



FACULTAD DE DERECHO

**EL EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA AL AMPARO  
DEL DERECHO PROCESAL ECUATORIANO Y LAS NUEVAS  
ATRIBUCIONES NOTARIALES**

Trabajo de Titulación presentado en conformidad a los requisitos  
establecidos para optar por el título de:  
Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República

Profesor Guía:  
Dr. Juan Carlos Córdova

Autora:  
Adriana Paola Rosas Lanas

Año  
2012

### **DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA**

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con la estudiante, orientando sus conocimientos para un adecuado desarrollo del tema escogido, y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.”

---

Dr. Juan Carlos Córdova

C.I.: 0102847746

### **DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE**

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes”.

---

Adriana Paola Rosas Lanas

C.I.: 180256865-7

## **AGRADECIMIENTO**

Mis agradecimientos más profundos a todas las personas que hicieron posible la culminación exitosa de esta investigación, especialmente a Dios, a mis padres por ser el pilar fundamental de mi vida y a mi hermana por el apoyo incondicional y motivación para que cumpla con una de las metas más importantes en mi vida. También agradezco a todos los docentes de la Facultad de Derecho en especial al Dr. Juan Carlos Córdova por los conocimientos compartidos y enseñados para mi desarrollo profesional.

***Adriana***

## **DEDICATORIA**

A Dios, quien me dio la fe, la fortaleza, la salud y la esperanza para terminar este trabajo.

A mis padres, quienes me enseñaron desde pequeña a luchar para alcanzar mis metas.

Mi triunfo es el de ustedes, ¡los amo!

A mi Querido Abuelo Alfredo Lanas quien a pesar de no estar junto a nosotros ha sido inspiración y fortaleza para lograr culminar este gran reto.

A los que nunca dudaron que lograría este triunfo: mi hermana Gabriela, mis familiares y amigos.

***Adriana***

## RESUMEN

A partir de la reforma a la Ley Notarial publicada en el año 2006, a través de la cual se entregan ciertos asuntos de jurisdicción voluntaria para que los mismos sean resueltos por las Notarias y los Notarios, se vuelve necesario sostener un estudio de esos nuevos actos, pero tratando de evidenciar la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria ya que sobre la misma existen posiciones divergentes.

El estudio de la presente tesis tiene por objeto analizar las distintas clases de jurisdicción y, concluir, si las actuaciones de los notarios son de naturaleza jurisdiccional.

La jurisdicción voluntaria en el Ecuador se reconoce en nuestro ordenamiento jurídico, en los Códigos Civil y de Procedimiento Civil y en la Ley Notarial.

Los distintos puntos de vista doctrinarios sobre si existe jurisdicción voluntaria en los actos y contratos sobre los cuales tienen atribuciones los notarios, son abordadas, desde distintas ópticas, sin que ninguna de las teorías alcance unanimidad. Algunos países la incorporan en sus legislaciones procesales, si explican su naturaleza.

Al ser analizada esta institución a profundidad son evidentes sus inconsistencias sobre todo que se dé un procedimiento muy similar al de los asuntos contenciosos. Así queda la facultad de las personas de acudir a órganos de la función pública, como son las notarias, para realizar actos y contratos siempre y cuando se cumplan con las formalidades previstas en la ley.

En los ámbitos social y nacional las reformas realizadas a la Ley Notarial han ayudado de gran manera, no solo a los ciudadanos que pueden obtener un mejor servicio y ejecutar los trámites en un tiempo mínimo sino también a la

función judicial, la misma que acarrea problemas de corrupción y, sobre todo, de carga procesal, debido a que los juzgados están saturados de trámites realmente contenciosos por lo que los procesos se demoran meses y años.

El objetivo principal de esta tesis es plantear una propuesta para otorgarles más atribuciones a los notarios, con la finalidad de dar mejor servicio a los administrados a fin de que tengan el derecho a acceder a un servicio público eficiente y rápido.

## ABSTRACT

The study of this thesis is to analyze the different kinds of jurisdiction, and conclude whether the actions of notaries, according to the legal structure are well known voluntary jurisdiction "jurisdiction."

Voluntary jurisdiction in Ecuador is recognized in our legal system, the Constitution of the Republic to be more specific in the Civil Code and Civil Procedure Code and the special law is Law Attorney.

The different doctrinal views on whether there is jurisdiction voluntary acts and contracts which have powers notaries are approached from different angles without any of the theories of nature reach unanimity, so to not be justified theoretically some countries incorporate this institution in its procedural laws.

To be analyzed in depth of the obvious inconsistencies especially given to these acts or contracts where the expression of intent weighs no contest or litigation, a procedure very similar to the contentious issues. So is the ability of people to go to public bodies, such as notaries, deeds and contracts for as long as there is the fundamental requirement that the expression of intent by the petitioners.

On the social and national reforms to the law have greatly helped not only to citizens who can get a better service and paperwork in no time but also the judiciary, which carries the same problems of corruption especially caseload, because the courts are saturated truly contentious paperwork so the process takes months and years.

The main objective of this thesis is to raise a proposal to grant more powers to notaries, in order to provide better service to citizens and have the right to access a fast and efficient public service.



## ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>1</b>
<b>1 CAPITULO I. NOCIONES GENERALES DE LOS TIPOS DE JURISDICCIÓN EN EL ECUADOR .....</b>	<b>3</b>
1.1 ASPECTOS GENERALES DE LA JURISDICCIÓN .....	3
1.1.1 Definiciones Doctrinarias y Legales acerca del Concepto Jurisdicción .....	5
1.2 NATURALEZA DE LA JURISDICCIÓN .....	7
1.3 CARACTERÍSTICAS DE LA JURISDICCIÓN .....	11
1.4 MANIFESTACIONES DE LA JURISDICCIÓN .....	14
1.4.1 Manifestaciones Concretas de la Potestad Jurisdiccional .....	14
1.5 CLASES DE JURISDICCIÓN .....	17
1.5.1 Jurisdicción Voluntaria .....	18
1.5.2 Jurisdicción Contenciosa .....	19
1.5.3 Jurisdicción Ordinaria .....	20
1.5.4 Jurisdicción Preventiva .....	21
1.5.5 Jurisdicción Privativa .....	22
1.5.6 Jurisdicción Legal .....	23
1.5.7 Jurisdicción Convencional .....	23
<b>2 CAPITULO II. LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA EN EL RÉGIMEN JURÍDICO ECUATORIANO .....</b>	<b>24</b>
2.1 DERECHO NOTARIAL Y JURISDICCIÓN VOLUNTARIA .....	24
2.2 EL ACTO NOTARIAL .....	27
2.3 PRINCIPIO DE FE PÚBLICA .....	28
2.4 RESPONSABILIDAD DEL NOTARIO .....	29
2.5 DELITOS VINCULADOS AL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN NOTARIAL .....	32
2.6 LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA EN EL RÉGIMEN JURÍDICO ECUATORIANO .....	33
2.7 REFORMAS A LA LEY NOTARIAL .....	41
<b>3 CAPITULO III. FUNDAMENTOS TEÓRICOS DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA EN EL ANÁLISIS DE LOS ACTOS EJERCIDOS POR LA FUNCIÓN NOTARIAL .....</b>	<b>43</b>
3.1 LA JURISDICCIÓN EN GENERAL, ELEMENTOS CONSTITUTIVOS .....	43
3.1.1 Notio .....	43

3.1.2	Vocatio.....	44
3.1.3	Coertio .....	45
3.1.4	Judicium.....	46
3.1.5	Executio .....	47
3.2	TEORÍAS SOBRE LA NATURALEZA DE LA JURISDICCION VOLUNTARIA .....	49
3.2.1	Teoría de la Función Especial.....	51
3.2.2	Teoría de la Jurisdicción Especial.....	51
3.2.3	Teoría de la Función Administrativa.....	51
3.3	FUNDAMENTOS DE LA JURISDICCION VOLUNTARIA .....	52
3.4	ANÁLISIS DEL PRINCIPIO DE LA UNIDAD JURISDICCIONAL.....	55
3.5	CASOS ESPECIALES DE LA JURISDICCION VOLUNTARIA .....	56
<b>4</b>	<b>CAPITULO IV. ANÁLISIS DE LAS REFORMAS LEGALES Y DE LAS ACTUACIONES POR PARTE DE LOS NOTARIOS .....</b>	<b>60</b>
4.1	EL NOTARIO PUBLICO DEFINICIONES DOCTRINARIAS Y LEGALES .....	60
4.2	BREVES ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA FUNCIÓN NOTARIAL .....	64
4.3	LA NATURALEZA DE LA FUNCIÓN NOTARIAL.....	65
4.4	LA FE PÚBLICA EN LA FUNCIÓN NOTARIAL.....	72
4.5	ACTOS NO CONTENCIOSOS QUE PUEDEN SER DE EXCLUSIVO CONOCIMIENTO DEL NOTARIO.....	73
<b>5</b>	<b>CAPÍTULO V. LA JURISDICCION VOLUNTARIA EN EL RÉGIMEN JURÍDICO ECUATORIANO .....</b>	<b>92</b>
5.1	PRINCIPIO DE LEGALIDAD .....	93
5.2	LA CONTROVERSA ENTRE LA JURISDICCION CONTENCIOSA Y LA JURISDICCION VOLUNTARIA .....	95
5.3	LA JURISDICCION COMO DERECHO SUBJETIVO PÚBLICO Y COMO OBLIGACION DEL ESTADO .....	97
5.4	DIFERENCIAS ENTRE LA JURISDICCION CONTENCIOSA Y LA JURISDICCION VOLUNTARIA EN EL ECUADOR .....	98
<b>6</b>	<b>CAPÍTULO VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES .....</b>	<b>104</b>
6.1	CONCLUSIONES.....	104
6.2	RECOMENDACIONES .....	105
	<b>Referencias .....</b>	<b>107</b>



## INTRODUCCIÓN

“El análisis de la situación de los derechos humanos en Ecuador indica que muchas de las violaciones de los derechos fundamentales tienen su origen en deficiencias de la administración de justicia”. (<http://www.cidh.oas.org>)

La administración de justicia es un pilar fundamental de la democracia, entendiendo por justicia aquella definición simplificada que habla de otorgar a cada quien lo que le corresponde. Ahora bien, conforme a la vigente Constitución de La República, el ejercicio de la potestad judicial corresponde únicamente a los órganos jurisdiccionales de la Función Judicial, siendo el sistema procesal un medio para la realización de la justicia. La democracia como sistema político necesariamente se basa en el reconocimiento y respeto a los derechos humanos cuya protección solo puede ser garantizada por una administración de justicia independiente, imparcial y eficaz.

La jurisdicción voluntaria en el Ecuador se reconoce en el Código Civil, Código de Procedimiento Civil, Ley Notarial y otros cuerpos legales que forman parte del ordenamiento jurídico interno. Consiste en la facultad de los notarios de dar validez y legalidad a ciertos actos y contratos; se activa con un pedido de parte interesada en el cual no existen intereses contrapuestos de uno hacia con otro, por lo que, claramente, se establece que no hay conflicto ni litigio entre partes. Por lo tanto, la jurisdicción voluntaria esta creada para que el Estado tenga mayor control de este tipo de procesos en los cuales las personas no disputan ni litigan en sus relaciones o estados jurídicos.

Los notarios son funcionarios públicos que actúan por voluntad del Estado, para vigilar el cumplimiento de las solemnidades previstas en la ley, son encargados de ejercer esta controvertida “jurisdicción” especial y así controlar, verificar y autenticar los intereses específicos de los peticionarios.

En el análisis acerca de los beneficios que se produjeron en la sociedad al aumentar las atribuciones de los notarios conlleva a que el presente estudio se plantee la necesidad de un sustancial aumento de facultades a las Notarias y a los Notarios con el fin de reducir la carga procesal que existe en los juzgados, siempre y cuando estos actos respondan a cuestiones de la denominada jurisdicción voluntaria y por ende no exista una contienda entre los peticionarios. Sin duda, los esfuerzos del Estado y la relevancia que se da en favor de la reforma judicial requieren de un incremento de recursos humanos y materiales y la creación de un sistema moderno, de lo contrario no se podrán superar los problemas de la administración de justicia.

Finalmente, la tesis centraliza una visión general acerca del indispensable mejoramiento del sistema público, pues el hacer efectivo el Derecho supone la participación no sólo de la Función Judicial como la encargada de administrar justicia sino de servidores que permitan hacer de la misma ágil, eficiente y factible en el que la sociedad civil siente las bases y edifique una verdadera cultura de justicia.

# 1 CAPITULO I. NOCIONES GENERALES DE LOS TIPOS DE JURISDICCIÓN EN EL ECUADOR

## 1.1 ASPECTOS GENERALES DE LA JURISDICCIÓN

El origen de la jurisdicción se remonta a varios siglos atrás, a la época de las monarquías en la que el ejercicio de la justicia radicaba en el poder del rey o de sus más allegados. Su evolución se produce gracias a los aportes de los jurisconsultos, por ejemplo, en el Derecho Romano, el maestro Justiniano, quien con su obra de codificación llamada el Corpus Iuris Civile compuesta de cuatro partes entre ellas “Digesto”, se puede hallar por primera vez el término de *jurisdicción*.

La función jurisdiccional concebida como la facultad de administrar justicia, obedece a un progreso histórico, durante mucho tiempo se concibió la función jurisdiccional como una parte de la administración del Estado y, por tanto, regida por el Derecho Administrativo, por consiguiente la facultad judicial se ejercía a través de una función administrativa.

“Etimológicamente la palabra jurisdicción viene del latín *iuris dictio* que significa, decir el derecho”. (Calamandrei, 2000, p. 102) El tratadista Piero Calamandrei en referencia a la jurisdicción inicia denominando la “declaración de certeza” a través de la cual trata de declarar cuál es el derecho en el conflicto, o sea, quién tiene la razón, esto es lo que se realiza a través del llamado “proceso de conocimiento”, que es el medio por el cual la jurisdicción “dice el derecho”.

La jurisdicción surge dentro de las diferentes sociedades como un medio de pacificación social y, conforme avanza la civilización, la actividad jurisdiccional no se limita a una función amigable, sino también a la de garantizar la observancia de la ley en cuanto a poder dirimir y resolver las diferencias conforme a las reglas previamente establecidas.

La división de poderes del Estado permite distinguir a la función jurisdiccional, como un elemento fundamental de la estructura estatal, que facilita aplicar la normativa expedida por la función legislativa, por lo que es una función procesal que decide sobre el derecho sustancial.

La jurisdicción (del latín *iuris*, decir o declarar el derecho) es la potestad, derivada de la soberanía del Estado, de aplicar el Derecho en el caso concreto, resolviendo de modo definitivo e irrevocable una controversia, que es ejercida en forma exclusiva por los tribunales de justicia integrados por jueces autónomos e independientes.

Uno de los principales rasgos de la potestad jurisdiccional es su carácter irrevocable y definitivo, capaz de producir en la actuación del derecho lo que técnicamente se denomina cosa juzgada.

La función de la jurisdicción “es la declaración de certeza”. (Cabrera, 1996, p. 83)

La doctrina establece que los elementos de la jurisdicción son: “El elemento subjetivo: se refiere a la presencia de un funcionario jurisdiccional, llámese juez u otra autoridad o particular con dicha facultad y los sujetos procesales intervinientes en el proceso, en calidad de partes o terceros. El elemento formal: alude al procedimiento y a cada una de las formas que deben seguirse por los órganos jurisdiccionales a la hora de administrar justicia. Y el elemento material: tiene que ver con el contenido de la jurisdicción, con el conflicto intersubjetivo de intereses, con la pretensión contenida en la demanda, la cual materializa el derecho de acción”. (Ramírez, Bustamante, et. al. 2010, p.139)

Por todo lo manifestado anteriormente se puede precisar que la jurisdicción es una de las formas en que el Estado se manifiesta y cumple su objetivo fundamental, de otorgar el derecho a quien corresponda, generalmente el ejercicio procesal se concreta en su órgano ejecutor, a través de la

administración de la justicia. El poder judicial, además, tiene a su cargo otras facultades de distinta naturaleza, como es el caso de la denominada jurisdicción voluntaria que faculta a los jueces autorizar o solemnizar ciertos actos que, en la práctica, interfieren con la actividad contenciosa de juzgar.

### **1.1.1 Definiciones Doctrinarias y Legales acerca del Concepto Jurisdicción**

En sentido coloquial, la palabra "jurisdicción" es utilizada para designar el territorio (estado, provincia, municipio, región, país, etc.) sobre el cual esta potestad es ejercida. Del mismo modo, por extensión, es utilizada para designar el área geográfica de ejercicio de las atribuciones y facultades de una autoridad o las materias que se encuentran dentro de su competencia; y, en general, para designar el territorio sobre el cual un Estado ejerce su soberanía.

**Concepto:** En palabras del distinguido profesor, Eduardo Couture: "Es la función pública, realizada por los órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determinan los derechos de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones bajo autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución". (<http://es.wikipedia.org>)

El jurisconsulto colombiano Enrique Vescovi en referencia a este tema señala: "La jurisdicción es la función estatal destinada a dirimir los conflictos individuales e imponer el derecho". (Vescovi, 1999, p. 99)

El tratadista Giuseppe Chiovenda define que la jurisdicción es "la función del Estado que tiene por fin la actuación de la voluntad concreta de la ley mediante la sustitución de la actividad individual por la de los órganos públicos, sea para afirmar la existencia de una actividad legal, sea para ejecutarla ulteriormente". (Cabanellas, 1996, p. 48)



En la citada definición se descarta la posibilidad de que cualquier otra persona ostente la facultad de administrar justicia.

El jurisconsulto Eduardo Couture señala que la jurisdicción es “la función pública realizada por órgano competente del Estado, con las formas requeridas por ley, en virtud del cual. Por acto de juicio y la participación de sujetos procesales, se determina el derecho de partes, con el objeto de dirimir sus conflictos de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución”. ([www.derechoecuador.com](http://www.derechoecuador.com))

Con “...formas requeridas por ley...” se refiere al nacimiento de la ley, ya sea formalmente (procedimiento legislativo) o materialmente. En “...por acto de juicio...” se refiere al proceso y su procedimiento. En esta definición E. Couture introduce dos elementos más del la jurisdicción: La coerción y la ejecución”. (Cabanellas, 1996)

Otra definición nos aporta el especialista Iván Escobar Fornoci, quien nos señala que: “La jurisdicción es el deber que tienen el poder judicial para administrar justicia, derechos y obligaciones de aplicar la ley”. (Quisbert, 2012)

A continuación me permito señalar diversas acepciones del término jurisdicción:

- a) Como ámbito territorial:** debe ser descartada, ya que se aparta claramente de lo que constituye la jurisdicción.
- b) Como competencia:** diversos preceptos legales confunden la jurisdicción con la competencia, en circunstancias que se trata de conceptos distintos, si bien existe respecto de ellos una relación de totalidad a parte.
- c) Como poder:** para referirse al conjunto de atribuciones del cual se encuentran dotados los diferentes órganos del poder público. Pero, tratándose de los órganos jurisdiccionales la sola noción de poder no

permite delimitar el concepto de jurisdicción. En efecto, la jurisdicción no sólo implica poder, sino que también deber que requiere ser ejercido por el órgano para resolver los conflictos que le promuevan las partes.

**d) Como función:** la jurisdicción es una función que debe ser ejercida para resolver los conflictos de relevancia jurídica que se promuevan en el orden promuevan en el orden temporal. (<http://derecho.ugalca.cl>)

Ahora bien, hay que hacer una aclaración con el afán de señalar que el legislador a través de su labor normativa ha encomendado asuntos jurisdiccionales a órganos que no forman parte del Poder Judicial, así podemos apreciar por ejemplo en el caso de la Asamblea en lo referente al Juicio Político, la Contraloría General del Estado a través de sus resoluciones vinculantes o el Director del SRI a través de resoluciones que amplían y afectan el Régimen Tributario Interno.

La definición legal de *jurisdicción* la podemos encontrar en el artículo 1 del Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano en actual vigencia que señala al respecto:

“...jurisdicción, esto es, el poder de administrar justicia, consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada, potestad que corresponde a los tribunales y jueces establecidos por las leyes”. (Código de Procedimiento Civil , 2007)

## 1.2 NATURALEZA DE LA JURISDICCIÓN

La naturaleza de la *jurisdicción* se constituye por su estructura interna, es decir por los elementos esencialmente diferenciales que la integran, al respecto se disponen de numerosos criterios que utiliza la doctrina en la búsqueda y clasificación de sus elementos; sin embargo, tales criterios lo que han logrado es construir una simple clasificación.

La jurisdicción tiene la particularidad de ser un poder que se impone sobre todos, ya sea un organismo o entidad del Estado o un ciudadano particular sea nacional o extranjero, con esto podemos afirmar que nadie puede excusarse de su dominio; sin embargo esta obligación se manifiesta por el ejercicio exclusivo del Estado pues, de manera general, solo a él le corresponde administrar justicia.

La jurisdicción es un instrumento de solución de conflictos, una característica estrechamente vinculada a la atribución compuesta de poder y deber que tiene el Estado. El vocablo jurisdicción como elemento subjetivo es la actividad que realiza el órgano jurisdiccional, los órganos jurisdiccionales son aquellos que tienen la misión de administrar justicia, es decir, de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Pueden ser unipersonales (juzgados servidos por jueces y juzgados servidos por magistrados-jueces) o colegiados (audiencias y tribunales), (<http://es.wikipedia.org>) pero como elemento formal la constituye el procedimiento que se ha de seguir de acuerdo a las normas contenidas en los diferentes códigos procesales.

La naturaleza de la Jurisdicción señala dos tipos de criterios:

**CRITERIO ORGÁNICO.-** El fundamento de la jurisdicción está en la aplicación de la ley por parte del Poder Judicial a casos y conflictos particulares. Este criterio hoy en día se ve restringido porque también el Poder Ejecutivo, por ejemplo con un acto de determinación como es la Notificación para el pago de multa por incumplimiento de deberes formales, y el Poder Legislativo a través de un Juicio De Responsabilidades, aplican leyes.

**CRITERIO FORMAL.-** Señala que encontraremos la esencia de la jurisdicción buscando la presencia de las partes que tienen un litigio. Quienes al incitar al órgano jurisdiccional través de la acción, la pretensión y la demanda hacen que el Estado cumpla su labor jurisdiccional, y para ello requieren de una tercera persona, el juez. Entonces, la naturaleza estaría en la actividad que realiza un

tercero imparcial, quien debe resolver el conflicto de las partes. Este tercero debe resolver el conflicto en una serie de actos llamado técnicamente: proceso y a este conjunto de actividades se llama procedimiento para determinar quien tiene la razón.

Por esto se desecha este criterio, porque toca otras instituciones, como ser el proceso, el procedimiento, haciendo que nos salgamos del ámbito jurisdiccional.

**CRITERIO FUNCIONAL.-** Es de contenido amplio encontrar materia jurídica sobre la base de la función. La naturaleza de la jurisdicción no es más que, según este criterio, restablecer el espíritu social y legal cuando existe un litigio (se dice así en materia civil) o un conflicto (en materia penal) Por tanto la jurisdicción cumple una función integradora del Derecho, porque:

1. Cuando el juez aplica la ley no está aplicando a ciegas y,
2. No aplica sin razonar, sino, tiene que pensar para aplicar al caso concreto.

Al realizar esa actividad de aplicar la ley al caso concreto le está añadiendo un valor agregado a la norma. Por eso la jurisdicción cumple una función integradora.

El juez sustituye la función de raciocinio que cumplen dos sujetos en juicio. Es decir el juez está razonando por los dos, al valorar las pruebas y al emitir la sentencia". (<http://jorgemachicado.blogspot.com>)

Por eso se dice que la jurisdicción, aparte de aplicar la ley, la integra, en virtud de que cumple un papel de sustitución, es decir realiza una actividad eminentemente funcional.

“Chiovenda señala que: la función pública sustituye a la actividad particular, al litigio de estas dos personas, el demandante y el demandado. Calamandrei, dice que la jurisdicción cumple una actividad funcional de garantía que el demandante busca en el juez. Espera que este tercero imparcial vaya aplicar la ley correctamente. Es decir garantiza lo derechos que puedan alegar cada uno de estos ciudadanos”.  
(<http://jorgemachicado.blogspot.com>)

Es por ello que podemos afirmar que la actividad jurisdiccional es tan funcional que no puede desarrollarse si no existe persona que tenga una potestad que se llama acción ( una pretensión) y que se materializa a través de una demanda en materia civil o querrela en materia penal. Si no existe este demandante no empieza a funcionar este tercero imparcial juez. De ahí los aforismos latinos “*Nemo iudex sine actore*”, No puede actuar el juez si no hay demandante y “*Nemo procedat juri ex officium*”, el proceso no puede caminar de oficio.  
(<http://jorgemachicado.blogspot.com>)

Ahora bien, a partir de que la *jurisdicción* “es aquella potestad jurídica del Estado para satisfacer pretensiones”, (<http://forodelderecho.blogcindario.com>) podemos señalar que sólo puede haber jurisdicción cuando existe la calidad de cosa juzgada y ejecutoriedad, razón por la cual pueden ser consideradas jurisdicciones, la judicial, en algunos ordenamientos existe de manera singular la denominada la jurisdicción militar, cabe señalar que en algunos contratos las partes aducen someterse a la “jurisdicción arbitral” sin embargo la resoluciones arbitrales carecen por si solas de la característica de la ejecutoriedad, finalmente se habla, como lo hace nuestra Constitución de la jurisdicción de las Comunidades Campesinas o justicia indígena, sin embargo este tipo de jurisdicción especial por no encontrarse reguladas deja muchas dudas si en realidad puede hablarse de jurisdicción de justicia indígena.

### 1.3 CARACTERÍSTICAS DE LA JURISDICCIÓN

La jurisdicción es una función exclusiva del Estado que tiene el fin de satisfacer las pretensiones de los ciudadanos ante una controversia o conflicto.

Para el Derecho Constitucional y para las Ciencias Políticas, por largo tiempo la jurisdicción ha sido uno de los poderes del Estado, llamado Poder Judicial (de acuerdo a la doctrina de la separación de poderes). Mientras que, para el Derecho Procesal, constituye uno de los presupuestos procesales, y uno de los más importantes.

Esta se caracteriza por ser:

- **Constitucional:** Por que nace del ESTADO DE DERECHO cuya finalidad es la defensa de la supremacía de la Carta Magna contra los poderes del Estado asegurando que dichos poderes estén sometidos a la Constitución sin que vulneren los derechos fundamentales de las personas reconocidos y garantizados en ella.

La jurisdicción tiene esta característica de constitucional desde un sentido material, ya que significa y está determinada por la aplicación de las normas de la constitución es decir está regulado por el derecho de la Constitución ya sea a través de un órgano especializado denominado en la mayoría de países Tribunal Constitucional que está obviamente situado fuera de la Función Judicial.

Debemos hacer énfasis en que la jurisdicción es aquella que tiene la capacidad para aplicar el derecho en forma definitiva en un caso determinado, en nuestro país el Estado es el que tiene el monopolio de la jurisdicción, inclusive determina a cuales de sus órganos atribuye dicho poder, dependientes del Poder Judicial, los mismos que están señalados en el Art. 178 de la Constitución de la República, los únicos que quedan investidos de la potestad

jurisdiccional. En cambio la jurisdicción Constitucional, trata del derecho de la Constitución en razón de la materia, en otras palabras es una instancia institucional orientada al cumplimiento y vigencia de la Constitución de un país. En el caso de Ecuador se encuentra prescrito en el Art. 429 de la Constitución que sitúa de manera concreta la Jurisdicción Constitucional que posee la Corte Constitucional, este órgano reemplazó al antiguo Tribunal Constitucional, de conformidad a lo dispuesto en la quinta disposición transitoria de la Constitución del 2008, con la cual todos los bienes y potestades del antiguo Tribunal se transfirieron a la Corte, siendo el máximo órgano de control, interpretación constitucional sobre la declaratoria de constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas jurídicas que los jueces declaren inaplicables y las decisiones que adopten los órganos judiciales sobre el amparo y hábeas data, teniendo también la potestad de administrar justicia.

- **General:** Cuando un juez o tribunal en nuestro caso corte puede conocer todas las controversias que se le planteen tomando en cuenta los límites prescritos en la ley y en la materia en que esté especializado que se extiende por todo el territorio. El número de personas que pueden plantear controversias es ilimitado pues, no hay límite alguno en lo personal. Los órganos competentes están constituidos para conocer las posibles controversias que pudieran surgir dentro de la jurisdicción general y abstracta que se le concede. No está estructurado para conocer de asuntos referidos a determinadas personas.
- **Exclusiva:** Con la jurisdicción nace la propia idea del Estado por lo tanto es quien la ejerce por lo que este órgano actúa en virtud del monopolio estatal de la jurisdicción, por lo que el Estado tiene el monopolio de la jurisdicción determinando sus órganos del poder-deber, que es a los jueces y tribunales dependientes del Poder Judicial, que son los únicos que quedan investidos de la potestad jurisdiccional. Por el contrario del general, esta jurisdicción ha sido organizado para conocer las controversias referidas a personas determinadas, individualmente

consideradas, se trata de un tribunal con jurisdicción particular, dirigido al hecho de que se refiere individual o específicamente a una persona o varias personas ya individualizadas, identificadas concretamente.

- **Permanente:** Por cuanto se ejerce en todo momento, siempre y cuando un Estado tenga soberanía en el órgano jurisdiccional que atienda los casos, diligencias o procedimientos judiciales dentro de la competencia del juzgado de la instrucción, que no admitan demora sin importar el horario y los días.
  
- **Presupuesto procesal:** Hace referencia a todas las condiciones formales previas a las que está obligado el órgano jurisdiccional para resolver las controversias mediante la voluntad de la ley; según algunos estudiosos del derecho manifiestan que estos presupuestos se pueden clasificar en dos tipos:
  1. **Presupuestos Procesales de Existencia:** En este grupo se encuentran aquellas situaciones necesarias para que se origine el proceso.
  
  2. **Presupuestos de Validez:** En este grupo se encuentran las condiciones necesarias para que el proceso tenga regularidad o validez, debido que sin ellos el proceso existe pero de forma anormal.

En Latinoamérica se destaca la postura de Enrique Véscovi que estima que los presupuestos procesales no se refieren ni a la pretensión ni a la sentencia, como requisitos formales ya que ellos no se puede pronunciar la decisión de fondo bajo la figura jurídica de nulidad. Por lo que sostiene: “No se trata entonces, como la expresión (presupuestos procesales) podría hacer creer, de condiciones sin las cuales no se forma la relación procesal; son más bien requisitos sin los cuales no se puede pronunciar una decisión de fondo, de carácter válido”. (Vescovi, 1984, p. 94)



De lo señalado podemos resaltar que a la jurisdicción se la presenta como una función monopólica del Estado, aunque está es discutible tomando en cuenta la existencia de los tribunales arbitrales o los centros de mediación, evidencia que el Estado no se ha reservado o más bien no tiene monopolizado todo el poder, siendo esta realidad que difiere del criterio de algunos tratadistas quienes afirman que el poder jurisdiccional se maneja privativamente por parte del Estado, obviando que indirectamente estos métodos alternativos de solución de conflictos reconocidos por nuestro régimen jurídico, aunque a veces necesitan la asistencia del Jueces (Ejercicio de la coerción), indirectamente intervienen en el control de la jurisdicción.

#### **1.4 MANIFESTACIONES DE LA JURISDICCIÓN**

La jurisdicción como función exclusiva del Estado ejercida por los jueces para resolver los conflictos existentes de relevancia jurídica que se producen dentro de un territorio, además de aplicar el derecho objetivo al caso propuesto se manifiesta en primer lugar a través de la emisión de la sentencia que para algunos autores lo denominan también función de declaración de certeza que no es otra cosa que dar la razón a una de los sujetos procesales y en segundo lugar la ejecución de la sentencia que es el poder de coacción que tiene el órgano jurisdiccional lo cual está determinado en nuestro ordenamiento jurídico. Cuando ha existido la verdad jurídica es decir la sentencia ha sido ya pasada por autoridad de cosa juzgada.

##### **1.4.1 Manifestaciones Concretas de la Potestad Jurisdiccional**

Los poderes del Estado en determinados momentos están investidos de algunas potestades emanadas de la Carta Magna, la cual en nuestro caso otorga a los Juzgados y Tribunales el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, cumpliendo además una actividad similar a la realizada por el Poder Judicial. Inclusive este también cumple actividades administrativas; por ejemplo el Consejo de la

Judicatura, cumple el rol de administrar el Poder Judicial, así el Poder Judicial no es la excepción cuando juzga a sus partes, o les quita el fuero, esta cumpliendo una actividad jurisdiccional, no siempre cumple íntegramente su labor legislativa.

De esta forma todas las funciones que constituyen el contenido de la Jurisdicción están legitimadas por la potestad que inviste al órgano jurisdiccional su conjunto. Esta potestad jurisdiccional se manifiesta de diversos modos, y, en algunos casos, corresponde su ejercicio, en exclusiva, a funcionarios judiciales distintos, en otros resulta compartida o delegada, con otros funcionarios que sirven al organismo jurisdiccional.

LA FUNCIÓN DECISORIA es exclusiva del Juez o tribunal independientes y sometidos al imperio de la Ley, integran en su totalidad el Poder Judicial y ostentan con exclusividad la titularidad de la potestad jurisdiccional quienes se encargarán de resolver el conflicto, satisfaciendo así el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Terminando con la última resolución del Juez o Tribunal que se denomina Sentencia que es la decisión que constituye la más genuina expresión de la potestad jurisdiccional, pues tan sólo estas resoluciones suelen gozar de la totalidad de los efectos de la cosa juzgada.

En cambio LA FUNCIÓN DE DOCUMENTACIÓN corresponde, en general, al secretario del juzgado, en el sentido de que le corresponde realizar esta clase de actos, no debemos pensar, y, en consecuencia no podemos decir que esa documentación sea actividad exclusiva y excluyentemente del secretario. Debido a que los jueces en el caso de los juzgados, o los magistrados en el caso de los Tribunales a quienes correspondan las causas documentarán y motivarán sus sentencias ya que una vez extendidas y firmadas por el Juez o por todos los Magistrados según el caso que las hubiera dictado, son depositadas en la Secretaría del Juzgado o Tribunal permitiendo a cualquier interesado el acceso al texto de las mismas.

En la FUNCIÓN DE ORDENACIÓN PROCESAL consiste en la realización de todas aquellas actividades que tienen como finalidad al desarrollo y curso del proceso, aunque inicialmente corresponde el ejercicio al secretario, las actas son revisables por la autoridad judicial. En un sentido más amplio al de la ordenación procesal que comprende también la dirección procesal, la potestad originariamente, en el juez o tribunal, aparece delegada en el secretario, que formula las propuestas de resolución, que pueden ser conformadas por el Juez o Tribunal.

En la FUNCIÓN DE EJECUCIÓN. para hacer efectivo el cumplimiento de la sentencia los Jueces ostentan la potestad de ejecución, la cual se ejercita a través de los diversos procedimientos de ejecución de sentencias, cuya finalidad consiste en realizar o llevar a cabo en sus propios términos lo dispuesto en el fallo o parte dispositiva de la sentencia.

Cabe distinguir entre ejecutividad y ejecutoriedad. La primera es común a todos los actos administrativos; la segunda únicamente se presenta en los imponen deberes a los administrados y a cuyo cumplimiento se opone el particular. Los actos que crean derecho a favor de un particular no son ejecutorios sino ejecutivos; quiere decir que tienen fuerza obligatoria pero el particular no dispone de poder público para exigir por ellos mismos su cumplimiento

Todas estas funciones están garantizadas por la potestad del orden jurisdiccional en su conjunto. Esta atribuida a los jueces y magistrados, incluso a otros órganos coyunturales del mismo:

1. Función decisoria representada por El Juez.
2. Función de dirección, que la comparten el Juez y el Secretario.
3. Función documental que la cumple el Secretario o quien hace sus veces.

4. Función de ejecución que es exclusiva del Juez, pero esta puede delegarse por cuestiones de especialización a los "agentes judiciales" en determinados actos.
5. La facultad denominada como "Coerción", que cuenta con la ayuda del auxilio de la policía judicial.
6. La potestad o facultad disciplinaria, sobre todo durante el proceso
7. También hay una potestad gubernativa, es decir de conducción o de gobierno, la organización le corresponde al propio órgano de jurisdicción.

La jurisdicción añade un orden común y otro de jurisdicciones especiales y aún de una jurisdicción común frente a cualquiera otra y de una dentro de una materia como enfrentada a otras que en esa misma materia son especiales.

La justicia ordinaria que tradicionalmente se ha denominado el proceso común, es la norma, la regla, general; puede decirse de ella que entraña naturalmente una cláusula general de competencia según la cual se confía todos los asuntos que expresamente la ley no atribuye a otra.

Debemos concluir en esta parte que son los órganos jurisdiccionales los únicos que pueden ejercer esta función jurisdiccional, es decir solo ellos son quienes pueden desarrollar funcionalmente la facultad conferida por el Estado a través de normativa legal para resolver pretensiones.

## **1.5 CLASES DE JURISDICCIÓN**

El Código de Procedimiento Civil en actual vigencia en el Artículo 3, señala siete tipos de jurisdicciones, las cuales enumera taxativamente y las define de la siguiente manera:

“**Jurisdicción voluntaria** es la que se ejerce en los asuntos que, por su naturaleza o por razón del estado de las cosas, se resuelven sin contradicción”. (Código de Procedimiento Civil, 2007)

“**Jurisdicción contenciosa** es la que se ejerce cuando se demanda la reparación o el reconocimiento de un derecho”. (Código de Procedimiento Civil, 2007)

“**Jurisdicción ordinaria** es la que se ejerce sobre todas las personas o cosas sujetas al fuero común”. (Código de Procedimiento Civil, 2007)

“**Jurisdicción preventiva** es la que, dentro de la distribución de aquella, radica la competencia por la anticipación en el conocimiento de la causa”. (Código de Procedimiento Civil, 2007)

“**Jurisdicción privativa** es la que se halla limitada al conocimiento de cierta especie de asuntos o al de las causas de cierta clase de personas”. (Código de Procedimiento Civil, 2007)

“**Jurisdicción legal** es la que nace únicamente de la ley”. (Código de Procedimiento Civil, 2007)

“**Jurisdicción convencional** es la que nace de la convención de las partes, en los casos permitidos por la ley”. (Código de Procedimiento Civil, 2007)

### 1.5.1 Jurisdicción Voluntaria

La definición legal que prescribe el Código de Procedimiento Civil en su artículo 3 señala que la jurisdicción voluntaria “...es la que se ejerce en los asuntos que, por su naturaleza o por razón del estado de las cosas, se resuelven sin contradicción”. (Código de Procedimiento Civil, 2007)

Los actos de jurisdicción voluntaria no se encuadra en el concepto de la jurisdicción, así lo sostiene Monroy en su obra “Introducción al Proceso Civil” en la que manifiesta: “[...] la actividad que se realiza durante el trámite de los procedimientos no contenciosos no es jurisdiccional precisamente porque no hay conflicto de intereses que resolver y tampoco es voluntaria porque el juez está obligado a tramitarla [...]”. (Monroy, 1996, p. 216)

- En la jurisdicción voluntaria no hay controversia concreta, sino únicamente un interés a tutelar.
- No hay partes, porque no hay conflicto; hay, en cambio, peticiones y motivos de intervención.
- Los efectos perseguidos son diferentes a los del proceso contencioso; mientras en éstos se quiere comprometer los intereses y derechos de terceros o de otro, en los procesos voluntarios los fines pretendidos son personales.
- La posición del juez en el proceso también difiere. En los asuntos litigiosos resuelve como tercero imparcial; en cambio, en los voluntarios, acude supliendo una voluntad estatal.

### **1.5.2 Jurisdicción Contenciosa**

La definición legal que prescribe el Código de Procedimiento Civil en su artículo 3 señala que la jurisdicción contenciosa “es la que se ejerce cuando se demanda la reparación o el reconocimiento de un derecho”. (Código de Procedimiento Civil, 2007)

Explícitamente, la jurisdicción contenciosa es la que ejerce para resolver una divergencia de carácter jurídico y, jurisdicción voluntaria, se denominan a los procesos judiciales seguidos sin oposición de intereses y, en los cuales, la

decisión que el juez toma no causa perjuicio alguno. En la actualidad muchos tratadistas sostienen que la jurisdicción voluntaria no es ni jurisdicción ni voluntaria, debido a que existen actos en los que los jueces intervienen por mandato legal para dar validez jurídica a dichos actos no administran justicia.

Otro criterio, afirma, en primer lugar, que la Jurisdicción Contenciosa se ejerce entre personas que, no estando de acuerdo en sus posiciones, recurren a los tribunales de justicia para que éstos, en el ejercicio de sus atribuciones, precisen el derecho de las partes.

En cambio, la Jurisdicción no Contenciosa se ejercería por personas que no tienen intereses encontrados, que no solicitan del tribunal declaraciones que puedan hacerse valer en contra de las mismas, sino que, al contrario, recurren a la justicia por expresa disposición de la ley y, para poder realizar determinados actos jurídicos. De ahí que, en doctrina, se conozca a esta jurisdicción voluntaria sea conocida como "jurisdicción inter volentes".

### **1.5.3 Jurisdicción Ordinaria**

La definición legal que prescribe el Código de Procedimiento Civil en su artículo 3 señala que la jurisdicción ordinaria "es la que se ejerce sobre todas las personas o cosas sujetas al fuero común". (Código de Procedimiento Civil, 2007)

A la Jurisdicción Ordinaria se la llama "jurisdicción principal, conocida también como fuero común. Tiene sus propios principios y características, previstos por la Constitución y por su Ley. Siendo ejercida con exclusividad por el Poder Judicial.

Los principios que más identifican a esta jurisdicción, son los de unidad y exclusividad y el de independencia, "no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente o separada del Poder Judicial con excepción

de la militar y la arbitral. No están permitidos procesos judiciales por comisión o delegación". (<http://trabajadorjudicial.wordpress.com>)

#### **1.5.4 Jurisdicción Preventiva**

La definición legal que prescribe el Código de Procedimiento Civil señala que la jurisdicción preventiva "es la que, dentro de la distribución de aquella, radica la competencia por la anticipación en el conocimiento de la causa". (Código de Procedimiento Civil, 2007)

La "función preventiva de la jurisdicción" o "mandato preventivo" es aquella facultad de los magistrados u operadores de justicia por la cual pueden y deben emitir sus órdenes judiciales contra las partes o terceros, cuando ha llegado a su conocimiento la probabilidad de que un daño llegue a suceder o pueda repetirse.

Esta función, para otros estudiosos, se denomina como "mandato preventivo" y tiene las siguientes características, según el autor citamos:

- a) Se trata de una facultad judicial de dictar resolución de oficio, es decir sin petición de parte, por lo tanto fuera del objeto litigioso,
- b) Puede afectar tanto a las partes como a terceros,
- c) A fin de evitar daños a alguna de las partes o la población en general". (García, 2008).

Este tipo de medidas son una creación tanto de la jurisprudencia como de doctrinarios como Peyrano, J. en el "mandato" preventivo y tuvo recepción en algunos Congresos como en el IV Congreso Provincial de Derecho Procesal de Santa Fe se definió a este tipo de medidas de la siguiente manera: "A título de diligencia oficiosa se acepta como posible –en casos excepcionales- que el



juez –superando los principios de legitimación y congruencia- decreta medidas –denominadas provisoriamente “mandatos preventivos”- tendientes a evitar la repetición de daños en perjuicio de terceros absolutamente ajenos al proceso respectivo, haciendo así realidad una deseada justicia preventiva”. En el IX Congreso Internacional de Derecho de Daños se concluyó: “El mandato preventivo como facultad judicial, es una solución que como atribución excepcional se pone en manos de los Magistrados, quienes a modo de diligencia oficiosa -superando los principios procesales de legitimación y congruencia- estarían autorizados a decretar medidas tendientes a evitar la repetición de daños en perjuicio de terceros absolutamente ajenos al proceso, y, de este modo hacer realidad una tan anhelada justicia preventiva”. (García, 2008)

No tienen regulación legal, si bien quienes defienden su dictado suelen basarse en un conjunto de normas, muchas de ellas interpretadas analógicamente”.

#### **1.5.5 Jurisdicción Privativa**

La definición legal que prescribe el Código de Procedimiento Civil señala que la jurisdicción privativa “es la que se halla limitada al conocimiento de cierta especie de asuntos o al de las causas de cierta clase de personas”. (Código de Procedimiento Civil, 2007)

La Jurisdicción Privativa es aquella que priva a otros jueces del conocimiento de la causa. Conforme nos manifiesta el Tratadista Ricardo Levene en su obra Manual de Derecho Procesal Penal la jurisdicción privativa “sucede cuando la jurisdicción corresponde a un determinado juez, con exclusión de cualquier otro, como en el caso de la Corte Suprema, que conoce originaria y exclusivamente en las causas que menciona el art. 116 de la Constitución Nacional (Buenos Aires)”. (Levene, 1993, p. 187)

### **1.5.6 Jurisdicción Legal**

La definición legal que prescribe el Código de Procedimiento Civil señala que la jurisdicción legal “es la que nace únicamente de la ley”. (Código de Procedimiento Civil, 2007)

Aquí cabe señalar que la calidad de “legalidad”, no es una característica exclusiva de jurisdicción, puesto que todos los actos del Estado están llamados a observar las cuestiones de legalidad. Por lo que la calidad de jurisdicción legal es un concepto que determina como común denominador su origen en la norma jurídica.

### **1.5.7 Jurisdicción Convencional**

La definición legal que prescribe el Código de Procedimiento Civil en su artículo 3 señala que la jurisdicción convencional “es la que nace de la convención de las partes, en los casos permitidos por la ley”. (Código de Procedimiento Civil, 2007)

La jurisdicción convencional proviene del acuerdo de las partes y está determinado por el acuerdo de los contratantes en determinar la jurisdicción a la que se someterán en caso de controversia y el procedimiento que aplicarán para solucionar los conflictos de intereses, que surgen o pueden surgir a lo largo de las relaciones devenidas por la ejecución del contrato.

## **2 CAPITULO II. LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA EN EL RÉGIMEN JURÍDICO ECUATORIANO**

### **2.1 DERECHO NOTARIAL Y JURISDICCIÓN VOLUNTARIA**

El derecho notarial es definido regularmente como el conjunto de normas que regulan sistemáticamente el ejercicio de la función notarial en tres dimensiones específicas: La subjetiva, relacionada con el agente de la función notarial; la objetiva, concerniente al documento notarial del que se trate, y la dinámica relativa a la técnica notarial empleada. Su contenido se puede caracterizar por estar conformado por tres tipos de normas: En primer lugar, de carácter orgánico, que regulan las funciones y competencias del órgano notarial. En segundo lugar, aquellas de tipo formal que regulan las formalidades y solemnidades propias del acto notarial, y por último aquellas de tipo sustancial que regulan la relación del notario con los particulares y con el Estado.

A diferencia del sistema anglosajón, el notariado latino goza de un carácter público “El notario latino es el profesional del Derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad, conservar los originales de estos y expedir copias que den fe de su contenido”. (Rosales, 2010). El agente notarial suele formar parte de la función judicial y su nombramiento se desprende un concurso de oposición y merecimientos entre otras formalidades. Además entre sus funciones se encuentra la administración de un archivo de protocolos donde se guardan todos los actos notariales realizados por él, y que son de propiedad estatal. La calidad pública de la función notarial se reconoce tanto en la Constitución Política, Ley Notarial como en el Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 296 dice “El notariado es un órgano auxiliar de la Función Judicial y el servicio notarial consiste en el desempeño de una función pública que la realizan las notarias y los notarios, quienes son funcionarios investidos de fé pública para autorizar, a requerimiento de parte, los actos, contratos y

documentos determinados en las leyes y dar fe de la existencia de los hechos que ocurran en su presencia. El ejercicio de la función notarial es personal, autónomo, exclusivo e imparcial”. (<http://www.cortenacional.gob.ec>)

En el notariado latino, el agente de la función notarial es un funcionario público, mientras que en el notariado anglosajón, el agente es un particular cuya función se restringe a certificar firmas. En el notariado latino, como toda función pública, el agente notarial además de sus labores de certificación tiene la de observar la legalidad de los actos. Sus servicios pueden estar tasados o no, cuando no tiene prefijado los aranceles que cobrará por sus servicios.

Otra clasificación útil para nuestra investigación es aquella que distingue entre sistemas notariales abiertos o cerrados. Los sistemas abiertos permiten la existencia de múltiples registros en una misma jurisdicción territorial, dependiendo de las necesidades poblacionales y el sistema cerrado que establece una cantidad limitada de registros.

La función notarial reviste las características de ser una actividad reglada jurídicamente, que tiene un *carácter esencialmente precautorio por cuanto* cautela los intereses privados; y especialmente por la imparcialidad del funcionario notario que se desprende del principio de fe pública, *estando* obligado a proteger a las partes en forma igualitaria.

En un sentido estructural, los servicios notariales constituyen órganos auxiliares de la función judicial como lo establece el Artículo 178 de la Constitución de la República del Ecuador. Respecto a su naturaleza jurídica, el I *Congreso Internacional del Notariado Latino*, que definió al notario como “el profesional del derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad, conservar los originales de éstos y expedir copias que den fe de su contenido. En su función está comprendida la autenticación de hechos”. Es decir, concibe a la la función

notarial en tres procesos interrelacionados: El Predocumental, que consiste en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes; el Documental, que implica dar forma legal a los documentos de privados confiriéndole autenticidad, y el Posdocumental que se relaciona con la conservación de los originales y la expedición de copias. Esta definición se sintetiza en la definición del artículo 6 de la Ley Notarial:

“Notarios son los funcionarios investidos de fe pública para autorizar, a requerimiento de parte, los actos, contratos y documentos determinados en las leyes”. (Registro Oficial No. 406).

Nuestro régimen notarial establece determinados requisitos, objetivos y subjetivos para ejercer la calidad de notario. Entre los requisitos subjetivos, se hayan requisitos de orden personal y moral tal como los prescribe el artículo 21 de la ley notarial:

No puede ser Notario:

- a) Los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad y el o la cónyuge de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia o de la Corte Superior del respectivo Distrito, salvo los casos que hubieren sido designados con anterioridad; y,
- b) Quienes hayan sido removidos o destituidos de sus cargos y no hayan sido rehabilitados conforme a la ley”

Requisitos de tipo objetivo, relativos a la idoneidad profesional como los prescritos en el artículo 200 de la Constitución de la Republica del Ecuador:

Art. 200.- Las notarias y notarios son depositarios de la fe pública; serán nombrados por el Consejo de la Judicatura previo concurso público de oposición y méritos, sometido a impugnación y control social. Para ser

notaria o notario se requerirá tener título de tercer nivel en Derecho legalmente reconocido en el país, y haber ejercido con probidad notoria la profesión de abogada o abogado por un lapso no menor de tres años. Constitución de la Republica del Ecuador, 2008)

## **2.2 EL ACTO NOTARIAL**

El instrumento público formulado conforme a derecho, contiene dos actos: el acto notarial y el acto de las partes, o negocio jurídico. El acto notarial expresa específicamente es el ejercicio de la función notarial realizada por el notario como funcionario revestido de fe pública. A través del acto notarial se reviste de validez y eficacia a ciertos actos jurídicos, es decir, se les dota de autenticidad.

El acto notarial consiste en una declaración de ciencia realizada por parte de un órgano público en ejercicio de la función notarial que tiene por objeto el comportamiento humano (propio o ajeno) o el acontecer de la naturaleza o sus resultados materiales jurídicamente relevantes, los que al asumir forma escrita, constituyen presupuestos para que el ordenamiento positivo los dote de autenticidad y eficacia.

Los caracteres fundamentales del acto notarial son los siguientes:

- a) Constituye un acto jurídico voluntario y lícito de carácter declarativo, porque no crea relaciones jurídicas sino que tiene por fin revestirlas de reconocimiento público;
- b) Es un acto público resultante del ejercicio de de la función pública notarial;
- c) Es un acto rogado, por cuanto el agente notarial está privada de actuar de oficio sino siempre a petición de parte;
- d) Finalmente, es un acto formal que se reviste de las formalidades prescritas en la ley y es formulado necesariamente por escrito;

### 2.3 PRINCIPIO DE FE PÚBLICA

La institución jurídica de la fe pública puede concebirse como una garantía para la realización normal del derecho. La fe pública se fundamenta en la necesidad de imponer el ordenamiento jurídico. La calidad que adquiere el documento notarial, por virtud de la fe pública, es una consecuencia de los poderes conferidos al agente notarial.

Por fe pública se entiende jurídicamente, a la acción de atestiguar solemnemente la validez de un acto o acontecimiento, hace referencia a un imperativo jurídico que nos obliga a tener por ciertos determinados hechos o acontecimientos, sin que podamos decidir sobre su objetividad. (Frontera, 1998). Esta potestad de prestar fe se ejerce sólo por personas dotadas de una investidura especial encomendada por el Estado. En conclusión, la fe pública se puede definir como la función específica de carácter público, que al amparo de la ley, permite que un servidor público de especiales cualidades y calidades, pueda otorgar una presunción de verdad acerca de los hechos o actos sometidos a su testimonio.

La fe pública notarial puede ser originaria cuando el notario percibe directamente el hecho o acto; y derivada respecto de los actos o documentos en los que participan terceros o que han sido autorizados por otros funcionarios. Como ejemplo de otras definiciones útiles de la “fe pública” podemos citar: “la fe pública consiste en la eficacia jurídica, en el valor, que en la normalidad de la vida jurídica y en el proceso tienen por si mismos los documentos públicos”. (Rodríguez, 1996, p. 175)

La fe pública surge de la necesidad de las personas naturales o jurídicas de disponer de documentos con la misma validez legal garantizando la seguridad jurídica de los actos y transacciones. Podemos observar que se ejerce no sólo en sede notarial sino también en sede judicial, que es ejercida por secretarios y magistrados en los actos jurídicos de orden judicial, tales como resoluciones

y certificaciones, y administrativa, que es ejercida por funcionarios públicos para dar autenticidad a los hechos y actos de gobierno.

Finalmente podemos identificar las siguientes características de la fe pública, en concordancia a la doctrina revisada y estudiada:

- a. Publicidad**, en referencia a que la fe pública es otorgada exclusivamente por agentes estatales competentes o como se denomina en el Régimen Jurídico ecuatoriano, servidores públicos denominados Notarias y Notarios;
- b. Es absoluta**, porque impone una presunción de verdad que se transmite a todo el contenido del documento, es decir en absoluto y en partes;
- c. Formal**, ya que es otorgada sólo frente al cumplimiento de solemnidades previstas en la ley;

## 2.4 RESPONSABILIDAD DEL NOTARIO

Responsabilidad es el deber de todo sujeto, sea persona natural o jurídica, privada o pública, de responder por las consecuencias de un hecho que contravenga el ordenamiento jurídico. En los casos de responsabilidad administrativa se cubre no sólo la acción sino también la omisión.

Los agentes notariales son responsables civil y penalmente por el ejercicio de su encargo, así lo podemos encontrar en codificaciones nacionales como el Código Orgánico de la Función Judicial, entre otros. Para que exista responsabilidad deben verificarse tres elementos: El daño, la imputabilidad y el nexo causal entre ambos: el daño y la imputabilidad. A diferencia de la responsabilidad objetiva, propia de la materia ambiental por ejemplo, es indispensable la atribución subjetiva del daño causado, es decir, en todos los casos deberá probarse la imputabilidad, y la culpa o dolo; este principio lo



encontramos reflejado entre los principios de aplicación de los derechos de nuestra Constitución: Art. 11, numeral 9, inc. 2º: “El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos”. Constitución de la Republica del Ecuador, 2008)

Los agentes notariales deberán responder por los actos ilícitos que cometieren en el ejercicio de su encargo. En general, la responsabilidad de los notarios, por mal desempeño de sus funciones pueden ser de tres clases: a) Administrativa, b) Civil, y c) Penal. La *responsabilidad civil* de los notarios se deriva de los daños y perjuicios ocasionados a terceros. Para que exista un acto ilícito este debe ser contrario a la ley, y para que sea punible deberá producir un daño a un tercero.

Nuestra ley notarial, en su artículo 20, establece como causales de responsabilidad civil y penal las siguientes:

Art. 20.- Se prohíbe a los Notarios:

1. Ser depositarios de cosas litigiosas o de dinero, salvo el que corresponda al valor de los impuestos que ocasione el acto o contrato;
2. Permitir que por ningún motivo se saquen de sus oficinas los protocolos archivados;
3. Autorizar escrituras de personas incapaces, sin los requisitos legales; o en que tengan interés directo los mismos notarios, o en que intervengan como parte su cónyuge o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad;

4. Otorgar, a sabiendas, escrituras simuladas;
5. Ejercer libremente la abogacía o ejercer un cargo público o privado remunerado a excepción de la docencia universitaria;
6. Permitir que, mientras viva el testador alguien se informe de sus disposiciones testamentarias, si no fuere el mismo testador;
7. Autorizar escrituras en que no se determine la cuantía del acto o contrato, o en que se estipule la alteración de ellas por cartas o documentos privados. (Ley Notarial, Registro Oficial No. 406)

Art. 22.- Los protocolos se forman anualmente con las escrituras matrices y los documentos públicos o privados que el notario autoriza e incorpora por mandato de la Ley o por orden de autoridad competente o a petición de los interesados.

Los protocolos pertenecen al Estado. Los notarios los conservarán en su poder como archiveros de los mismos y bajo su responsabilidad. (Ley Notarial, Registro Oficial No. 406)

Art. 44.- La infracción de los ordinales 3 y 4 del Art. 20 determina la nulidad de la escritura y el notario será destituido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales a que hubiere lugar. (Ley Notarial, Registro Oficial No. 406)

Art. 46.- La omisión de la formalidad establecida en el Art. 25 para los testamentos cerrados será penada con la destitución del notario quien además será responsable de los perjuicios. (Ley Notarial, Registro Oficial No. 406).

Por su parte, la responsabilidad penal emerge de la actuación dolosa del Notario. Nuestro código penal en su Título IV instituye a la fe pública que emana

del instrumento notarial como un bien jurídico protegido. El notario incurre en responsabilidad penal en caso de que sea autor, coautor o encubridor de algunos de los delitos tipificados en el Código Penal. Los delitos tipificados en nuestro código penal que se encuentran más relacionados al ejercicio de la función notarial son: la falsedad ideológica y material, la estafa, la destrucción o supresión de documentos, la violación del secreto profesional, y la omisión de funcionario público, entre otros casos.

## **2.5 DELITOS VINCULADOS AL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN NOTARIAL**

Tenemos en primer lugar, a los delitos de falsedad ideológica y material. En estos casos la responsabilidad penal del notario hace referencia a la afectación del contenido de una escritura o instrumento público, no siendo requisito necesario la irrogación de perjuicio, puesto que basta tan sólo con probar la existencia de la adulteración, por ejemplo, la alteración de la copia en relación con su matriz. Este delito, el de falsedad ideológica, a quien insertare o hiciere insertar en un instrumento público declaraciones falsas, concernientes a un hecho que el documento deba probar, de modo que pueda resultar perjuicio. La falsedad material en cambio, se encuentra tipificada en el Código Penal. Es decir, se tipifica tanto la falsedad material de los documentos públicos y privados.

En segundo lugar, tenemos tipificado en el artículo 560 del Código Penal al delito de estafa, por el cual se pena al que “fraudulentamente hubiere distraído o disipado en perjuicio de otro, efectos, dinero, mercancías, billetes, finiquitos, escritos de cualquier especie, que contengan obligación o descargo, y que le hubieren sido entregados con la condición de restituirlos, o hacer de ellos un uso o empleo determinado, será reprimido con prisión de uno a cinco años y multa de ocho a dieciséis dólares de los Estados Unidos de Norte América”. (Código Penal Ecuatoriano, 2007). El notario en este caso puede ser autor, o participar en otro carácter en los supuestos de hecho aquí mencionados.

En tercer lugar, la destrucción o supresión de documentos, que se tipifica en nuestro Código Penal en los siguientes términos: Por lo tanto, el notario al administrar los archivos y protocolos del registro a su encargo conserva su poder documentos de terceros, en caso de suprimir o destruir los mismos, incurrirá en el delito analizado.

La responsabilidad administrativa, por su parte se deriva del incumplimiento de las leyes administrativas, de las que se pueden desprender sanciones como multas, suspensión o destitución del cargo. (Ley Orgánica del Servicio Público, 2010)

## **2.6 LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA EN EL RÉGIMEN JURÍDICO ECUATORIANO**

A continuación citaremos varias definiciones de jurisdicción voluntaria con el afán de tener un marco conceptual que permita ilustrarnos y alcanzar un entendimiento efectivo de lo que es la denominada jurisdicción voluntaria.

GUILLERMO CABANELLAS en su diccionario dice:

“Se consideran actos de jurisdicción voluntaria todos aquellos en que sea necesaria o se solicite la intervención del juez sin estar empeñada no promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas... En ellas son hábiles todos los días y horas... Sin necesidad de solemnidades son admitidos los documentos que se presenten y las justificaciones que se ofrezcan. Apenas se haga oposición por quien tenga interés en el asunto, se hará contencioso el expediente, sin alterar la situación en que estuviesen, al tiempo de ser incoado, los interesados y el objeto de aquél; y se sujetará a los trámites del juicio que corresponda”. (Cabanellas, 1996)

También se ha dado en llamar jurisdicción voluntaria al caso en que las partes por su propia voluntad deciden someter a la competencia de un juez que

normalmente no era competente. El proceso de jurisdicción voluntaria tiene como objeto hacer constar hechos o realizar actos en que no esté presente la controversia entre partes y hayan producido o deban producir efectos jurídicos, siempre que no se provoque perjuicio para persona determinada. (Vásquez, 2000)

“El término jurisdicción voluntaria tiene su origen en el Derecho romano”. De la compilación *justiniana* pasó a la Glosa y de allí al Derecho común. El uso convalidó y la legislación posterior le dio consagración definitiva. En el Derecho moderno lo admiten algunos ordenamientos civiles y procesales. Pero en todos los países comienza a dudarse de la exactitud de su denominación, de su función y de su finalidad.

Una concepción amplia considera como jurisdicción voluntaria una actividad funcional del Estado caracterizada por estas notas: Estar actuada por órganos jurisdiccionales, u otros que en sentido lato pueden, por razón de su origen histórico, considerarse como cuasi-judiciales o pseudo-judiciales, o están, en la organización de la comunidad social, configurados como más o menos dependientes de lo jurisdiccional. Esta jurisdicción voluntaria no implica contención, como la actividad típica jurisdiccional, ni persigue inmediatamente la tutela de un interés Público, como ocurre con la función administrativa, pues se refiere a relaciones jurídicas privadas o al status jurídico de los particulares. Dentro de esta zona cabe una multiplicidad de actos cuya reducción a una categoría homogénea resulta poco menos que imposible. (Boix, 2010)

Debemos reconocer que los actos de jurisdicción voluntaria son muy numerosos, y cada uno de ellos persigue una finalidad distinta, de manera que no es posible establecer un objetivo único. Pero, simplificando la finalidad perseguida por los diversos actos voluntarios, pueden señalarse como finalidades de esta actividad de los tribunales siempre y cuando exista litigio de otra forma los notarios son competentes.

## **Análisis de la Jurisdicción Voluntaria en el Régimen Jurídico Ecuatoriano**

La Jurisdicción entendida como se establece en el Artículo 1 del Código de Procedimiento Civil es la “Potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada” (Código de Procedimiento Civil, 2007) la Jurisdicción Voluntaria también se encuentra regulada por nuestro Código de Procedimiento Civil que la define como aquella que ejercida “en los asuntos que, por su naturaleza o por razón del estado de las cosas, se resuelven sin contradicción” (Código de Procedimiento Civil, 2007), en contraposición directa con la jurisdicción contenciosa que implica el conflicto inter partes, y que tiene como objeto la reparación o el reconocimiento de un derecho.

En este mismo sentido, encontramos en el Código Orgánico de la Función Judicial una definición general de lo que debe entenderse por jurisdicción, en el que parece prevalecer el criterio formal para distinguirla de la jurisdicción voluntaria. Si en nuestro párrafo anterior sosteníamos un criterio sustancial para delimitar el contenido de la jurisdicción voluntaria, el artículo 7 del Código citado prescribe textualmente: “La Jurisdicción y la competencia nacen de la Constitución y la ley. Solo podrán ejercer la potestad jurisdiccional las juezas y jueces nombrados de conformidad con sus preceptos” (<http://www.cortenacional.gob.ec>). En el mismo sentido, nuestra Constitución Política en su artículo 167 prescribe: “La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución”. (Registro Oficial 20)

Es decir, siguiendo un criterio formal el poder jurisdiccional se confiere solamente a los jueces de la república, que en nuestra opinión se justifica fundamentalmente por el principio de independencia judicial, es decir, aquel que prescribe que “los órganos de la Función Judicial gozarán de independencia interna y externa”, lo que se conecta específicamente con el carácter contencioso de los procesos a los cuales se ven avocados los jueces. Precisamente aquí reposa la principal justificación para que proceda la

delegación de los procesos no contenciosos a funcionarios administrativos, como son los notarios para el caso ecuatoriano.

En los asuntos de jurisdicción voluntaria no existe un conflicto inter partes con pretensiones encontradas, sino básicamente el requerimiento de un peticionario que busca la autorización o del juez o del notario, o la autenticación de ciertos actos para los cuales la ley pide solemnidades especiales, por lo que podemos argumentar con Drom, que por el carácter no contencioso de la jurisdicción voluntaria podemos tratarla más bien como una actividad de orden administrativa ejercida por los jueces, que no pertenece a la esfera de la función jurisdiccional del Estado, sino a la función administrativa. En este caso, el órgano judicial no resuelve sobre la pretensión de algún particular sino que se autoriza al funcionario judicial a intervenir para tutelar el interés público o revestir de formalidad o autenticidad a ciertos actos. En estos casos, las decisiones resultantes de la actuación del juez, o en el caso de la presente tesis del Notario, no causan “estado”, o no adquieren fuerza de cosa juzgada, sino que se limitan a comprobar si la afirmación del peticionante es cierta, con arreglo a las pruebas que el mismo aporta.

La jurisdicción voluntaria según Enrique Vescovi “Jurisdicción es la función estatal destinada a dirimir los conflictos individuales e imponer el derecho”. (Vescovi, 1999, p. 99). Cabe señalar que Couture propone lo siguiente “[...] es la función pública, realizada por órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la ley en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones de autoridad de cosa juzgada, eventualmente factible de ejecución”. (Cabrera, 2002, p. 84)

En tal virtud esta jurisdicción voluntaria es definida entonces como; aquella que desarrollan los notarios en los casos en que la ley requiera expresamente su intervención, y en que no se promueve contienda alguna entre las partes.

Algunos criterios establecen que la jurisdicción voluntaria reside en el derecho que tienen ciertos funcionarios públicos para dar fe de los actos jurídicos que en su presencia se celebran de este modo es un proceso voluntariamente dado entre personas que no tienen intereses encontrados, que no solicitan del tribunal declaraciones que puedan hacerse valer en contra de las mismas; sino que, al contrario, recurren a la justicia por expresa disposición de la ley, y para poder realizar determinados actos jurídicos. De ahí que, en doctrina, se conozca a esta jurisdicción voluntaria como "jurisdicción inter volentes".

En el ordenamiento jurídico moderno, al igual que en Roma post clásica, lo voluntario y lo contencioso forman parte de la jurisdicción, sin embargo el estado actual de desarrollo de las instituciones ha planteado serias dificultades para mantener estas cuestiones en sede jurisdiccional, sobre todo por la identificación de estos asuntos, por parte de la doctrina, con actividades administrativas de tutela o protección de los administrados. La doctrina hoy en día intenta separar la jurisdicción voluntaria de la contenciosa, reconociendo solo a esta última como verdadera jurisdicción. (Vásquez, 2005)

La típica estructura de los casos de jurisdicción voluntaria resueltos por vía judicial nacen a partir de un acuerdo entre particulares que solicitan al juez que se apruebe o solemnice el acto mediante sentencia cumpliendo el procedimiento establecido en la ley. El acuerdo de los peticionarios es condición para que nazca el acto, a diferencia de la jurisdicción contenciosa en la que existe un conflicto entre privados respecto del cual el juez actúa como un tercero imparcial que resuelve el asunto litigioso.

Sin embargo, ambos tipos de jurisdicción, la voluntaria y la contenciosa comparten el atributo de la juricidad, es decir se desarrollan y resuelven de acuerdo a derecho. En la jurisdicción voluntaria, tanto el juez como el notario aplican la ley al caso concreto, este poder que en caso del juez le deviene de la potestad jurisdiccional conferida a él, en el caso de los notarios se explica en



virtud la fe pública que les es conferida a través de su nombramiento. En el mismo sentido, a pesar de las diferencias entre juez y notario, se debe anotar que el ejercicio de la función notarial se ejerce con imparcialidad sujeta a responsabilidad de orden civil, administrativa y penal como se establece en la Ley Notarial que manifiesta:

“Art. 44.- La infracción de los ordinales 3 y 4 del Art. 20 determina la nulidad de la escritura y el notario será destituido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales a que hubiere lugar”. (Ley Notarial, Registro Oficial No. 406)

Por lo tanto, cumplido el requisito de que se trate de asuntos no contenciosos, se ha convenido en que ciertos asuntos sean delegados a los notarios se debía buscar un operador jurídico que dotado de ciertas particularidades, también realice las actividades antes reservadas a los jueces de autorización y formalización de ciertos actos jurídicos. Este fundamento de orden técnico se hizo más patente con la reforma de la ley notarial de 2006, en la que se otorgaron más asuntos de jurisdicción voluntaria a los jueces.

Los elementos característicos de la jurisdicción contenciosa difieren especialmente de los de la jurisdicción voluntaria especialmente en cuanto no hay conflicto de intereses que resolver, por lo tanto es posible considerar que otro funcionario distinto al juez pueda participar en estos actos.

Otra diferencia sustancial entre los actos de jurisdicción voluntaria y contenciosa está en la potestad del juez para ejecutar lo juzgado. La definición tradicional de jurisdicción incluye no sólo la potestad pública de juzgar, sino también de “hace ejecutar lo juzgado”

Si bien, la Ley Notarial señala que el notario tiene competencia sobre asuntos de jurisdicción voluntaria, por lo que la forma de ejercerla no se la puede equiparar a la de los jueces, para quienes por cierto la ley no ha establecido discrimen respecto de los actos de jurisdicción voluntaria en los que puede intervenir.

La jurisdicción voluntaria en el Ecuador está regulada por el Código de Procedimiento Civil, es a partir de la reforma de la Ley s/n, publicada en el Registro Oficial, Suplemento 64, del 8 de noviembre de 1996, que ciertos actos de jurisdicción voluntaria pasaron a ser atribuciones de los notarios.

Las dos reformas a la Ley Notarial precisan que los notarios solo tienen competencia para ciertos actos de los mal llamados de jurisdicción voluntaria, por lo cual se debería emprender en una reforma que se encamine en darle otra denominación más apropiada como actos no contenciosos.

Sin embargo, existen críticas sobre la precisión que el concepto es capaz de brindar. Si se revisan los clásicos ejemplos de jurisdicción voluntaria ofrecidos por la doctrina se puede constatar que no existe en sentido estricto ni jurisdicción ni voluntariedad. No existe jurisdicción porque no hay decisión de un conflicto inter partes de intereses, y no hay voluntariedad porque la autenticación es un procedimiento exigido y reglado por la ley para dotar de validez a un acto o hecho. En rigor se trata de actos no contenciosos considerando la falta de partes y la existencia de un acuerdo previo que requiere ser solemnizado o autenticado por el notario. Actualmente, esta categoría no se ha establecido en nuestro Código Orgánico de la Función Judicial o el Código de Procedimiento Civil. La competencia del Notario queda restringida estrictamente a los actos de carácter no contencioso, porque de surgir el conflicto el agente notarial pierde competencia.

En cuanto a la tipología de los actos de Jurisdicción Voluntaria tanto de Derecho Civil como Mercantil, sin ánimos de ser exhaustivos, puede ser la siguiente:

1. Actos de conciliación.
2. Declaraciones de herederos.
3. Informaciones para perpetua memoria y dispensa de ley.

4. Declaraciones de ausencia y fallecimiento.
5. Autorizaciones judiciales para los expedientes para gravar o enajenar bienes de quienes están sujetos a patria potestad o tutela, ampliación de gravámenes de estos mismos y transacción de sus derechos.
6. Subastas judiciales voluntarias.
7. Expedientes de consignación.
8. Aceptación de herencia aceptación y repudiación de herencia a beneficio de inventario y derecho a deliberar.
9. Depósito y reconocimiento de efectos mercantiles.
10. Embargo y deposito provisional del valor de letras de cambio.
11. Expedientes en materia de nombramiento de peritos y coadministradores en sociedades colectivas y comanditarias.
12. Expedientes sobre exhibición o reconocimiento de libros, correspondencia y demás documentos de los empresarios.
13. Expediente de calificación de averías y liquidación a la gruesa y contribución a ésta.
14. Enajenación y apoderamiento de efectos comerciales
15. Expedientes a que den lugar los casos de queja a que se refieren sobre la información y constancia por avería, arribada forzosa, naufragio o cualquier otro hecho.

16. Expediente para hacer constar el siniestro, su cuantía y venta de efectos averiados.

Para resumir, anotamos las principales características distintivas entre la jurisdicción voluntaria y la contenciosa:

1. La jurisdicción voluntaria carece de los elementos distintivos de la jurisdicción contenciosa como son el conflicto de intereses, partes en sentido estricto y cosa juzgada, existe en cambio peticiones y motivos de intervención.
2. La jurisdicción voluntaria es una función accidental de los jueces.
3. En los asuntos no contenciosos no tiene influencia el fuero del interesado, para determinar el tribunal absolutamente competente.

## **2.7 REFORMAS A LA LEY NOTARIAL**

La ley notarial que con reformas se mantiene vigente en el Ecuador data de 1966, habiéndose reformado en 1996 y el 2006. En ella se regula la función notarial estableciendo las competencias de los notarios, y las calidades que estos deben reunir para el ejercicio de esta función.

La Ley reformativa a la Ley Notarial del 8 de noviembre de 1996 amplió las funciones tradicionalmente ejercidas por los notarios hacia otras propias de la jurisdicción voluntaria que hasta ese momento eran ejercidas con exclusividad por los jueces de lo civil. Expresamente se citaba en el proyecto de ley que su finalidad consistía en descongestionar el trabajo de los jueces civiles.

La segunda ola de reformas se realiza a través de una nueva Ley Reformativa a la Ley Notarial, publicada en el Registro Oficial No. 406 del 28 de Noviembre del 2006, la que, en línea con la primera ola de reformas, se confiere a los

notarios nuevas atribuciones en los actos de jurisdicción voluntaria, tales como proceder a la apertura y publicación de testamentos cerrados; autorizar los actos de amojonamiento y deslinde en sectores rurales, tramitar divorcio por mutuo consentimiento únicamente en los casos en que los cónyuges no tengan hijos menores de edad o bajo su dependencia; Proceder a la liquidación de sociedad de bienes o de la sociedad conyugal y la declaratoria de interdicción.

Algunas corrientes doctrinarias sostienen que la función del notariado es el propio ejercicio de la jurisdicción voluntaria, puesto que con la investidura de fe pública que goza el notario este aplica la ley al acto jurídico declarando los derechos y obligaciones de los peticionantes. Es decir, a través del proceso de autenticación documental desarrollado por el Notario, se sanciona al documento con validez, autenticidad y ejecución, legitimando las relaciones jurídico contractuales de los peticionantes.

### 3 CAPITULO III. FUNDAMENTOS TEÓRICOS DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA EN EL ANÁLISIS DE LOS ACTOS EJERCIDOS POR LA FUNCIÓN NOTARIAL

#### 3.1 LA JURISDICCIÓN EN GENERAL, ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

La jurisdicción desde el punto de vista que ha sido abordado se compone de varios elementos, a este particular señala Hugo Alsina, en el Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial en el que considera indispensables los elementos para que la jurisdicción con causa en la resolución de conflictos pueda ejecutar sus decisiones. En concordancia a lo desarrollado por los juristas romanos, el Tratadista Hugo Alcina señala como los elementos de la jurisdicción: "notio", "vocatio", "coertio", "judicium" y "executio". (Alsina, 1963, pp. 547-551)

Razón por la cual, a continuación se desarrollará lo que hasta la presente fecha se los reconoce como los elementos constitutivos de la jurisdicción los mismos que fueron recogidos en el Derecho Romano.

##### 3.1.1 Notio

A continuación, en aras de desarrollar con la debida propiedad la institución jurídica de la *jurisdicción*, se citaran varias definiciones de este elemento constitutivo denominado "notio", es así que:

"La "notio" es la facultad del juez de conocer en un litigio determinado; después de apreciar si es competente y si las partes son capaces, examinará los elementos de juicio necesarios para informarse y finalmente dictará la sentencia conforme a las pruebas reunidas". (Levene, 1993, p. 180)

Es el "poder que tiene el órgano jurisdiccional para conocer la cuestión propuesta". (<http://www.derechopedia.com>)

El derecho o facultad que tienen los órganos encargados de impartir justicia, de conocer todo aquel asunto litigioso que ha sido puesto en su conocimiento. Lo que implica que el deber de dichos órganos, de los asuntos que se les planteen y cumplir con la función para lo que fueron creados. Estos órganos deben ser independientes unos con otros, y a su vez formar parte de órgano estatal que como acción principal tiene la función jurisdiccional. (Alsina, 1963, pp. 547-551)

El notio o poder de conocimiento, es el órgano de la jurisdicción que está facultado para conocer atendiendo las reglas de competencia, los conflictos sometidos a él. Por ejemplo, nuestro Código Procesal Civil se establece que la jurisdicción civil, por ley será ejercida por los jueces y tribunales de conformidad con la competencia que se determina en el citado cuerpo normativo.

Podemos comentar que el concepto de *notio*, no es otra cosa que el derecho a conocer la cuestión litigiosa determinada o la causa que espera una resolución, la misma que será posible a pedido del o los afectados, siempre y cuando estas concurren a presupuestos procesales.

### **3.1.2 Vocatio**

El *vocatio* se entiende de manera general como “vocación” y para la esfera del Derecho es la acción de llamar que dispone el administrador de justicia dirigido para las partes:

“La “*vocatio*” es el derecho del juez de obligar a las partes para comparecer ante el tribunal en un término dado, bajo pena de seguir el juicio en rebeldía, tanto del actor como del demandado”. (Levene, 1993, p. 181)

“Consiste en ordenar la comparecencia de los litigantes y seguir el proceso en rebeldía”. (<http://www.derechopedia.com>)

“Es la facultad de los órganos de obligar a las partes a comparecer a juicio dentro del término y en cuya virtud el juicio puede seguirse en rebeldía, sin que afecte a las resoluciones”. ((Alsina, 1963, pp. 547-551)

El *vocatio* o *poder de convocatoria*, atribuye al órgano jurisdiccional la potestad de citar a las partes a juicio. En nuestro Código de Procedimiento Civil se establece que presentada la demanda en la forma debida, el juez a través de una citación (citación es el acto por el cual se hace saber al demandado el contenido de la demanda) pondrá en conocimiento de los demandados y les dispondrá la obligación de señalar un lugar para recibir las notificaciones que le corresponda dentro del proceso, como establece el Código de Procedimiento Civil la en su artículo 73 “la notificación es el acto por el cual se pone en conocimiento de las partes, las sentencias, autos o demás providencias expedidas por el juez”. (Código de Procedimiento Civil, 2007).

### **3.1.3 Coertio**

Una definición de "coertio" señala que es “otra facultad del magistrado, de compeler coactivamente al cumplimiento de las medidas que ha ordenado en el proceso, a fin de que éste pueda desenvolverse con toda regularidad; por ejemplo, la detención de un testigo que se resiste a comparecer, el secuestro de la cosa en litigio, las medidas precautorias, etcétera”. (Levene, 1993, p. 181)

Es el “empleo de los medios necesarios dentro del proceso, para que se cumplan los mandatos judiciales, como son los apremios y las multas”. (<http://www.derechopedia.com>)

Es el uso de la fuerza para el cumplimiento de las medidas de orden en el proceso, a fin de que sea posible su desarrollo.



El *coertio* o *poder de coerción*, es la característica de la jurisdicción para promulgar medidas de carácter coercitivas cuya finalidad es facilitar el cumplimiento de la jurisdicción. Es una facultad del Juez para imponer e instar por los medios legales a cualquier persona para que se sujete al Derecho.

### 3.1.4 Judicium

“El "judicium" es el acto más importante de la función jurisdiccional, ya que es la facultad de dictar sentencia, o sea, de poner fin al litigio”. (Levene, 1993, p. 181)

“La litis normalmente se soluciona a través de la sentencia”. (Levene, 1993, p. 181)

Es la emisión de una sentencia definitiva, es decir con carácter de cosa juzgada, para poner fin a esa controversia de relevancia jurídica. Eduardo Couture señala que la cosa juzgada pertenece a la esencia de la jurisdicción. Si el acto pasa por autoridad de cosa juzgada es jurisdiccional, es decir no hay jurisdicción sin autoridad de cosa juzgada.

Es importante mencionar que existen dos tipos de cosa juzgada.

- a) Formal.-** La cosa juzgada formal se refiere a aquellas sentencias que poseen eficiencia transitoria ya que pueden ser modificadas en un juicio posterior
  
- b) Material.-** La cosa juzgada material es aquella que es imposible de modificar en un juicio posterior, es una sentencia de autoridad, de imperio y la misma produce efectos hacia fuera del proceso.

El Judicium o poder de decisión, otorga al órgano de la jurisdicción la facultad de decidir con fuerza de cosa juzgada. Es así que la Función Judicial mediante

sus órganos judiciales, conforme lo prescribe la Constitución de La República, ejercen la potestad de administrar justicia.

### 3.1.5 Executio

Ahora bien, “la executio implica el auxilio de la fuerza pública para hacer ejecutar las resoluciones judiciales, complemento indispensable para que las sentencias no queden liberadas a la voluntad de las partes y no sea inocua la función jurisdiccional”. (Levene, 1993, p. 181)

“Poder para hacer cumplir las sentencias con la calidad de cosa juzgada”. (Levene, 1993, p. 181)

Es el poder que tienen los órganos judiciales para hacer ejecutar las resoluciones que dicten, incluso mediante el uso de la fuerza pública si fuere necesario.

Los poderes de la jurisdicción según la doctrina de Hernando Devis Echandía determina que: “Las autoridades encargadas de ejercer la jurisdicción en sentido estricto (Jueces) están investidos de los siguientes poderes:

**Poder de decisión:** Es el mismo poder Iudicium de la Edad Media. Los jueces dirimen con fuerza obligatoria la controversia cuyas consecuencias en materia contenciosa se inician a construir el principio de la cosa juzgada; es decir poder que se tiene para decidir y que se resuelva el conflicto intersubjetivo de intereses sometido a conocimiento de los jueces, buscando lograr aceptabilidad en la decisión por parte de los sujetos procesales.

**Poder de coerción:** Por el cual los jueces procuran los elementos necesarios para su decisión, de oficio o a pedido de parte, removiendo los obstáculos que se oponen al cumplimiento de su misión. Sin este poder el proceso dejaría de ser eficaz y la función judicial se reduciría a su

minima proporción. Con este poder los jueces pueden sancionar a las partes y terceros y emplear el auxilio de la fuerza pública; es decir tiene rasgos del poder coercitivo de la Edad Media facultad del juez para sancionar a quien obstaculice el normal desarrollo del proceso.

**Poder de documentación e investigación:** Para ordenar y practicar pruebas aun cuando haya oposición de parte en cuyo caso los jueces aplican la sujeción. Es un poder de instrumentación para conservar y custodiar documentos existentes en el proceso y darles la categoría de públicos y auténticos, con la finalidad de encontrar la verdad material y terminar el proceso con justicia material.

**Poder de ejecución:** Implica no solo el uso de la coerción, sino esencialmente de hacer que se cumpla lo ordenado en la sentencia cuando el obligado se niega a hacerlo voluntariamente. Es el poder imperium o executio de la Edad Media, poder para el cumplimiento de la sentencia como mandato judicial". (Devis, 2004)

De lo citado anteriormente, podemos determinar que el coertio como elemento constitutivo o característica sustancial de la jurisdicción, implica la potestad de usar la fuerza pública para hacer efectivas las decisiones, en otras palabras, es el poder disciplinario que impone unilateralmente las decisiones de la administración de justicia.

El executio o poder de ejecución, tiene como objetivo imponer el cumplimiento de lo dispuesto por el Juez, conforme lo formulado en la sentencia, del título suscrito por el deudor, el acuerdo en el acta de mediación, etcétera. Siendo los jueces los llamados a promover la ejecución de lo juzgado.

Finalmente, a modo de síntesis, con el afán de identificar fácilmente el contenido de los poderes de la jurisdicción, el jurista Eddy Orellana Donis hace la siguiente relación comparativa:

“Notio - Conocer  
Vocatio - Convocar  
Judicium - Juzgar  
Coertio - Obligar  
Executio - Hacer Cumplir”. (Orellana, 2002, p. 103)

### **3.2 TEORÍAS SOBRE LA NATURALEZA DE LA JURISDICCION VOLUNTARIA**

Desde la perspectiva que tiene la investigación, en concordancia con las posturas de los diferentes autores citados para la presente Tesis, se llega a la temprana conclusión de que existe una marcada corriente que diferencia, por decirlo así, a la jurisdicción voluntaria y a la jurisdicción contenciosa, esta división tradicional las separa a partir de la característica de la controversia o litigio que recae o no sobre una de ellas, pues a modo general “la finalidad de la jurisdicción es la resolución de litigios, mediante la aplicación del Derecho y de criterios de justicia; y el elemento objetivo de la función jurisdiccional consiste precisamente en el litigio sobre el que se ejerce dicha función”. (Mora, 2006)

Ahora bien, de acuerdo con esta característica, es claro que la jurisdicción voluntaria no tiene naturaleza jurisdiccional, ya que carece de la finalidad y del elemento objetivo, los cuales son elementos sustanciales y propios de la jurisdicción en general. “Por esta razón, tanto Alcalá – Zamora como Couture han advertido que la llamada jurisdicción voluntaria, no es jurisdicción ni es voluntaria. No es jurisdicción, por las razones que han quedado señaladas; ni es voluntaria, porque normalmente la promoción de los procedimientos llamados de jurisdicción voluntaria, no obedece a la libre voluntad del interesado, sino que viene impuesta por la ley”. (Mora, 2006).

En la jurisdicción voluntaria no existe controversia. Los interesados acuden ante el órgano del estado encargado del desempeño de la función jurisdiccional

para solicitarle su intervención por derivarse del derecho objetivo la necesidad de la intervención del órgano jurisdiccional pero, sin que haya promovida entre partes una cuestión contradictoria o controvertida.

A partir de la definición legal que prescribe el artículo 3 del Código de Procedimiento Civil ecuatoriano, que en su parte pertinente señala: “Jurisdicción voluntaria es la que se ejerce en los asuntos que, por su naturaleza o por razón del estado de las cosas, se resuelven sin contradicción” (Código de Procesamiento Civil, 2007), se advierte que para el Régimen Jurídico ecuatoriano, la jurisdicción voluntaria se caracteriza porque quienes han solicitado la intervención del Juez, no sostienen posturas diferentes o antagónicas, las cuales merecen la intervención de un tercero que resuelva (Juez).

Con estos argumentos y la definición legal, no es antojadizo señalar que la jurisdicción voluntaria no es jurisdicción, pues en ella no se administra Justicia o Derecho a favor de una de las partes, las cuales por regla general deberían tener posturas diferentes, razón por la cual han recurrido ante el juzgador para que se les aplique el Derecho.

Es más, la jurisdicción voluntaria “solo podría considerarse jurisdicción desde el punto de vista formal o sea, del órgano que interviene. Aquí sí se requiere la intervención del juez, por tanto, se trata de una función jurisdiccional desde el punto de vista formal, aunque, desde el punto de vista material, estamos en presencia del desarrollo de una función administrativa”. (Mora, 2006)

Con los antecedentes doctrinarios y las diferencias desarrolladas entre jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria, debemos avanzar e introducirnos en el estudio de las teorías sobre la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria, las mismas que se pueden agrupar así:

### **3.2.1 Teoría de la Función Especial**

Compartida básicamente por Fazalari y Gelsi Bidart. Se le denomina especial porque descarta tanto su naturaleza jurisdiccional como administrativa. Esta tesis considera que la jurisdicción voluntaria es una actividad estatal distinta de las tradicionales, es decir, se trata de una nueva actividad del Estado. (Naranjo, 2006)

### **3.2.2 Teoría de la Jurisdicción Especial**

Como se advierte, esta teoría reconoce el carácter jurisdiccional del tema en estudio. Para ello, amplía el ámbito material de la jurisdicción afirmando que esta no solo sirve para resolver conflictos, sino también para evitarlos o prevenirlos. Participan de esta concepción: Carnelutti, Micheli y Cappelletti.

Según Carnelutti, en los procesos de jurisdicción voluntaria, el Juez actúa "(...) para la satisfacción de un interés público, que tiene por objeto la buena administración de los intereses privados".

### **3.2.3 Teoría de la Función Administrativa**

Esta es ciertamente la posición más firme y extendida en la doctrina. Esta tesis tiene un sustento plenamente procesal. Así, se parte del hecho de que el concepto de cosa juzgada es intrínseco a la jurisdicción, de tal suerte que lo que carece de cosa juzgada no puede ser jurisdicción. Siendo así, la llamada jurisdicción voluntaria no es jurisdicción, sino administración. Esta es la posición de juristas como Chiovenda, Redenti, Calamandrei, Liebman, Rocco y Couture, entre otros.

Describiendo la tesis, Chiovenda define la jurisdicción voluntaria así:

(...) una forma particular de actividad del Estado, ejercida en parte por los órganos judiciales, en parte por los administrativos y que pertenece a la

función administrativa, diferenciándose, sin embargo, de la generalidad de los actos administrativos por ciertas características particulares.

Sin embargo, la tesis descrita -a pesar de las autoridades que la prestigian- no resuelve el fondo del problema. Así, el concepto administración es lo suficientemente lato como para convertirse, respecto del tema en estudio, en un concepto genérico e impreciso. Más bien esta teoría devuelve otro problema al jurista: el de la separación entre la jurisdicción y la administración, tema arduo y polémico tal como ya fue desarrollado. (Naranjo, 2006)

### **3.3 FUNDAMENTOS DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA**

Partiendo de que la jurisdicción voluntaria es desarrollado por los tribunales de justicia en aquellos casos en que la ley requiera expresamente su intervención, y en que no se promueve contienda alguna entre las partes.

Aunque nuestra codificación procedimental civil esta nos facilita una definición de actos judiciales no contenciosos, la misma es muy general y podría permitir subjetividades o posturas erróneamente interpretativas.

De la revisión de diferentes obras de Derecho Procesal tradicionales y publicaciones relativas a reformas de los sistemas judiciales con énfasis en Derecho Notarial, encontramos algunos criterios exponen algunas consideraciones acerca de los fundamentos que originan la jurisdicción voluntaria

El primer fundamento es de tipo histórico, seguido de lejos por motivos de seguridad o certeza jurídicas. En recientes trabajos, se alude cada vez con más fuerza a razones económicas y de políticas públicas. El fundamento histórico es el que aparece en la doctrina como el más fuerte y poderoso, luego siguen las posturas doctrinarias sobre la naturaleza jurídica de la Jurisdicción Voluntaria.

En el ordenamiento jurídico moderno, al igual que en Roma post clásica, lo voluntario y lo contencioso forman parte de la jurisdicción, sin embargo el estado actual de desarrollo de las instituciones ha planteado serias dificultades para mantener estas cuestiones en sede jurisdiccional, sobretodo por la identificación de estos asuntos, por parte de la doctrina, con actividades administrativas de tutela o protección de los administrados. La doctrina hoy en día intenta separar la jurisdicción voluntaria de la contenciosa, reconociendo solo a esta última como verdadera jurisdicción.

“Los fundamentos de la jurisdicción voluntaria se pueden contemplar en los siguientes conceptos jurídicos:

- **Legalidad.** Es aquel principio de acuerdo al cual la función jurisdiccional debe ser ejercida conforme al ordenamiento jurídico vigente.
- **Imparcialidad.** Principio conforme al cual la función jurisdiccional solo puede ser ejercida por órganos imparciales. En este punto, nos remitimos a lo estudiado sobre la imparcialidad, dentro de las características de la jurisdicción.
- **Independencia.** Principio conforme al cual la función jurisdiccional debe ser ejercida por órganos que gocen de autonomía frente a los otros poderes públicos. La importancia de este principio es precisamente la autonomía del juez frente a otros poderes públicos. La autonomía de los tribunales es un elemento importante para un Estado de derecho.
- **Inamovilidad.** Es aquel principio con arreglo al cual la función jurisdiccional debe ser ejercida por jueces que no pueden ser removidos de sus cargos mientras observen un buen comportamiento de acuerdo a la Constitución Política de la República y a las leyes. Esta base fundamental, complementa la anterior: la inamovilidad fortalece la independencia. Lo anterior no significa que los jueces no puedan ser



removidos de sus cargos, pueden serlo cuando, precisamente no observen un buen comportamiento.

- **Responsabilidad.** Principio de conformidad al cual los jueces que no observen el buen comportamiento exigido por las leyes, quedan sometidos al sistema de consecuencias jurídicas que derivan de su conducta. Esta base fundamental sirve de contrapeso a las dos anteriores y constituye un principio fundamental del Estado de Derecho.
- **Inexcusabilidad.** Principio conforme al cual la función jurisdiccional debe ser ejercida en todos aquellos casos en que sea requerida la intervención de los tribunales en forma legal y en negocios de su competencia.
- **Inavocabilidad.** Principio de la función jurisdiccional consistente en la prohibición que tiene los tribunales para conocer de aquellos asuntos que se encuentran sometidos al conocimiento de otro tribunal.
- **Pasividad.** Principio de acuerdo al cual la función jurisdiccional solo puede ser ejercida previa solicitud de parte.
- **Publicidad.** Principio acorde al cual la función jurisdiccional debe ser ejercida por medio de actos que sean de conocimiento de las partes y de la sociedad.
- **Territorialidad.** Principio consistente en que la función jurisdiccional debe ser ejercida por los tribunales dentro del territorio que determine la ley.
- **Sedentariedad.** Es un Principio conforme al cual la función jurisdiccional debe ser ejercida por los tribunales de un lugar fijo y determinado.
- **Gradualidad.** Principio conforme al cual, la función jurisdiccional debe ser ejercida a través de distintos grados jurisdiccionales.

De acuerdo a esta base fundamental deben existir diferentes grados jurisdiccionales en los que intervienen distintos tribunales para conocer de un mismo proceso. En la explicación tradicional, se dice que entre estos tribunales debe existir una relación de jerarquía”. (Romaniello, 1999, pp. 547-595)

### **3.4 ANÁLISIS DEL PRINCIPIO DE LA UNIDAD JURISDICCIONAL**

Art. 168.- La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios:

1. Los órganos de la Función Judicial gozarán de independencia interna y externa. Toda violación a este principio conllevará responsabilidad administrativa, civil y penal de acuerdo con la ley.
2. La Función Judicial gozará de autonomía administrativa, económica y financiera.
3. En virtud de la unidad jurisdiccional, ninguna autoridad de las demás funciones del Estado podrá desempeñar funciones de administración de justicia ordinaria, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución.
4. El acceso a la administración de justicia será gratuito. La ley establecerá el régimen de costas procesales.
5. En todas sus etapas, los juicios y sus decisiones serán públicos, salvo los casos expresamente señalados en la ley.
6. La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo.

### **3.5 CASOS ESPECIALES DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA**

Aunque a veces puede entenderse que las teorías son rígidas pues responden al análisis de principios que buscan explicaciones medianamente simples a cuestiones eminentemente complejas, la casuística suele presentar situaciones en las que no es posible definir categóricamente el grupo al que pertenece un caso concreto. Razón por la cual citando nuevamente al estudioso Letelier Najarro Silva en su obra “La importancia de la Jurisdicción”, señalamos aquellos casos donde se puede apreciar la denominada jurisdicción voluntaria pero que el mismo por sus concepciones y argumentos provocan criterios confrontados.

#### **LOS JUICIOS UNIVERSALES**

Suelen llamarse juicios universales a aquellos que, en contraposición a las singulares, están referidos a una masa de bienes con personalidad procesal propia. Son los casos de los procesos concursales -sea concurso o quiebra, dado que en el fondo la distinción es más artificial que real-, y de los procesos sucesorios, sea en este último caso, tanto la sucesión intestada como la testamentaria. Tal como lo vamos a acreditar, la calidad de casos de jurisdicción voluntaria de los procesos citados carece totalmente de contundencia y no es en la práctica otra cosa que la adopción de un criterio legislativo precario.

Así, en el caso de los procesos concursales, se dice que son casos de jurisdicción voluntaria porque, a diferencia de las ejecuciones singulares en donde el deudor puede cumplir pero no quiere, en los concursales el deudor quiere cumplir pero no puede. Sin embargo, es una constante de los tiempos modernos que los procesos concursales estén cada vez más ligados a las políticas económicas de un Estado, y con precisión, que estén relacionados con los diseños macro económicos de fomento de la inversión privada y determinan que su tratamiento se dé en el plano administrativo antes que en el judicial.

En el caso de la sucesión intestada, se trata claramente de una homologación del derecho que se aduce tener. Si no hay pugna, se dice, se está ante un caso de jurisdicción voluntaria; obviamente la presencia de un conflicto nos conduce a un caso de jurisdicción contenciosa (asumimos el concepto jurisdicción contenciosa a pesar de su rasgo tautológico, porque nos parece una licencia necesaria para la comprensión del tema. Asimismo, consideramos artificial y vacío el concepto jurisdicción voluntaria, pero lo usamos, como el anterior, despojado de su sentido semántico). Sin embargo, tal situación no es sustento para regularla en sus dos formas, de hecho ni siquiera de una. Nos parece que se trata de un caso en donde la intervención judicial es innecesaria, por lo menos en su inicio, dado que el elemento más importante de este procedimiento, la publicidad, puede perfectamente ser provista por otro órgano, como un notario público, por ejemplo. Este caso se ubicaría en el segundo grupo del criterio clasificatorio propuesto por Hugo Rocco.

## **LA INTERDICCIÓN O DECLARACIÓN DE INCAPACIDAD**

Otro caso igualmente importante es el de la interdicción o declaración de incapacidad. Suele decirse que es un caso de jurisdicción voluntaria debido a que el peticionante no lo hace en interés propio, sino en interés ajeno, concretamente en interés del presunto incapacitado. Sin embargo, la experiencia nos demuestra que son muchos los casos en que la ambición familiar o alguna otra motivación personal constituyen el impulso que lleva al peticionante a querer conseguir la declaración de interdicción. En consecuencia, es más o menos usual que se trate de un caso de interés propio, el que muchas veces es opuesto al del presunto incapaz.

En nuestra opinión, se trata de un caso típico de jurisdicción contenciosa, por tanto debe ser un proceso en forma, en donde inclusive debe ser emplazado el presunto incapaz, a efectos de garantizarle un debido proceso o, en todo caso, para acreditar que su situación le impide ejercer sus derechos subjetivos esenciales.

## LA SEPARACIÓN CONYUGAL CONVENCIONAL

Otro caso merecedor de un desarrollo particular es el de la separación conyugal convencional. Como resulta evidente, lo que los cónyuges presentan al juez es una solicitud de disolución. Este, por otro lado, tiene como opciones: intentar la reconciliación o si esto no es posible, proceder a homologar el acuerdo de los cónyuges solicitantes.

Solo el interés público en la familia como célula básica de la sociedad y asimismo el aseguramiento de los derechos de los menores justifica la participación de los órganos jurisdiccionales en la materia. Así lo expresa Alcalá-Zamora y Castillo:

(...) como una especial garantía de autenticidad y publicidad, por hallarse en juego algo más que el interés privado e individual de los cónyuges, a saber: el público y social en cuanto a las consecuencias de la disolución del matrimonio (situación de los hijos, ulteriores nupcias, régimen de bienes, contratación, etc.) (Alcalá y Castillo, 2001, p. 181)

Sin perjuicio de reconocer que son muchos los países en donde este caso ha salido de la esfera judicial y ha pasado a ser un trámite administrativo, nos parece que se trata de un caso típico que debe permanecer dentro del ámbito de la actividad jurisdiccional, aunque desprovista de naturaleza contenciosa. Si bien es excepcional que devengue en conflicto, se trata de un tema que por su trascendencia social debe ser de conocimiento de un Juez.

A pesar de lo dicho, el legislador del nuevo Código Procesal peruano, tal vez deseando mantener una tradición secular, reguló la separación convencional como un proceso contencioso, utilizando la ficción de considerar que los cónyuges son -en conjunto- una parte, y que la otra es el ministerio público.

## **EL RECONOCIMIENTO DE RESOLUCIONES JUDICIALES O LAUDOS EXPEDIDOS EN EL EXTRANJERO**

Finalmente, otro caso que por su naturaleza amerita un tratamiento separado es “el reconocimiento de resoluciones judiciales o laudos expedidos en el extranjero. Si bien puede existir controversia en lo que respecta al trámite del exequátur, esta no alcanza al asunto de fondo, sino únicamente al cumplimiento de los requisitos para determinar su ejecutabilidad en sede nacional. En tal virtud, nos parece que se trata de un caso típico de jurisdicción voluntaria del primer grupo siguiendo la tesis de Alcalá-Zamora o del tercero en el criterio propuesto por Hugo Rocco, por lo que consideramos debe permanecer en sede judicial, en tanto es un acto homologatorio de una actuación judicial o arbitral anterior”. (Naranjo, 2006)

## **4 CAPITULO IV. ANÁLISIS DE LAS REFORMAS LEGALES Y DE LAS ACTUACIONES POR PARTE DE LOS NOTARIOS**

### **4.1 EL NOTARIO PUBLICO DEFINICIONES DOCTRINARIAS Y LEGALES**

Para iniciar este capítulo, con el afán de brindar un marco teórico y conceptual básico para poder desarrollar los objetivos e hipótesis planificados para la presente Tesis, es necesario abordar brevemente una definición de Derecho Notarial para lo cual me permito señalar que el mismo “es la rama del derecho público que estudia la actividad del notario público en los diferentes sistemas notariales, por lo cual es claro que no se limita al estudio del protocolo notarial y escritura pública, sin embargo, esto ha generado una serie de discusiones, en tal sentido la rama del derecho estudiada regula y estudia otros temas además del mencionado como son las funciones notariales, responsabilidad notarial, procesos notariales, instrumentos públicos notariales protocolares, instrumentos notariales extra protocolares, entre otros temas, los cuales son propios del derecho notarial, y deben ser tratados en el derecho comparado”. (Torres, 2010)

A partir de la definición de esta rama de la Ciencia Jurídica, me permito desarrollar varias definiciones acerca del sujeto de nuestro estudio, el notario, para lo cual atenderemos a diferentes definiciones aportadas por especialista en el tema, dándole prioridad al análisis de la definición legal que nos aporta el Régimen Notarial Ecuatoriano.

El notario es la persona encargada de dar fé de cuanto acto se realiza ante su presencia, siendo su máximo exponente la escritura pública, es decir, el notario da fé en todos los sistemas jurídicos; sin embargo, sólo en algunos existe escritura pública, en tal sentido esta es una característica que existe en los sistemas jurídicos de la familia jurídica romano germánica que no existe en la familia jurídica anglosajona”. (Torres, 2010, p. 26)

Otra definición nos señala que “el notario (latín notarius) es, en términos generales, un funcionario cuya intervención otorga carácter público a los documentos privados, autorizándolos a tal fin con su firma.

Es un ministro de fe que garantiza la legalidad de los documentos que interviene, y cuyos actos se hallan investidos de la presunción de verdad, propia de los funcionarios públicos, estando habilitado por las leyes y reglamentos para conferir fe pública de los contratos y actos extrajudiciales, originados en el marco del derecho privado, de naturaleza civil y mercantil, así como para informar y asesorar a los ciudadanos en materia de actas públicas sobre hechos, y especialmente de cuestiones testamentarias y de derecho hereditario.

Ejercen asimismo una labor de custodia de documentos en los llamados protocolos de la notaría. “El Notario está obligado, por ley y por ética profesional, a mantener la neutralidad en sus actos, lo cual lo distingue de los abogados postulantes, quienes deben tomar parte y estar del lado de sus clientes o representados”. (<http://es.wikipedia.org>)

El Consejo General del Notariado nos acerca la siguiente definición de notario y señala que: “El notario es un funcionario público del Estado que debe proporcionar a los ciudadanos la seguridad jurídica que promete la Constitución en su artículo 9º en el ámbito del tráfico jurídico extrajudicial. Al tiempo es un profesional del Derecho que ejerce en régimen de competencia. Esta doble cualidad garantiza su independencia”. (<http://www.notariado.org>)

La definición que nos brinda la Ley Notarial vigente en Ecuador prescribe:

**“Art. 6.-** Notarios son los funcionarios investidos de fe pública para autorizar, a requerimiento de parte, los actos, contratos y documentos determinados en las leyes”. (Ley Notarial, Registro Oficial No. 406)



A esta definición se debe añadir que conforme lo dispuesto el Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 38, el notario es un servidor judicial:

**“Art. 38.- CONFORMACIÓN DE LA FUNCION JUDICIAL.-** Integran la Función Judicial y se denominan, en general, servidores de la Función Judicial: ...

5. Las notarias y los notarios y los demás servidoras y servidores de la Función Judicial que prestan sus servicios en los órganos auxiliares de la Función Judicial; y....”. (Código Orgánico de la Función Judicial, 2007)

Adicionalmente, este tipo especial de servidor público debe cumplir una serie de requisitos para poder ingresar al Servicio Notarial, y conforme lo señala el Código Orgánico de la Función Judicial en su “Artículo 298”...El ingreso al servicio notarial se realizará por medio de un concurso público de oposición y méritos, sometido a impugnación y control social, y con el procedimiento establecido en este Código, que será dirigido por la Unidad de Recursos Humanos del Consejo de la Judicatura, sin perjuicio de que la formación inicial esté a cargo de la Escuela de la Función Judicial.

Las disposiciones contenidas en este Código relativas a la convocatoria, calificación, selección, impugnación, formación inicial y nombramiento para el ingreso a las diferentes carreras de la Función Judicial, se aplicarán en lo que sea pertinente al ingreso al Servicio Notarial.

Los concursos no podrán privilegiar la experiencia frente a la preparación académica y la evaluación de desempeño”. (Código Orgánico de la Función Judicial, 2007)

Adicionalmente a los requisitos para poder ingresar al Servicio Notarial, taxativamente la Ley señala en el “Artículo 299 requisitos para poder ser Notaria o Notario, los cuales son:

1. Ser ecuatoriana o ecuatoriano y hallarse en goce de los derechos de participación política;
2. Tener título de abogada o abogado, legalmente reconocido en el país;
3. Haber ejercido con probidad notoria la profesión de abogada o abogado por un lapso no menor de tres años”. (Código Orgánico de la Función Judicial, 2007)

Finalmente, las Notarias y los Notarios cumplen deberes esenciales y determinados, los cuales están establecidos en el Código Orgánico de la Función Judicial y estos son:

**“Art. 301.- DEBERES DE LAS NOTARIAS Y NOTARIOS.-** El servicio notarial es permanente e ininterrumpido. Para cumplir sus funciones, cuando el caso amerite o las partes lo requieran, podrá autorizar los actos o contratos fuera de su despacho notarial.

También son deberes de las notarias y notarios:

1. Presentar su relación de gastos así como el presupuesto de gastos ordinarios y extraordinarios ante el Consejo de la Judicatura.
2. Declarar bajo juramento los valores cobrados por los servicios prestados en forma mensual y depositar en la cuenta única del Tesoro Nacional lo que exceda del monto máximo que le sea permitido percibir por el desempeño de la función notarial que no podrá ser superior al señalado en el artículo 304. La falsedad en las declaraciones tributarias o el ocultamiento en la inscripción o registro de bienes muebles o inmuebles, será motivo de destitución, sin perjuicio de las acciones penales correspondientes”. (Código Orgánico de la Función Judicial, 2007)

## 4.2 BREVES ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA FUNCIÓN NOTARIAL

La labor notarial en sus inicios no se consideraba como una institución jurídica, razón por la cual el incipiente notario ni siquiera contaba de su mayor característica que es la fe pública; ésta la adquirió con el trajinar del tiempo y por obvias necesidades. “Quienes ejercían esta función eran consideradas como personas que eran capaces de leer y escribir y que auxiliaban al rey o a algún funcionario de un pueblo para redactar textos”. (Arreche, 2001)

A los notarios se les ha denominado con varios términos sin embargo es más generalizado el título de *escribas*, su desarrollo tuvo gran importancia en fundamentalmente en dos pueblos de la antigüedad, el hebreo y el egipcio; fue en estas jurisdicciones donde se les conocía con el nombre de escribas, y a partir de que su labor era necesaria para los reyes y funcionarios públicos del pueblo egipcio y hebreo, personas que en su mayoría no sabían leer y escribir, sus funciones (las de los escribas) era de ponderable relevancia.

“Esta función fue colocándose paulatinamente dentro de las funciones de la administración pública de ese pueblo, lo cual es el antecedente más remoto de las funciones notariales que conocemos actualmente”. (Arreche, 2001)

En el pueblo hebreo se conocieron varias clases de escribas, de los que suele afirmarse que ejercían fe pública, sin embargo, no la ejercían de propia autoridad, sino que esta dependía de la persona de quien el *escriba* servía.

La razón principal por la cual eran requeridos los *escribas* era por sus servicios que para muchos eran “simples conocimientos caligráficos”, y no tanto por su sabiduría sobre tal o cual tema o porque su presencia establecía una formalidad jurídica.

En estricto sentido, lo que daba eficacia a los actos era el testimonio que realizaban los escribas.

“Lo anterior nos hace ver que las funciones fundamentales del escriba y el notario actual tienen gran parecido, ya que ambos redactan actos jurídicos y les dan la notoriedad oficial que la organización en que viven les permite. En el caso del pueblo egipcio, la función del escriba era similar a la del pueblo hebreo; sin embargo el escriba egipcio además de saber leer y escribir se le denominaba al consejero del Faraón, al sacerdote, al magistrado, al funcionario y al doctor.

Cabe mencionar que entre los egipcios prevaleció el registrador sobre el escriba, en cambio con los hebreos, este último fue el que se impuso sobre el primero. Con relación a los sacerdotes, los escribas tenían un carácter semejante al del notario profesional, el cual se encargaba de redactar correctamente los contratos; pero estos se auxiliaban a su vez del magistrado, el cual autentificaba los actos que realizaba el escriba sacerdote, lo hacía a través de la imposición del sello del magistrado, en virtud de lo cual el documento que era hasta entonces privado, se le daba el carácter de público. Debido a que el papiro egipcio es lo más parecido a nuestro papel; más aún que el ladrillo babilónico o la tabla encerada romana, se considera como el antecedente más antiguo de la forma de nuestros documentos.

El escriba egipcio fue fundamentalmente un funcionario burocrático indispensable en la organización en que la administración se apoyaba en los textos escritos”. (Arreche, 2001)

### **4.3 LA NATURALEZA DE LA FUNCIÓN NOTARIAL**

A continuación me permito hacer una cita de las teorías que se tejen sobre la naturaleza de la función notarial, es así que tenemos:

#### **TEORÍA FUNCIONALISTA:**

Según Castán, las finalidades de autenticidad y la legitimación de los actos públicos exigen que el notario sea un funcionario público que

intervenga en ellos en nombre del Estado y para atender, más que el interés particular, al interés general o social de afirmar el imperio del derecho, asegurando la legalidad y la prueba fehaciente de los actos y hechos de que penden las relaciones privadas.

### **TEORÍA PROFESIONALISTA:**

En contraposición a la teoría antes comentada, ésta asegura que recibir, interpretar y dar forma a la voluntad de las partes, lejos de ser una función pública, es un quehacer eminentemente profesional y técnico.

### **TEORÍA ECLÉCTICA:**

De acuerdo a esta teoría, el Notario ejerce una función pública sui generis, porque es independiente, no está enrolado en la administración pública, no devenga sueldo del Estado; pero por la veracidad, legalidad y autenticidad que otorga a los actos que autoriza, tiene un respaldo del Estado, por la fe pública que ostenta. En síntesis, el notario es un profesional del derecho encargado de una función pública.

### **TEORÍA AUTONOMISTA:**

Para esta teoría, con las características de profesional y documentador, el notariado se ejerce como profesión libre e independiente. Como oficial público observa todas las leyes y como profesional libre recibe el encargo directamente de los particulares. (<http://hmbb.galeon.com>)

A partir de aquello podemos señalar que las Notarias y los Notarios tienen una serie de características únicas y esenciales que los difieren de otros servidores públicos, sus calidades y funciones están determinadas por la Ley Notarial, sin embargo de aquello en otras codificaciones o cuerpos normativos, se hace referencia a atribuciones adicionales, sin embargo las que de manera sustancial les corresponde son:

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

1. Autorizar los actos y contratos a que fueren llamados y redactar las correspondientes escrituras, salvo que tuvieren razón o excusa legítima para no hacerlo;
2. Protocolizar instrumentos públicos o privados por orden judicial o a solicitud de parte interesada patrocinada por abogado, salvo prohibición legal;
3. Autenticar las firmas puestas ante el en documentos que no sean escrituras públicas;
4. Dar fe de la supervivencia de las personas naturales;
5. Dar fe de la exactitud, conformidad y corrección de fotocopias y de otras copias producidas por procedimientos o sistemas técnico - mecánicos, de documentos que se les hubieren exhibido, conservando una de ellas con la nota respectiva en el Libro de Diligencias que llevarán al efecto;
6. Levantar protestos por falta de aceptación o de pago de letras de cambio o pagarés a la orden particularizando el acto pertinente conforme a las disposiciones legales aplicables, actuación que no causará impuesto alguno;
7. Intervenir en remates y sorteos a petición de parte e incorporar al Libro de Diligencias las actas correspondientes, así como las de aquellos actos en los que hubieren intervenido a rogación de parte y que no requieran de las solemnidades de la escritura pública.
8. Conferir extractos en los casos previstos en la Ley; y,

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

En los casos en que el patrimonio familiar se constituye como mandato de la Ley, deberá adicionalmente contarse con la aceptación de las instituciones involucradas;

11. Receptar la declaración juramentada del titular de dominio con intervención de dos testigos idóneos que acrediten que la persona que va a donar un bien, tenga bienes suficientes adicionales que garanticen su subsistencia, lo cual constará en acta notarial, la que constituirá suficiente documento habilitante para realizar tal donación.
12. 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 pro indiviso 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;

13. Tramitar la solicitud de disolución de la sociedad de gananciales de consuno de los cónyuges, previo reconocimiento de las firmas de los solicitantes ante el Notario, acompañando la partida de matrimonio o sentencia de reconocimiento de la unión de hecho. Transcurridos diez días de tal reconocimiento el Notario convocará a audiencia de conciliación en la cual los cónyuges, personalmente o por medio de apoderados ratificarán su voluntad de declarar disuelta la sociedad de gananciales formada por el matrimonio o unión de hecho. El acta respectiva se protocolizará en la Notaría y su copia se subinscribirá en el Registro Civil correspondiente, particular del Cual se tomará nota al margen del acta protocolizada;
14. Autorizar la venta en remate voluntario de bienes raíces de personas menores que tengan la libre administración de sus bienes cumpliendo las disposiciones pertinentes de la Sección Décima Octava del Título Segundo del Código de Procedimiento Civil;
15. Receptar informaciones sumarias y de nudo hecho;
16. Sentar razón probatoria de la negativa de recepción de documentos o de pago de tributos por parte de los funcionarios públicos o agentes de recepción;
17. Protocolizar las capitulaciones matrimoniales, inventarios solemnes, poderes especiales, revocatorias de poder que los comerciantes otorgan a sus factores y dependientes para administrar negocios; y,
18. Practicar mediante diligencia notarial, requerimientos para el cumplimiento de la promesa de contrato como para la entrega de cosa debida y de la ejecución de obligaciones.



De registrarse controversia en los casos antes mencionados, el notario se abstendrá de seguir tramitando la petición respectiva y enviará copia auténtica de todo lo actuado a la oficina de sorteos del cantón de su ejercicio, dentro del término de tres días contados a partir del momento en que tuvo conocimiento del particular, por escrito o de la oposición de la persona interesada, para que después del correspondiente sorteo se radique la competencia en uno de los jueces de lo Civil del Distrito.

19. Proceder a la apertura y publicación de testamentos cerrados. Para el efecto, el que tenga o crea tener interés en la sucesión de una persona, puede solicitar al Notario, ante quien el causante otorgó el testamento y lo haya conservado en su poder, proceda a exhibirlo para su posterior apertura y publicación en la fecha y hora que para tal propósito señale en su petición el interesado indicará adicionalmente, el nombre y dirección de otros herederos o interesados que conozca, y que se disponga de una publicación, en un medio de prensa escrito de amplia circulación local o nacional, para los presuntos beneficiarios. Trascurridos no menos de treinta días, en la fecha y hora señalados, previa notificación a los testigos instrumentales, el notario levantará un acta notarial en la que dejará constancia del hecho de haberlo exhibido a los peticionarios la cubierta del testamento, declarando si así corresponde, adicionalmente junto con los comparecientes, que en su concepto la cerradura, sellos, lacras o marcas no presentan alteración alguna.

En la diligencia notarial, a la que se permitirá el acceso a todo interesado que justifique un presunto interés en el contenido del testamento, de presentarse oposición a la práctica de esta diligencia, el notario oír la exposición. En este evento, elaborará un acta con los fundamentos de la oposición y la enviará a conocimiento de juez competente, cumpliendo el procedimiento de ley, ante quien se deberá llevar a efecto el juicio de apertura y publicación de testamento cerrado de conformidad con las normas previstas en el Código Civil y de Procedimiento Civil.

De no presentarse oposición, el notario procederá a efectuar el reconocimiento de firmas y rúbricas de los testigos instrumentales, así como de que la cubierta y el sobre que contiene el testamento cerrado del testador, es el mismo que se presentó para su otorgamiento al notario. De no presentarse todos los testigos instrumentales, el notario abonará las firmas de los testigos faltantes con una confrontación entre las que aparecen en la carátula con las que constan en la copia de la misma que debe reposar en los protocolos de la notaría, según lo dispone el artículo 25 de la Ley Notarial. El Notario actuante confrontará la firma del Notario que ejercía el cargo al momento de su otorgamiento con su firma constante en otros instrumentos notariales incorporados en el protocolo.

En el caso de que la cubierta del testamento presentare notorias alteraciones que haga presumir haberse abierto, el Notario luego de proceder a la apertura y publicación del testamento, levantará el acta pertinente haciendo constar estos particulares y remitirá todo lo actuado al juez competente. En estos casos el testamento únicamente se ejecutará en virtud de sentencia ejecutoriada que así lo disponga.

La diligencia concluye con la suscripción del acta de apertura y lectura del testamento, al cabo de lo cual todo lo actuado se incorporará al protocolo del Notario, a fin de que otorgue las copias respectivas;

20. Será facultad del Notario proceder al registro de firmas de funcionarios y representantes de personas jurídicas, siempre y cuando haya petición de parte y el Notario tenga conocimiento pleno de quien registra su firma. El documento que contenga la certificación de firma en virtud de este procedimiento de registro, gozará de autenticidad, pero no tendrá los efectos probatorios de instrumento público, para cuyo efecto se procederá de conformidad con lo previsto en el artículo 194 del Código de Procedimiento Civil.

21. Autorizar los actos de amojonamiento y deslinde en sectores rurales, que a petición de las partes, siempre que exista acuerdo, tengan por objeto el restablecimiento de los linderos que se hubieren oscurecido, desaparecido o experimentado cualquier cambio o alteración, o en que se deban fijar por primera vez la línea de separación entre dos o más inmuebles, con señalamiento de linderos. Al efecto, se señalará fecha y hora para la diligencia, a la que concurrirán las partes, que podrán designar perito o peritos, quienes presentarán sus títulos de propiedad y procederán a señalar e identificar lugares, establecer linderos y dar cualquier noticia para esclarecer los hechos.

De esta diligencia se levantará un acta, siempre y cuando exista conformidad de todas las partes, la que se agregará al protocolo del Notario y de la cual se entregará copias certificadas a las mismas”. (Ley Notarial, Registro Oficial No. 406).

#### **4.4 LA FE PÚBLICA EN LA FUNCIÓN NOTARIAL**

Conforme al Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, “la fe pública es la autoridad legítima atribuida a notarios, escribanos, agentes de cambio y bolsa, cónsules y secretarios de juzgados, tribunales y otros institutos oficiales, para que los documentos que autorizan en debida forma sean considerados como auténticos y lo contenido en ellos sea tenido por verdadero mientras no se haga prueba en contrario”. (Torres, 2005)

Para Guillermo Cabanellas la fe pública es la veracidad, confianza o autoridad legítima o atribuida a notarios, secretarios judiciales, escribanos, agentes de cambio y bolsa, cónsules y otros funcionarios públicos, o empleados y representantes de establecimientos de igual índole, a cerca de actos, hechos y contratos realizados o producidos en su presencia; y que se tienen por auténticos y con fuerza probatoria mientras no se demuestre su falsedad. El mismo autor precisa que como

expresión laudatoria de esa prerrogativa está la inscripción que ostentan los notarios en medalla peculiar: “Nihil prius fide” (nada antes que la fe). (Torres, 2005)

“Para Juan Ramírez Gronda la fe pública es la que merecen los actos de los funcionarios con postestad para otorgarlos”. (Torres, 2005)

Para Eduardo Benavides Benaventa la fe pública es la potestad legítima atribuida por la ley a ciertos funcionarios públicos (notarios, cónsules, jefes de los registros civiles, registradores, etc) para que los documentos y actos que autorizan sean tenidos por auténticos y verdaderos mientras no se pruebe lo contrario y así lo declare una resolución judicial firme. (Torres, 2005)

Para Manzini la fe pública es la confianza colectiva recíproca en la que se desenvuelven determinadas relaciones sociales, como son las relativas a la circulación monetaria, a los medios simbólicos de autenticación o certificación, a los documentos y a la actividad comercial e industrial. (Torres, 2005)

De las definiciones antes citadas podemos concluir la fe pública es la emanación del poder del Estado otorgado a las Notarias y a los Notarios, para autenticar ciertos actos, que se consideran relevantes de la vida social, quienes a su vez, luego de reducir a documentos dichos actos, se vuelven sus custodios.

#### **4.5 ACTOS NO CONTENCIOSOS QUE PUEDEN SER DE EXCLUSIVO CONOCIMIENTO DEL NOTARIO**

La jurisdicción voluntaria ha sido siempre muy discutida entorno a su realidad y su actividad de carácter jurisdiccional o si por el contrario, por no tener esa naturaleza, las materias por ellas comprendidas deberían encargarse

específicamente a órganos administrativos notariales para integrar la función que éstos desempeñan en la legitimación de las relaciones jurídicas.

En todos los casos, el notario y el juez son entes imparciales y objetivos respecto a los actos que les toca conocer y en los que intervienen como funcionarios, orientándose en la verdad y al derecho. De este modo, en la actividad notarial este imprime autenticidad con su testimonio fehaciente. Bajo este criterio y muchos otros que a lo largo de la propuesta estarán detalladas es que considero adecuado que los actos de la mal llamada jurisdicción voluntaria sean atribuidos únicamente al ámbito de la actuación notarial, dentro de un criterio medido y prudente que no invada la competencia de los jueces y los tribunales, ni la de los actos administrativos, de otros poderes públicos.

Por tal objetivo es que en el presente trabajo se hace un análisis de lo que es la jurisdicción voluntaria, así como una diferenciación entre jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria; y por ende se conceptúa a la función jurisdiccional.

Se efectúa un análisis de la reforma a la Ley Reformatoria a la Ley Notarial, publicada en el Registro Oficial No. 406 del 28 de noviembre del 2006, la misma que entrega a los Notarios ecuatorianos nuevas atribuciones, en los actos de jurisdicción voluntaria.

Este tema que surge a discusión es si los Notarios ejercen jurisdicción voluntaria de forma plena, o está limitada a ciertos actos. En la disertación de varias doctrinas se puede detallar el juicio que se crea a partir de si existe jurisdicción voluntaria y si estas son abordadas desde distintas ópticas sin que ninguna de las teorías de su naturaleza alcance unanimidad, por lo que al no estar argumentada teóricamente, países vecinos no incorporan esta institución en sus legislaciones procesales.

Consecuente, se requiere de un análisis comparativo entre el procedimiento que realiza el juez como el Notario identificando cada una de los grados que cumplen, dejando en evidencia las ventajas de que todos los asuntos de jurisdicción voluntaria sean resueltos exclusivamente por el notario. La diferencia de procedimientos en el ejercicio de la jurisdicción voluntaria, respecto de lo que ejecuta el juez y Notario, permite identificar las diferencias que básicamente son formales, desde la demanda respecto de la petición, del acta notarial en relación a la sentencia, ha hecho que la gran cantidad de actos de jurisdicción voluntaria retarden el despacho de las causas contenciosas.

Finalmente, la reflexión se enmarca a que si verdaderamente existe la jurisdicción voluntaria y el límite que tiene sobre ciertos actos en relación al ejercicio del notario; de ahí la necesidad de otorgar a la jurisdicción voluntaria un criterio jurídico real o no y considerar su reemplazo dentro de los criterios doctrinarios e incluso en los códigos y leyes que lo reconocen como tal.

La propuesta consiste en aumentar las atribuciones de los notarios para lograr disminuir la carga procesal en los juzgados, logrando así el descongestionamiento en los trámites litigiosos que si necesitan una adecuada administración de justicia.

Se pretende que el Derecho Notarial vaya adquiriendo reconocimiento y espacio, debido a que es una rama del derecho que debe tener relevancia en la vida jurídica de la sociedad; los notarios son funcionarios idóneos investidos de fe pública, informan, asesoran y certifican de forma imparcial, por lo que los actos y contratos otorgados ante él resultan eficientes siempre y cuando nunca surja litigio al momento de realizarlos.

De acuerdo al estudio realizado pueden ser nuevas atribuciones para los notarios las redactadas del numeral 1 al 8 que se encuentran señaladas en negrillas como una propuesta planteada para que sean agregadas en la Ley Notarial:

- 1. Aprobación de la constitución de sociedades civiles mercantiles, en los casos en que dicha aprobación no corresponda a la Superintendencia de Compañías o a la Superintendencia de Bancos, una vez elevada a escritura pública el notario deberá mandar para que se realice la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil.**

**De existir algún error será el notario el encargado de corregirlos en la escritura de constitución de la sociedad.**

“Las sociedades civiles mercantiles son contratos intuitu persona, por lo que existe sociedad si dos o más personas se obligan mutuamente, cada una de las partes se obliga a satisfacer una prestación con la finalidad de obtener utilidades apreciables en dinero; en este tipo de contratos predomina esencialmente el principio de autonomía de la voluntad, dado que la sociedad puede estar constituida como las partes lo deseen siempre y cuando no se vayan contra el orden público y la normativa legal vigente”.  
(<http://biblio.juridicas.unam.mx>)

Clasificación de sociedades civiles mercantiles:

- “Por la naturaleza de los aportes: a) Sociedades de capital cuando la aportación que se comprometen a aportar los socios, son obligaciones de dar; b) Sociedades industriales cuando son obligaciones de hacer; c) Sociedades de capital e industria cuando un socio tiene obligaciones de hacer y el otro de dar.
- Por su constitución: a) Regularmente constituidas, en el caso de hacerse con formalidades de ley; b) De hecho cuando el contrato social se realizo verbalmente o con documento privado.

Las sociedades civiles con contrato consensual y formal, ad probationem, quedan regularmente constituidas desde que las partes suscriben la

escritura pública, el juez de lo civil aprueba declarando la legalidad y ordenando la inscripción en el Registro Mercantil.

Sin embargo, habiendo acuerdo verbal o que se haya documentado en instrumento privado, existe por simple acuerdo sociedad de hecho si su objeto implica la realización de actos civiles.

La inscripción en el Registro Público de Comercio, requisito ad solemnitatem, es constitutivo y presupone un proceso sincrónico cuyo resultado será la formación regular de la sociedad siguiendo los lineamientos:

- a) Debe celebrarse un contrato de sociedad, el acuerdo de voluntades tendiente a la formación de una persona jurídica y los elementos de validez.
- b) El acuerdo debe instrumentarse en documento público o privado.
- c) Antes de la presentación al juzgado de comercio se debe cumplir con los requisitos legales y fiscales.
- d) Se presenta el elemento constitutivo al juez de comercio, quien está obligado a efectuar un examen de legalidad para así ordenar la inscripción en el Registro correspondiente". (Torres, 2005)

**2. La oferta de pago por consignación, la misma que se deberá presentada por el interesado por escrito, debe ser una persona capaz de pagar, que sea hecha al acreedor, si la obligación es a plazo o bajo condición suspensiva, haya expirado el plazo o se haya cumplido la condición, se debe ofrecer ejecutar el pago en el lugar debido y el deudor debe poner en manos del notario una minuta de lo que debe con los intereses vencidos y una descripción individual de la cosa**



**ofrecida. El notario deberá hacer que el acreedor se presente a recibir la cosa ofrecida y una vez aceptada la oferta, se le entregará la cosa, se sentará un acta notarial la misma que se incorporará al protocolo del notario.**

El pago por consignación es un modo especial de pago, por medio del cual se extingue una obligación por eso surte efectos jurídicos.

Como establece el Código Civil en su Artículo 1614.- Para que el pago sea válido, no es menester que se haga con el consentimiento del acreedor; el pago es válido aún contra la voluntad del acreedor, mediante la consignación.

Y en el” Artículo 1615.- Consignación es el depósito de la cosa que se debe, hecho a virtud de la repugnancia o no comparecencia del acreedor a recibirla, y con las formalidades necesarias, en manos de una tercera persona.

Cuando el acreedor no quiere o no puede recibir el pago, es necesario pagar a través de la consignación. El pago por consignación es un proceso abreviado, reglamentado por el Código de Procedimiento Civil que señala cual es el trámite del pago por consignación, el Código Civil tiene unas normas de carácter procedimental dentro del pago por consignación y señala los requisitos que se deben tomar en cuenta para el trámite de pago por consignación es decir:

1. Que sea hecha por una persona capaz de pagar es decir que la demanda la presente el deudor o su representante legal, o un tercero que pruebe interés legítimo para hacerlo.
2. Que sea hecha al acreedor, siendo capaz de recibir el pago o a su legítimo representante.

3. Que si la obligación es a plazo, o bajo condición suspensiva, haya expirado el plazo o se haya cumplido la condición.
4. Que se ofrezca ejecutar el pago en el lugar debido para el cumplimiento de la obligación.
5. Que el deudor dirija al juez competente la oferta que ha hecho al acreedor lo que debe es decir el monto de la obligación con inclusión de los intereses vencidos y si la oferta de consignación fuere de cosa, una descripción individual de la cosa ofrecida.

El juez fijará fecha y hora para la diligencia, y si el acreedor no concurre o se niega a recibir, designará un secuestre a quien entregará el bien ofrecido. Hecha la consignación o practicada la diligencia, se dictará sentencia que declare válido el pago.

El pago por consignación es una decisión unilateral del deudor, la ley la establece en beneficio del deudor, cuando él ofrece pagar por consignación una vez que comienza el trámite procesal significa, que congeló la obligación, hasta ese momento ya no produce más nada hacia delante pero si él retira la consignación entonces la obligación va a seguir creciendo, los intereses se van a seguir produciendo, pero si ya el juez ha dictado sentencia del pago por consignación se entiende extinguida la obligación.

Sin embargo, puede ocurrir que notificado el acreedor del pago en consignación el mismo no se halle conforme con el monto, bien porque el mismo no cubriera el capital en su totalidad o cubriéndolo no considerare intereses; o en definitiva por cualquier razón. En este caso de ser jurisdicción voluntaria podría derivar en contenciosa, de manera que allí el notario perdería competencia y debería remitir el expediente a la Función Judicial.

- 3. El solicitante presentará al notario un requerimiento o interpelación para constituir en mora de cumplir una obligación al deudor, sólo cuando la ley diga que es necesario el requerimiento y que el solicitante adjunte título que lo acredite como acreedor de una obligación, se le notificará al deudor para que pague dentro de un plazo de 15 días.**

Se podría entender que al momento de contraer la obligación existe una condición resolutoria tácita es decir está envuelto en los contratos bilaterales y faculta a exigir su resolución en caso de no cumplirse lo pactado.

Como lo explica el Dr. Francisco Salgado en su libro Instituciones de Derecho Civil en el Tomo referente a las Obligaciones, la mora respecto del deudor implica retardo, tardanza, dilación en el cumplimiento de la obligación, dentro de las condiciones legales; se refiere también al acreedor cuando injustificadamente se niega a recibir el bien materia de la obligación.

El deudor esta en mora cuando no ha cumplido la obligación dentro de cierto término, salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora; cuando el bien no ha sido dado dentro del plazo tácitamente establecido para el cumplimiento de la obligación; cuando el deudor es judicialmente reconvenido por el acreedor, como ocurre para establecer la mora del arrendatario en la restitución del bien arrendado; y, cuando en los contratos bilaterales, ninguno de los contratantes está en mora, dejando de cumplir con lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.

Los efectos de la mora o de la constitución en mora en los casos que la ley exija dicho requerimiento es un derecho del acreedor reclamar el precio de la obligación y la indemnización de perjuicios, si esta perece por culpa del deudor.

- 4. Concesión de matriculas de comercio, siempre y cuando el interesado presente minuta en la cual conste: giro del negocio que va a emprender, lugar donde va a establecerse, el nombre o razón social con la que ha de girar, el modelo de la firma que usará, el capital que destina y la especificación de si intenta ejercer por mayor o por menor la profesión mercantil. El notario procederá a efectuar el reconocimiento de firma y rúbrica deberá autorizar el registro de la matricula de comercio, el mismo que se incorporará al protocolo del notario, y para que se perfeccione se debe inscribir en el libro de matriculas de comercio del Registro Mercantil y en los cantones donde no exista esta institución se realizara la inscripción en el Registro de la Propiedad.**

El moderno registro de la matricula de comercio, como lo dice Víctor Cevallos en su Manual de Derecho Mercantil, nace en Alemania en el siglo XVII con el objeto de dar publicidad a su condición de comerciante, así como también da a conocer las características de su negocio y se acoge a los derechos y obligaciones que le confiere la ley.

La matricula de comercio se encontraba a cargo de la Secretaria de los Juzgados de Comercio hasta el 22 de octubre de 1909, luego estuvo a cargo de la Oficina de Inscripciones del Cantón; en la actualidad se registran en las oficinas del Registro Mercantil de cada Cantón si éste cuenta con dicha dependencia. El libro donde se realizaran las inscripciones de las matriculas de comercio deben ser libros forrados y debidamente foliados con rubrica del Jefe Político del Cantón.

Es preciso que los interesados presenten un escrito ante uno de los jueces de los civil detallando el giro del negocio, el lugar donde se establecerá, el nombre o razón social, el modelo de la firma que usará, el capital que va a aportar y si intenta ejercer al por mayor o menor la profesión mercantil. Cuando el juez ha autorizado el registro de la matricula de comercio debe

inscribirse en el Registro mercantil como requisito de publicidad y acatando la norma legal vigente por lo que es preciso verificar dicha inscripción.

Están obligados a inscribirse en la matrícula de comercio los comerciantes (según la Ley de Cámaras de Comercio los comerciantes con un capital mayor a treinta mil sucres en Quito y Guayaquil; de ocho mil en Cuenca, Manta y Bahía de Caráquez; y, de cinco mil sucres para los demás cantones), los corredores y martilladores, los capitanes de buque y las demás personas que señale la ley.

En caso de incumplir con este registro los jueces establecerán multas y sanciones por falta de cumplimiento a lo prescrito en la ley.

La finalidad de la matrícula de comercio es la de probar la pertenencia de las personas a un grupo en este caso el de ser “comerciantes”, se beneficia de la presunción de que sus actos son mercantiles cumpliendo con la formalidad de la inscripción en el Registro Mercantil, debido a que los efectos de la inscripción son dar publicidad, eficacia legitimadora, eficacia del hecho inscrito, efecto probatorio y de autenticidad, efecto de control de legalidad, efecto de protección a las denominaciones o razones sociales y efecto de sustitución.

La Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, publicada en el Registro Oficial Suplemento 162 el 31 de Marzo del 2010, en la que se establece en su Art. 3 la obligatoriedad del registro y que los datos públicos registrales deben ser: completos, accesibles, en formatos libres, sin licencia alrededor de los mismos, no discriminatorios, veraces, verificables y pertinentes, en relación al ámbito y fines de su inscripción.

**5. Remate voluntario de bienes siempre y cuando la persona solicitante tenga la libre administración de sus bienes, pide que se los subaste, la calificación de posturas hará el solicitante y una vez aceptada una de ellas el notario expedirá un acta en la cual se hará el reconocimiento de**

**firmas y se le adjudicará el bien. Mediante escritura pública se realizará la venta de los bienes subastados.**

La operación de remate es un acto de comercio que opera como mecanismo para la formación del consentimiento. El remate es un proceso o una forma especial de contratar.

El remate es una actividad por medio de la cual el interesado en la venta de un bien, solicita la intervención del rematador y se encarga de presidir el acto del remate con una subasta que se pone en conocimiento del público y se formula una propuesta; las personas interesadas en que se les adjudique el bien realizan posturas o pujas y el dueño de los bienes es el que acepta la oferta que más le convenga.

Si una oferta es cubierta, el ofertante deja de estar obligado. Lo mismo sucede si la oferta superior es declarada nula. La oferta posterior, aunque se anule, hace desaparecer la oferta precedente. El vendedor no puede pretender que el ofertante esté aún ligado ni el ofertante puede pretender que el bien le sea adjudicado. Quien ha ofertado precedentemente no puede invocar la nulidad porque su oferta, al ser cubierta por otra, cae. En virtud de esa misma independencia, una postura no es nula porque haya cubierto una postura precedente nula.

Cuando una postura ha sido emitida, el rematador puede rechazarla si es anulable. Así, si una oferta emana de una persona que el rematador conoce como incapaz, él puede inmediatamente por su autoridad, rechazar la oferta. No se le puede obligar a ligarse a una venta que él sabe anulable. Con el rechazo de la oferta, impide que la precedente se retire. Fuera del caso de una oferta anulable, no se puede, arbitrariamente, rechazar una postura.

El remate fracasa por falta de postores. En este caso, el rematador no puede pretender compensación alguna por el trabajo realizado, debe entenderse que la remuneración le corresponde sólo si la venta se efectúa y

sobre el producido de ésta. Al encargarse de rematar con o sin determinada base y en ciertas condiciones, el martillero reconoce tácitamente que las mismas son aceptables para los posibles interesados y no sería justo ni equitativo que el fracaso del remate gravitara sobre el dueño de los bienes.

Existen autores que sostienen que cada puja constituye una aceptación de la oferta del vendedor. Se produce el acuerdo de voluntades que concluye el contrato entre vendedor y comprador; pero sujeto a la condición resolutoria de que no se ofrezca una suma mayor.

La compraventa se perfecciona con la aceptación de la mejor oferta por el rematador. El rematador fija el instante preciso en que el ofertante es adjudicatario.

El rematador ofrece un bien en venta, con un elemento sin fijar el precio. Cada oferente ofrece un precio, pero con ello no se perfecciona la compraventa pues falta que el rematador acepte ese precio por el último o mejor postor.

En ventas en que se requieren formalidades, como la venta de inmuebles, no se perfecciona la venta con el remate, se establecen las bases de un negocio definitivo que se deberá formalizar luego.

La aceptación de la mejor postura sería un primer acuerdo de voluntades: 1) impone al postor una obligación; 2) le confiere una facultad; y 3) requiere la aprobación del juez.

Entendemos que el acto de remate, mediante el cual el ofertante es aceptado como el de mejor postura, es un acto que vincula al ofertante y genera obligaciones (de hacer: otorgar el contrato de compraventa) y si bien no es una promesa de compraventa típica, entra en la categoría en que los tratadistas colocan a la promesa junto con el contrato preliminar o precontrato; para referirse al momento en que el ofertante suscribe el acta

del remate, naciendo a partir de ese momento los efectos jurídicos que emanan de esa vinculación, como una verdadera promesa.

El rematador será mandatario o comisionista según el acto del remate y de acuerdo si invoca o no el nombre de la persona por cuya cuenta actúa.

El rematador en remates judiciales no obra como mandatario ni como comisionista sino con la calidad de un oficial público, actúa como un auxiliar de la justicia.

Tomando en cuenta que estas son normas que se encuentran en desuso, por lo que se debería considerar el derogarlas y optar por establecer normas necesarias en el mundo globalizado en el que vivimos.

**6. Los Notarios a petición del solicitante podrán ordenar la rectificación de partidas del Registro Civil, siempre y cuando no implique cambio de nombres, edad, sexo y filiación; si es que se ha cometido algún error u omisión en nombres, apellidos, fecha de nacimiento, de matrimonio o de defunción, los interesados deben realizar una minuta solicitando la rectificación al notario, el mismo que elevará a escritura pública dicha rectificación con el reconocimiento de firmas y rúbrica correspondiente, archivará en el protocolo a su cargo y mandará a que se realice la respectiva marginación en el Registro Civil con la rectificación respectiva.**

**No se podrá en ningún caso, seguir el trámite notarial para cambiar el nombre de la persona o sus apellidos (tampoco se podrá suprimir nombres u apellidos), el sexo u otra información contenida en la partida que no surja de un error evidente; no se podrá cambiar el estado civil, ni realizar el reconocimiento de paternidad.**

En la Edad Media y hasta mediados del siglo XIV, no existía institución alguna que hiciera las veces o funciones similares o paralelas a las del



Registro Civil. Por tales motivos, a la hora de acudir a la prueba del estado civil se recurrían a medios probatorios ordinarios y a las pruebas testimoniales. Así pues, se utilizó el testimonio bajo juramento sobre los Evangelios, el testimonio de padrinos y/o madrinas, paralelamente con los testimonios de los sacerdotes respectivamente, en los casos de bautismo, para probar por ejemplo, la edad de una persona.

Estas situaciones, produjeron gran inestabilidad en el manejo de esta información, lo cual no la hacía satisfactoria y en muchos casos dudosos, fueron estas las pautas que dieran origen a nuevas ideas para tratar de subsanar estas irregularidades. Es así como a partir del XIV y sobre todo en el siglo XV, se empiezan a organizar los registros de los párrocos católicos referentes al nacimiento, matrimonio y defunción, como consecuencia de los bautismos, matrimonios y exequias, respectivamente. Surgen entonces reglamentaciones de las autoridades eclesiásticas para el desarrollo y manejo de estos registros, como fueron las reglamentaciones del Obispo de Nampes Henrique el Barbudo y otras más universales como la del Concilio de Trento.

El Registro Civil debe cumplir con las siguientes características:

- Debe ser completo: el Registro Civil debe comprender todo lo relacionado al estado civil de las personas, abarcando no sólo lo referente a los nacimientos, matrimonios y defunciones, sino también aquellos actos y hechos determinantes que modifican el estado civil de las personas.
- Debe ser centralizado: toda la información referente al estado civil de una persona debe estar registrada en una misma oficina, inclusive, en un mismo expediente o folio. Para lograr este objetivo se siguen los siguientes procedimientos: a) Anotaciones marginales en las partidas del resto de la información insertada en los libros del Registro Civil, b)

Expediente civil único para cada persona, utilizando fichas o tarjetas móviles y c) la utilización de Cartillas familiares, que se abrirían a cada matrimonio, anotando las informaciones respecto de los cónyuges y de sus hijos.

- Debe ser público: permitiendo el acceso de todas las personas al Registro Civil, pudiendo obtener copias de las actas que les interesen.

La rectificación de partidas constituye un procedimiento a través del cual se pretende aclarar la verdad alterada por error o malicia. Entonces se produce la corrección de la falta, modificándola y subsanando los defectos de la partida.

La pretensión de rectificación de partidas procede sólo si la partida debe ser modificada, lo cual sucede en tres casos:

- 1) Por estar incompleta el acta, es decir que le falta alguna de las menciones establecidas en la ley.
- 2) Cuando el texto del acta contenga inexactitudes.
- 3) Cuando el acta contiene menciones prohibidas o no exigidas por la ley.

Estas circunstancias entonces presuponen la existencia de la partida, de lo contrario no se podrá ejercer ninguna pretensión de rectificación de las mismas. Tampoco se podrá ejercer ninguna rectificación de partida cuando produzca los mismos efectos que una pretensión de estado. Por ejemplo, cuando la pretensión es de subsanar la omisión del nombre del padre natural en una partida de nacimiento, lo cual produce los mismos efectos que una sentencia de reconocimiento, procederá entonces es la pretensión de estado correspondiente, más no una de rectificación de partida.

Las personas que pueden pedir la rectificación de una partida son todas aquellas personas interesadas que se vean afectadas por las menciones omitidas en las partidas, es decir: las partes, los terceros que teman perjuicios por las omisiones, inexactitudes o menciones prohibidas que contenga el acta, los funcionarios del estado civil que intervienen en la formación de la partida y cuya responsabilidad pueda verse afectada y comprometida. Se discute si el Ministerio Público puede pedir de oficio la rectificación de partidas, algunos opinan que sí por considerar que hay interés público en la rectificación.

Para la rectificación de errores materiales, tal es el caso de letras y palabras mal escritas y/o con errores de ortografía, transcripción errónea de apellidos, traducciones de nombres, entre otros éste procedimiento especial se establece en el Derecho Procesal Civil.

La cosa juzgada que producen las sentencias definitivamente firmes de los juicios de rectificación de partidas, deberán inscribirse en los libros correspondientes del Registro Civil.

**7. Rendición de cuentas, el solicitante debe tener título ejecutivo que justifique que la persona de la cual se requiere la rendición de cuentas este encargada de administrar bienes ajenos; el notario le dará el término de 15 días improrrogables a la persona que está obligado a rendirlas, si el solicitante las hallare arregladas se procederá a redactar un acta notarial, en la misma que el notario realizará reconocimiento de firmas y rubrica para así incorporarla al protocolo a su cargo.**

**En caso de que el solicitante objetare las cuentas o no se hallaren conformes el notario remitirá el proceso para conocimiento del juez competente.**

De acuerdo al estudio que realiza el Dr. Francisco Salgado en su libro Instituciones de Derecho Civil el Tomo referente a Bienes.

Los bienes que se pueden administrar:

1. De la sociedad conyugal.
2. De su peculio profesional.
3. Del hijo, cuyo usufructo concede la ley al padre o madre que ejerce la patria potestad.
4. Del peculio adventicio del hijo de familia, a su curador cuando no tiene su administración el padre o la madre.
5. Del hijo que está bajo patria potestad, guarda, herencia, donación o legado o tutela.
6. De los interdictos.
7. De las corporaciones o fundaciones.
8. Los que corresponden a la propiedad fiduciaria.
9. Del patrimonio familiar.
10. Los constituidos en usufructo.
11. De la sociedad colectiva, en comandita y sociedad anónima.

Debe rendir cuentas:

1. El guardador, fiel y exacta y en cuanto fuere posible documentada, de todos sus actos administrativos día por día.

2. El curador especial, fiel y exacta y de ejecución de su cargo.
3. El heredero beneficiario, de los bienes de la sucesión.
4. El albacea si administra bienes.
5. El socio administrador de la sociedad civil en los periodos designados en el contrato social.
6. El mandatario respecto de su administración.
7. El secuestre de inmuebles de todos sus actos.
8. El agente oficioso con la presentación de documentos justificativos de su administración.

**8. Notificación de traspaso de créditos, el solicitante debe manifestar su voluntad de transferir la acreencia a otra persona o institución, adjuntando documento que lo constituya en acreedor, por lo que el notario debe sentar un acta realizar el reconocimiento de firma y rúbrica y poner en conocimiento del deudor que se va a endosar el crédito a una tercera persona.**

La cesión de créditos personales, a cualquier título que se haga, no tiene efecto entre el cedente y el cesionario sino en virtud de la entrega del título. Comprende sus fianzas, privilegios e hipotecas, pero no traspasa las excepciones personales del cedente.

No surte efecto contra el deudor ni contra terceros, mientras no ha sido notificada por el cesionario al deudor o aceptada por este.

La notificación debe hacerse en la forma dispuesta en el Código de Procedimiento Civil, se entrega al deudor una boleta en la que consta la nota de traspaso y se determinen el origen, la cantidad y la fecha del crédito,

Si el título fuere una escritura pública, se indicará, además el protocolo en que se haya otorgado y se anotara el traspaso al margen de la matriz, para su validez.

Al no existir la notificación o aceptación, puede el deudor pagar al cedente o embargarse el crédito por acreedores del cedente; y, en general se considera existir el crédito en manos del cedente, respecto del deudor y terceros.

La persona que cede un crédito a título oneroso se hace responsable de la existencia del crédito al tiempo de la cesión, esto es, de que verdaderamente le pertenecía en ese tiempo, pero no se hace responsable de la solvencia del deudor, si no se compromete expresamente a ello, y en tal caso, se entiende que se hace responsable de la solvencia futura, sino sola de la presente, salvo que se comprende expresamente la primera, no se extenderá la responsabilidad sino hasta el monto del precio o emolumento que hubiere reportado de la cesión, a menos que expresamente se haya estipulado otra cosa. (Salgado, 2002, p. 81)

## 5 CAPÍTULO V. LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA EN EL RÉGIMEN JURÍDICO ECUATORIANO

A lo largo del desarrollo del presente proyecto de investigación, se revela la necesidad de extraer algunos de los temas llamados de "Jurisdicción Voluntaria" o "no contenciosa" del ámbito del conocimiento de los Administradores de justicia tradicional (Jueces) que integran el Poder Judicial, pero esta tendencia del Derecho, que ahora ya se encuentra incorporada a nuestro ordenamiento jurídico, nos obliga a preguntarnos cuáles fueron las razones para que el legislador haya entregado estas materias o cuestiones a estos servidores públicos.

En la revisión de las obras de Derecho Procesal tradicionales y publicaciones relativas a reformas de los sistemas judiciales, encontramos algunas razones que intentaremos exponer; el primer fundamento es de tipo histórico, seguido de lejos por motivos de seguridad o certeza jurídicas. En recientes trabajos, se alude cada vez con más fuerza a razones económicas y de políticas públicas. El fundamento histórico es el que aparece en la doctrina como el más fuerte y poderoso, luego siguen las posturas doctrinarias sobre la naturaleza jurídica de la Jurisdicción Voluntaria. (Vásquez, 2003)

El argumento histórico de la entrega de algunas cuestiones a las Notarías y a los Notarios, se debe a que en un principio cuestiones de carácter administrativo no eran parte de la jurisdicción, sin embargo "al recaer en los magistrados romanos que ejercían esta función y otras que correspondían a materias no estrictamente contenciosas, estas pasaron a formar parte de un todo, surgiendo así dentro del término amplio de jurisdicción, la división entre lo contencioso y lo voluntario, última rama que correspondía más bien a la función de administración que a la de jurisdicción". (Vásquez, 2003)

En el ordenamiento jurídico moderno, al igual que en Roma post clásica, lo voluntario y lo contencioso forman parte de la jurisdicción, sin embargo el

estado actual de desarrollo de las instituciones ha planteado serias dificultades para mantener estas cuestiones en sede jurisdiccional, sobretodo por la identificación de estos asuntos, por parte de la doctrina, con actividades administrativas de tutela o protección de los administrados. La doctrina hoy en día intenta separar la jurisdicción voluntaria de la contenciosa, reconociendo solo a esta última como verdadera jurisdicción". (Vásquez, 2003)

Es así que en concordancia a muchos criterios doctrinarios y lógicos, los asuntos voluntarios forman parte de la jurisdicción por razones históricas y políticas.

## **5.1 PRINCIPIO DE LEGALIDAD**

El principio de legalidad implica, en primer lugar, la supremacía de la Constitución y de la ley como expresión de la voluntad general, frente a todos los poderes públicos. Además, el principio de legalidad implica la sujeción de la Administración a sus propias normas, los reglamentos". (<http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com>)

La legalidad ha sido definida por muchos autores y desde distintos puntos de vista. De ellas concuerda el hecho que el principio de legalidad es la conciliación de los actos de la autoridad a un conjunto de reglas jurídicas, las mismas que están manifestadas en un ordenamiento legal vigente.

El principio de legalidad surge en Francia como repudio al monarca, consagrando a la exclusividad de la ley y, en consecuencia, del legislativo, para establecer normas generales, que se establecen en condición y límite de la acción del juez y la de administración. Además se suele hacer referencia, al esquema alemán, según el cual la ley tiene la función de limitar el poder del príncipe. En la Constitución Francesa de 1791, en su artículo 3º, sección 1ª, cap. II, el principio de legalidad, se funda en el concepto de la ley proclamado por Rousseau, y acogido por la revolución. La ley es la expresión de la voluntad general, por lo que, el cuerpo legislativo proveniente de la elección



popular, es el primero entre los poderes y, la ley dictada por ese cuerpo, tiene en consecuencia, preeminencia sobre los actos procedentes de los demás poderes. Subsiguientemente, el principio de legalidad se lo define únicamente como el sometimiento de la actividad de las administraciones públicas a las normas generales y abstractas del ordenamiento jurídico. (Cassagne, 1999, pp. 424-425)

Los antecedentes demuestran que es relevante el principio de legalidad dentro del Derecho Administrativo y, en general, en el Derecho Público, debido que consiste en demandar una habilitación “legal” previa para que las entidades u órganos públicos puedan obrar. Esta regla funciona entonces como una norma inversa a la de la autonomía de la voluntad, que permite a los individuos actuar a falta de disposiciones prohibitivas. De este modo el principio de legalidad administrativa, emerge cuando todas las acciones que emanan del poder público se encuentran en completa armonía con las normas de derecho.

En concordancia con los artículos 11 y 427 de la Constitución de la República del Ecuador del 2008 el Código Orgánico de la Función Judicial expresamente dice:

Art. 7.- PRINCIPIOS DE LEGALIDAD, JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.- La Jurisdicción y la competencia nacen de la Constitución y la ley. Solo podrán ejercer la potestad jurisdiccional las juezas y jueces nombrados de conformidad con sus preceptos, con la intervención directa de fiscales y defensores públicos en el ámbito de sus funciones. (Código Orgánico de la Función Judicial, 2007)

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

Las juezas y jueces de paz resolverán en equidad y tendrán competencia exclusiva y obligatoria para conocer aquellos conflictos individuales,

comunitarios, vecinales y contravecinales, que sean sometidos a su jurisdicción, de conformidad con la ley.

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

No ejercerán la potestad jurisdiccional las juezas, jueces o tribunales de excepción ni las comisiones especiales creadas para el efecto.

En síntesis, el principio de legalidad para su existencia plantea la necesidad de un cuerpo normativo estable, y la existencia de reglas ciertas que garantizan el principio de certeza jurídica. Consecuentemente al poseer un cuerpo normativo claramente esbozado permite a los sujetos de dentro de una sociedad ajustarse a un conjunto de reglas con lo que, la Constitución cobra un papel fundamental en este aspecto siendo un portento característico del Estado moderno denominado como constitucionalismo expresión que da garantía al principio de legalidad.

El principio de legalidad tiene como fundamento elementos valorativos que inquieran garantizar determinados principios, como la igualdad, la utilidad y, sobretudo, la justicia. Se busca proteger la idea de autonomía de las personas. En todos los casos se trata de un juicio ético del derecho que rebasa el plano puramente descriptivo en el que sólo importa verificar la existencia o ausencia de un cuerpo normativo que regule las relaciones entre los gobernantes y sus gobernados, y comience hablarse de los valores sobre los que se asienta ese cuerpo.

## **5.2 LA CONTROVERSIA ENTRE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA Y LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA**

El dilema en el que han caído los estudiosos del Derecho, en referencia a determinar si en realidad la jurisdicción voluntaria, es parte de la jurisdicción, ha

permitido un creciente desarrollo investigativo sobre el tema, “por ejemplo se la doctrina notarial española por medio del jurista “Fernández Casado afirmó que caían “fuera de la esfera judicial los actos de jurisdicción voluntaria y sus similares, encomendados hoy a los Tribunales de justicia”.

En referencia al mismo tópico de discusión, el tratadista Monasterio Gali, ha considerado que la función notarial es una institución de carácter especial que ejerce una actividad de autenticación ya sea de los actos y contratos, como de todos aquellos hechos que pudieran tener relevancia en el ordenamiento jurídico, por ejemplo las declaraciones de herederos intestatos, la acreditación del nombramiento de tutores, de la posesión, etcétera; de modo general, los notarios participan, solemnizan y autentican todos los hechos y actos de la vida privada que originan algún derecho, ésta es la razón por la que a nivel internacional, los llamados actos de la jurisdicción voluntaria son funciones delegadas a las notarias y los notarios, siendo muy generalizado el criterio de que los mismos (actos de jurisdicción voluntaria) deben excluirse del conocimiento de la jurisdicción ordinaria y por lo tanto de las juezas y jueces propiamente reconocidos. Cabe señalar que los jueces de paz, dentro de los que están comprendidos los mediadores, jueces de la justicia indígena, árbitros, etcétera, quedan excluidos de la denominación utilizada, pues el juez al que nos referimos, en nuestra realidad nacional, es designado por el Consejo de La Judicatura y de manera general su labor está relacionada con la administración de justicia donde existe litis o controversia entre las partes participantes.

Es así que a partir de estos criterios muchos tratadistas los han modificado y han desarrollado en algunos aspectos, sin embargo es necesario rescatar que existe en España un movimiento denominado “pro-jurisdicción voluntaria notarial”, que insiste que las Notarias y los Notarios conozcan todos los actos entendidos dentro de la esfera de la jurisdicción voluntaria. Todo esto a partir de “las incongruencias de la Ley se explican en cuanto los actos de esta jurisdicción eran función del Notario y en ellos nada tenía que hacer la

judicatura. La lista de Notarios que defendieron estas ideas, es numerosísima. (Boix, 2000)

Respecto a la jurisdicción contenciosa, diametralmente opuesta a la anterior, debe enfatizarse que, es necesaria la existencia de la controversia entre partes que originará el típico desempeño de la función jurisdiccional desde el punto de vista material, aunque desde el punto de vista formal fuera otro órgano del estado, y no el poder judicial, quien desempeñara la función jurisdiccional. La jurisdicción contenciosa, por lo tanto, es la típica jurisdicción.

El adjetivo calificativo “contenciosa” deriva de la expresión “contención” que significa, en la acepción usada lucha, batalla, combate, enfrentamiento, litigio, controversia, pugna y, en suma, alude a la presencia necesaria de una situación concreta en la que los sujetos reclaman hechos y derechos en posición de antagonismo.

La jurisdicción contenciosa es la típica jurisdicción pues, la voluntaria en sentido estricto excede de lo jurisdiccional que tiene como elemento de definición la presencia de la controversia. Por tanto, en la llamada jurisdicción voluntaria más que jurisdicción hay administración y en la jurisdicción contenciosa hay una indiscutible jurisdicción. (Mora, 2006)

### **5.3 LA JURISDICCIÓN COMO DERECHO SUBJETIVO PÚBLICO Y COMO OBLIGACIÓN DEL ESTADO**

La doctrina entiende que la acción es un derecho subjetivo público y, además, con un contenido concreto distinto al derecho subjetivo privado. No es un derecho al proceso simplemente, sino a una tutela jurisdiccional favorable a su titular o el derecho a que se preste por el órgano jurisdiccional del Estado la tutela jurisdiccional pretendida. (Mora, 2006)

De lo expuesto se deduce que el Estado actúa mediante su órgano jurisdiccional para la realización o la certeza de los derechos y para la tutela del

orden jurídico, cuando el particular o una entidad pública se lo solicitan con las formalidades legales. La jurisdicción puede ser considerada por un doble aspecto cómo un derecho público del Estado o como una obligación jurídica del derecho público del Estado de prestar sus servicios para esos fines, de la cual se deduce el derecho subjetivo público de toda persona de recurrir ante él, a fin de poner en movimiento su jurisdicción mediante el ejercicio de la acción, para que se tramite un proceso o se adelante la investigación previa o sumarial por un Juez.

Esa obligación del Estado se encuentra consagrada directamente por la norma legislativa o el derecho objetivo que la regula y delimita, y de ahí que la misma ley sancione al Juez que con cualquier pretexto deniegue justicia.

El derecho subjetivo de jurisdicción del Estado tiene su fundamento en su soberanía que es su causa última. La doctrina del derecho subjetivo público, que se complementa con la noción de la jurisdicción como deber jurídico del Estado contrasta con la existencia de un derecho a la actividad jurisdiccional que no puede hacerse depender.

El derecho a la actividad jurisdiccional es un derecho constitucional. Eduardo Couture define la acción en este sentido como: “el poder jurídico del individuo de requerir de la jurisdicción la prestación de cuanto es menester para reintegrarle o asegurarle efectivamente, el goce de su derecho violado, resistido o en estado de incertidumbre”, desde el punto de vista civil la jurisdicción necesita de la acción para poder actuar. El particular dispone de este derecho desde que el Estado lo privara de la autotutela, es decir, solucionar los conflictos por sí mismo.

#### **5.4 DIFERENCIAS ENTRE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA Y LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA EN EL ECUADOR**

Estas dos jurisdicciones, al emanar de un mismo órgano, el Poder Judicial, se presentan estrechamente vinculadas, con puntos de contacto y con estrechas

analogías. Por lo cual surge la necesidad de determinar el campo propio de cada una.

- a) Un primer criterio establece que la Jurisdicción Voluntaria reside en el derecho que tienen ciertos funcionarios públicos para dar fe de los actos jurídicos que en su presencia se celebran.

Según esta opinión, los magistrados no hacen, entonces, declaraciones de ninguna especie ni resuelven nada; sino que se limitan a solemnizar el acto o a darle un sello de autenticidad.

- b) Otro criterio, afirma que la Jurisdicción Contenciosa se ejerce entre personas que, no estando de acuerdo en sus pretensiones, recurren a los tribunales de justicia para que éstos, en el ejercicio de sus atribuciones, precisen el derecho de las partes.

Debido a esto, en Doctrina, a esta Jurisdicción Contenciosa se le denomine como "jurisdicción inter nolentes".

En cambio, la Jurisdicción no Contenciosa se ejercería voluntariamente entre personas que no tienen intereses encontrados, que no solicitan del tribunal declaraciones que puedan hacerse valer en contra de las mismas; sino que, al contrario, recurren a la Justicia por expresa disposición de la ley, y para poder realizar determinados actos jurídicos. De ahí que, en doctrina, se conozca a esta jurisdicción voluntaria sea conocida como "jurisdicción inter volentes".

- c) Otra corriente atiende a la presencia o a la falta de contradictor, de modo que éste es el que viene, en definitiva, a determinar la naturaleza contenciosa o voluntaria, de la actuación. Por ende, lo que configura la relación procesal es la presencia o ausencia de este contradictor.

Este criterio lo sigue la mayoría de la Doctrina, no así las legislaciones más modernas.

- d)** Según la tesis Moderna, la diferencia entre estos dos tipos de jurisdicciones reside sólo en la diversidad de las finalidades, de los objetivos que se persiguen con una u otra.

En nuestra legislación la diferencia fundamental radica en lo siguiente: en la jurisdicción voluntaria hay una sola parte, y que recibe el nombre de "interesado", y es esta parte quien actúa frente al tribunal y la que le impetra una actuación de su interés, y no hay contradictor.

- e)** Asimismo, en nuestra legislación, en la jurisdicción voluntaria no se solicita la actuación de la ley en contra de otra persona; sino que se pretende crear una nueva situación o estado jurídico, para lograr alguno de estos fines:

- 1.-Entrar en el ejercicio de algún derecho. Por ejemplo, la adopción; el reconocimiento de hijo natural.
- 2.-Para completar la capacidad del interesado, con el fin de ejecutar un acto jurídico eficaz. Por ejemplo, Nombramiento de Guardadores; Obtención de las diversas autorizaciones que se contemplan en la ley sustantiva.
- 3.-Para realizar ciertas formalidades prescritas por las leyes para la validez del acto de que se trata por ejemplo, la obligación de levantar inventario solemne; obtener la posesión efectiva de una herencia; o proceder a la tasación de ciertos bienes". (<http://iuris.webcindario.com>)

El Estado tiene la obligación de actuar mediante órganos jurisdiccionales para la realización o la certeza de los derechos y para la tutela del orden jurídico, por

lo que se entiende que es aquella potestad jurídica del estado para satisfacer necesidades de los administrados; pero cumplen con ciertas funciones como son la decisoria, de documentación, de ordenación procesal y de ejecución.

La jurisdicción es una función exclusiva y a veces excluyente del Estado, aunque evidencia ciertas excepciones, pues de manera indirecta el Estado ha permitido que a la hora de resolver conflictos, puedan intervenir otros actores como los denominados Tribunales arbitrales o los Centros de mediación, esto evidencia que el Estado no se ha reservado en su totalidad todo el poder, siendo esta realidad la que difiere del criterio de algunos tratadistas quienes afirman que el poder jurisdiccional se maneja privativamente por parte del Estado, obviando que indirectamente estos métodos alternativos de solución de conflictos reconocidos por nuestro régimen jurídico, aunque a veces necesitan la asistencia de Jueces (Ejercicio de la coerción impulsando el proceso de otros o a solicitud de parte), indirectamente intervienen en el control de la jurisdicción.

La jurisdicción por lo tanto se considera como el poder genérico de administrar justicia, dentro de los poderes y atribuciones de soberanía del Estado, el fundamento de la jurisdicción está en la aplicación de la ley y su fin primario es satisfacer el interés público; la esencia de la jurisdicción es la presencia de las partes que tienen un litigio y buscan un tercero imparcial para que administre justicia, por lo que las actuaciones de los notarios no forman parte de la "jurisdicción voluntaria", debido a que no concuerdan con el concepto de jurisdicción; la actividad que se realiza no es un proceso, no es contencioso y por el estado de las cosas no se resuelve ninguna contradicción por ende no es jurisdiccional, precisamente porque no existe conflicto de intereses que resolver.

El juez está obligado a tramitar peticiones que dependen de la voluntad del interesado como por ejemplo una matrícula de comercio dadas las solemnidades que se exigen en la ley.



La jurisdicción voluntaria es una invención desarrollada para validar los asuntos que por su naturaleza se resuelven sin contradicción, pero es sin duda, una mal llamada jurisdicción debido a que como establece nuestra legislación en el artículo 1 del Código de Procedimiento Civil la jurisdicción es el poder de administrar justicia, consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada, en procesos en los cuales la voluntad de las personas prevalece no serían esencialmente jurisdiccionales sino que el juez resuelve según las partes acuerden para autenticar dichos actos y cumplir con el procedimiento que se debe seguir conforme a la ley.

Las actuaciones de los Notarios y Escribanos analizadas desde la Ciencia Jurídica no corresponden a esta jurisdicción voluntaria, debido a que carecen de los elementos fundamentales de la jurisdicción como son el conflicto de intereses, la existencia de las partes en sentido estricto y la denominada “cosa juzgada”; no existen partes, el interesado acude al notario en calidad de peticionario y éste no administra justicia, lo que se aprecia en las actuaciones de los notarios es esta facultad que les otorga el Estado, más por competencia que por jurisdicción, de intervención para dar validez jurídica a ciertos actos y contratos que están dentro de sus atribuciones, son peticiones basadas en la voluntad de las personas y que por motivos de control estatal se deben solemnizar con la denominada “fé pública”.

La denominada dación de fé pública, es el reconocimiento por parte del Notario de la autoría de un instrumento público y de ahí se devienen una serie de atribuciones que se encuentran enumeradas taxativamente en la Ley Notarial, sin embargo a estas funciones deberían añadirse todas las demás que no sean de naturaleza contenciosa pues la misma Ley Orgánica de la Función Judicial reconoce al Notariado como un órgano auxiliar de la Función Judicial y al servicio notarial como el desempeño de una función pública investidos de fe pública para autorizar, a requerimiento de parte, los actos, contratos y documentos determinados en las leyes y dar fe de la existencia de los hechos que ocurran en su presencia, autorizando por lo tanto a las Notarias y a los Notarios a declarar, conceder y solemnizar todo tipo de situación jurídica

prevista en la Ley, que en ejercicio de la Fé Pública generan efectos jurídicos para el o los peticionarios.

Adicionalmente se aprecia que la jurisdicción voluntaria es una función accidental de los jueces, debido a que en virtud de las facilidades que les asiste terminan resolviendo temas que no presentan conflicto de intereses ni contradicción entre las partes, dentro de las bondades del ejercicio público de los notarios, es necesario otorgarles el conocimiento de más actos y contratos de orden jurídico que recaigan en la esfera de asuntos no contenciosos basados netamente en la voluntad de los peticionarios que simplemente requieran cumplir con formalidades que le den validez y existencia jurídica mas no un juez que reconozca o declare un derecho, resolviendo un litigio ya que no estaríamos frente a su actividad jurisdiccional sino administrativa.

Es así que podemos manifestar que el Derecho Notarial es una parte importante del Derecho Público, desarrollado con el objetivo de viabilizar y distribuir de una manera adecuada las funciones de los servidores públicos. La administración de justicia en el Ecuador está para conocimiento único y exclusivo de los tribunales y juzgados, quienes resuelvan causas como un tercero imparcial que tiene como finalidad reconocer o declarar derechos y así cumplen con su poder de administrar justicia y la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

Los notarios no tienen competencia para resolver causas o reconocer derechos, no administran justicia simplemente son servidores públicos designados por el Estado y que tienen atribuciones legales establecidos en instrumentos de orden jurídico interno, para solemnizar actos y contratos dando fé de los mismos, los que deben cumplir con ciertos requisitos especialmente estar basados siempre en la voluntad de los peticionarios y que no perjudiquen derechos de terceros, para que el notario les de la formalidad que necesitan elevándolos a documentos públicos y registrándolos en protocolos a su cargo y así les otorga validez jurídica y se cumple con la función estatal de administración pública y su control con los administrados.

## 6 CAPÍTULO VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

### 6.1 CONCLUSIONES

- La jurisdicción voluntaria desde mi punto de vista no es ni jurisdicción ni voluntaria, es una actividad accesoria que podría denominarse como un trámite especial que permite que actos o contratos que los peticionarios de mutuo acuerdo pretenden formalizar o solemnizar, lo hagan a través de la asistencia de una autoridad pública con la finalidad de darles validez.
- Del estudio realizado la jurisdicción es únicamente el poder de administrar justicia o la capacidad que tiene el juez de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, por lo que la conclusión a la que he llegado después del análisis doctrinal acerca de la materia es que los actos sobre los que tienen atribuciones los notarios son de carácter no litigiosos y son peticiones principalmente basadas en la voluntad.
- Concluyo que sólo puede haber jurisdicción cuando existe la calidad de cosa juzgada y la ejecutoriedad de la sentencia o resolución, las actuaciones de los notarios son simples formalidades que se le da a las peticiones de los interesados para convertirlos en documentos públicos.
- La jurisdicción a mi parecer se la debe tomar como una función estatal, exclusivamente ejercida por los jueces con el afán de administrar justicia, procurando componer el litigio por medio del proceso y resolviendo asuntos netamente jurisdiccionales.
- Los actos y contratos que se pueden poner a conocimiento del notario deben ser de materia transigible o la voluntad del peticionario con el objeto de formalizarlos, que tengan validez y generen efectos jurídicos

para el o los peticionarios, forma así parte de la función administrativa del Estado.

- La función del notario es de mero trámite y por cumplir administrativamente el Estado con los administrados, puesto que con la investidura de fé pública que goza el notario, éste aplica la ley al acto jurídico es decir, el notario solemniza las peticiones de autenticación documental y les da existencia jurídica.

## **6.2 RECOMENDACIONES**

- Empezar una reforma profunda en el ámbito judicial en nuestro país, con el propósito de buscar el despacho oportuno de las causas, siempre y cuando éstas presenten una contienda por resolver; este conflicto de intereses que debe ser resuelto por los jueces como una efectiva administración de justicia con respecto de actos efectivamente jurisdiccionales donde es necesaria una justicia material.
- Dar prioridad a los administrados y mejorar la administración pública especialmente la de justicia, es decir brindar un servicio público optimizando los recursos y reorganizando funciones en lo que respecta al marco institucional.
- Al establecer la materia como transigible y los actos o contratos no presenten litigio, deberán ser de conocimiento exclusivo del notario para así disminuir la carga de procesos en los juzgados y que los notarios se encarguen solo de trámites que pertenecen a jurisdicciones especiales como esta mal llamada “voluntaria” donde los interesados buscan se les declare un derecho.
- En el estado ecuatoriano se debe analizar coherente e imparcialmente la función notarial, sociabilizando a quienes estamos vinculados al derecho,

con el objetivo de permitir un estudio más profundo del Derecho Notarial y así evaluar pragmáticamente el valor del servicio Notarial en la sociedad ecuatoriana, y como podemos mejorar dicho servicio en función de promover una administración de justicia que vaya de la mano con los principios de celeridad, de igualdad, de gratuidad, etcétera.

- Es de primer orden incentivar dentro de la malla curricular de las facultades de Derecho el análisis del derecho Notarial y que se promueva con mayor eficiencia la práctica notarial a través de pasantías o a través de la iniciativas estatales como “Mi primer empleo” con el único afán de que quienes se dirijan hacia esta importante pero descuidada rama del derecho público, lo hagan con la suficiente solvencia académica.
- Que se promueva la organización y el establecimiento por Ley de la escuela Notarial y Registral, para que no existan conflictos de intereses de quienes ejercen dichas funciones y que la sociedad pueda reafirmar su confianza en las citadas servidoras y servidores públicos, sobre todo porque en el Ecuador, el hecho de que sus remuneraciones dependan de las tasas que cobran por la custodia y la solemnidad de la impresión de sus rúbricas en ciertos actos privados, puede orillar a una imparcial actitud laboral pues en la actualidad la Notaria y el Notario debe defender sus servicios como un negocio particular, aún sobre su calidad de servidor público.
- Es necesario señalar que la legislación nacional debe cambiar y reformarse en aras de mejorar el servicio notarial generando una ampliación de las atribuciones de los Notarios, con el objetivo de que el trabajo notarial conozca todos y cada uno de los temas que se determinen jurídicamente, que son actos donde es necesario darle solemnidad con fé pública para su perfeccionamiento.

## REFERENCIAS

### Libros:

- ALSINA, Hugo. Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Buenos Aires. Editorial Ediar, 1963.
- CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual (Tomo V), Buenos Aire. Editorial Heliasta, 1978
- CABRERA, Benigno. Teoría general del proceso y la prueba. Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez Cía. Ltda, 1996.
- CALAMANDREI, Piero. Instituciones de Derecho Procesal Civil. Editorial Leyer. Bogotá, Colombia.
- CAPPELLETTI, Mauro Y BRYANT Garth. El Acceso a la Justicia. La Tendencia En El Movimiento Mundial Para Hacer Efectivos Los Derechos. Editorial Fondo de Cultura.
- CEVALLOS, Víctor. “Manual de Derecho Mercantil”. Cuarta edición 2006. Quito – Ecuador. Editorial Jurídica del Ecuador.
- CHAINE, Extracto de la alocución en la apertura de la 10 Reunión de la Comisión de Asuntos Americanos en la Unión Internacional del Notariado Latino (Québec, septiembre de 1978), Revista de Derecho Notarial.
- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones. 11ra Edición Quito-Ecuador 2007.
- CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL, Suplemento Registro Oficial No. 395 del 4 de Agosto del 2008.
- CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO, Revista El Notario da seguridad, Madrid, 1999.
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Capítulo IV: Función Judicial y Justicia indígena. Sección duodécima. Servicio Notarial. Montecristi 2008.
- DEVIS, Hernando. Teoría General del Proceso. Buenos Aires, 2004. Editorial Universidad.
- DORANTES, Elementos de Teoría General del Proceso, 4ed, México, Porrúa, 1993.

- Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos.
- Ley Notarial, Registro Oficial No. 406 el 28 de Noviembre 2006.
- MONROY, Juan. Introducción al Proceso Civil. Bogotá, Editorial Nomos, 1996, p. 216.
- NARANJO, Letelier Lucas. “La importancia de la jurisdicción” Lima, Perú. Enero del 2006.
- RAMÍREZ, Diana; Bustamante Rúa, Mónica María; Pabón Giraldo, Liliana Damaris; Rojas López, Juan Gabriel; Velásquez Restrepo, Lina María; Soto Soto, Oscar. Derecho Procesal Contemporáneo. Sello Editorial. Universidad de Medellín. Primera Edición. 2010.
- ROMANIELLO, Carmine. Teoría General del Proceso. Capítulo: Órganos de la jurisdicción civil. La jurisdicción penal. Sus órganos.
- SAAVEDRA, M. Jurisdicción, en E. Garzón Valdés y otros, El derecho y la justicia, Madrid, Trotta, 1996.
- SALGADO, Francisco. “Instituciones de Derecho Civil” Bienes. Quito 2002. Editorial Letramía.
- SALGADO, Francisco. “Instituciones de Derecho Civil” Tomo IV. Obligaciones. Quito 2002. Editorial Letramía.
- VÉSCOVI, Enrique. Teoría general del proceso. Bogotá, Editorial Temis S.A., 1999.

#### **Documentos de Internet:**

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Derecho al recurso judicial y la administración de justicia en el Ecuador Sitio Web: <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Ecuador-sp/Capitulo%203.htm>
- Enciclopedia Jurídica. Sitio Web: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/principio-de-legalidad/principio-de-legalidad.htm>
- <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1523/3.pdf>
- <http://jorgemachicado.blogspot.com/2009/11/jurisdiccion.htm>
- <http://migonzalezp.blogspot.com/2008/03/pago-por-consignacion.html>
- <http://migonzalezp.blogspot.com/2008/03/pago-por-consignacion.html>

- [http://www.academiadederecho.org/biblio\\_display\\_cont.cgi?wid\\_cont=6141](http://www.academiadederecho.org/biblio_display_cont.cgi?wid_cont=6141)
- <http://www.cortenacional.gob.ec/cn/wwwcn/pdf/leyes>
- <http://www.derechocomercial.edu.uy/ClaseRemate01.htm>
- <http://www.iuriscivilis.com/2008/08/la-jurisdiccin-voluntaria.html>
- <http://www.monografias.com/trabajos17/registro-estado-civil>
- <http://www.revistanotarios.com/?q=node/152>