causante como de otros herederos interesados

Para ello, la figura de la reforma legislativa, se convierte en el medio legal para impulsar los cambios normativos requeridos, y tanto el Código Civil, como el Código Orgánico General de Procesos, y la Ley Notarial, deberán sufrir las modificaciones a que haya lugar, y los profesionales del derecho, así como los jueces con competencia en materia constitucional deberán aportar sus conocimientos para hacer posibles tales cambios.

## BIBLIOGRAFÍA.

1. Pérez Guerrero, A., y Gaspare, L. (1975). La sucesión por causa de muerte. Quito: Dos volúmenes, tercera edición.
2. Ámbito jurídico. (2011). De la forma de los contratos. Recuperado de: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/de-la-forma-en-los-contratos/>
3. Bufete Buades. (2016). Las solemnidades contractuales. Recuperado de: <https://www.bufetebuades.com/analisis-sobre-las-solemnidades-contractuales/>
4. Bossano, G. (1983). Manual de Derecho Sucesorio, (p. 25). Tomo 1.
5. Burneo, J. (2020). Libertad de Contratación. Recuperado de: <https://www.derechoecuador.com/libertad-de-contratacion>
6. Cabanellas, G. (1989). Diccionario enciclopédico de derecho usual. (p. 237). Tomo 2. Buenos Aires: Editorial Eliasta.
7. Carrara, F. (S.F). “Programa de Derecho Criminal” (p. 43). Volumen (1). Bogotá: Editorial Temis.
8. Castrillón, V. y Luna. (S/F). La libertad de contratar. Revista Unam. Recuperado de

<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:qToRDzebYqEJ:revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/download/60936/53740+&cd=1&hl=qu&ct=clnk&gl=ec>

9. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR (2008). Recuperado de [https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4\\_ecu\\_const.pdf](https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf)
  
10. CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS SUSCRITA EN LA CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (1969). Recuperado de [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm)
  
11. Declaración universal de DDHH (2015). ONU. [https://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR\\_booklet\\_SP\\_web.pdf](https://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf)
  
12. De la O, J (2016). El Principio de Progresividad de los Derechos Humanos en México: Reseña de una Sentencia Judicial. Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública. México: Instituto Federal de Defensoría Pública.
  
13. Diccionario de la Real Academia Española (2020). Definición de “Suceder”. Recuperado de <https://dle.rae.es/suceder>
  
14. Enciclopedia Jurídica (2020). Acto Jurídico. Recuperado de <http://www.enciclopedia-juridica.com/d/acto-jur%C3%ADdico/acto-jur%C3%ADdico.htm>

15. García, J. (2015). El Derecho a la Propiedad. Recuperado de:  
<https://www.derechoecuador.com/derecho-a-la-propiedad>
16. Hernández, K. (2013). El principio de autonomía de la voluntad contractual civil. sus límites y limitaciones. Málaga: Universidad de Málaga.
17. Méndez, C. (1997) Introducción a las Técnicas de Investigación Social. Argentina.: Colección Guindance.
18. Mora, J. (2007). La importancia de la propiedad. Recuperado de:  
<https://www.juandemariana.org/ijm-actualidad/analisis-diario/la-importancia-de-la-propiedad>
19. Morales Hervias, R. (2009). Hechos y actos jurídicos. Foro Jurídico, (09), 14-24.  
Recuperado de:  
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18509>
20. Muñoz, L. (1973). Teoría General del Contrato. México: Cárdenas Editor y Distribuidor.
21. Orrego, J. (2019). Los Modos de Adquirir el Dominio. Recuperado de:
  - a. <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:towNzroCyJgJ:www.juanandresorrego.cl/app/download/5566912571/Los%2BModos%2Bde%2BAdquirir%2Bel%2BDominio.pdf%3Ft%3D1362357588+%&cd=1&hl=qu&ct=clnk&gl=ec>
22. Payares, E. (1952). Diccionario de Derecho Civil. México: Editorial Porrúa S.A.
23. Pina, R. (1984). Diccionario de Derecho. (p. 510). México: Ed. Porrúa S.A.

24. Pons, M. (2017) Derecho de Obligaciones. Principios de Derecho Civil. Madrid: Tomo segundo, vigesimoprimera edición. Recuperado de <https://www.marcialpons.es/media/pdf/9788491232797.pdf>
25. Portilla, M. (2008). La sucesión testamentaria. Recuperado de: <https://www.derechoecuador.com/la-sucesion-testamentaria>
26. Rivera, J. (1998). Instituciones del Derecho Civil-Parte General. Buenos Aires: Abeledo – Perrot. Recuperado de <https://www.iberley.es/temas/teoria-general-contrato-autonomia-voluntad-31151>
27. Rojina, R. (1975). Derecho Civil Mexicano. (p. 325). México: Tomo 1. 2º edición.
28. Sánchez, F. (2008). Estudios de Derecho Civil. (p. 2522). Navarra. España: Editorial: Analecta.
29. San Román. (2014). La importancia del derecho de propiedad en el desarrollo económico. Recuperado de: [http://ecorfan.org/bolivia/series/Topicos%20selectos%20de%20Recursos\\_III/Articulo%207.pdf](http://ecorfan.org/bolivia/series/Topicos%20selectos%20de%20Recursos_III/Articulo%207.pdf)
30. Tamayo. M. (2002) El proceso de la investigación científica. México: Editorial Limusa, S.A.

31. Vidal, J. (2008). Análisis Crítico De Los Requisitos Para Suceder Por Causa De Muerte En La Legislación Ecuatoriana. (tesis de pregrado). Universidad del Azuay, Cuenca, Ecuador. Recuperado de: <http://dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/datos/812/1/06920.pdf>
32. Villegas F. (2010). Derecho Romano. Recuperado de: <http://vhfderechoromano.blogspot.com/2010/07/tema-14-propiedad.html>
33. Zannoni, E. (2000). Tratado de Derecho Civil - Derecho de las Sucesiones, Tomo 1. 3era. Edición, Ed. Astrea.
34. Zevallos, M. (2018). Las consecuencias jurídicas de la posesión efectiva y actos de disposición frente a terceros herederos o legatarios. (tesis de pregrado). Recuperado de: <http://repositorio.ucsg.edu.ec/bitstream/3317/11907/1/T-UCSG-POS-DNR-65.pdf>
35. Saavedra S., y Buenaventura, E. (1942). Derecho romano traducciones y apuntes (tesis de doctorado). Bogotá. Recuperado de <https://www.worldcat.org/title/derecho-romano-traduccion-y-apuntes/oclc/22555088>