

Universidad Andina Simón Bolívar
Sede Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría
en Derecho Procesal

Los actos de jurisdicción voluntaria ejercidos por los jueces y notarios

Homero López Obando

2009

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis o de parte de ella, por una sola vez, dentro de los treinta meses después de su aprobación.

Homero López Obando.

21 de abril del 2009.

Universidad Andina Simón Bolívar
Sede Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría
en Derecho Procesal

Los Actos de Jurisdicción Voluntaria Ejercidos por los Jueces y Notarios

Homero López Obando

Tutor: Dr. FELIPE ITURRALDE DÁVALOS

Quito, 2009

ABSTRACT

La reforma a la Ley Reformativa a la Ley Notarial, publicada en el Registro Oficial No 406 del 28 de noviembre del 2006, entrega a los notarios ecuatorianos nuevas atribuciones, en los actos de jurisdicción voluntaria. Un tema que surge a discusión es si los notarios ejercen jurisdicción voluntaria de forma plena, o está limitada a ciertos actos.

Las variantes doctrinarias de si existe jurisdicción voluntaria son abordadas desde distintas ópticas sin que ninguna de las teorías de su naturaleza alcance unanimidad, por lo que al no estar justificada teóricamente, países vecinos no incorporan esta institución en sus legislaciones procesales. Al ser analizada a profundidad son evidentes sus inconsistencias que ha hecho que todo el talento humano designado para la resolución de conflictos de intereses deba ocupar su valioso tiempo para asuntos, en los que, existiendo un acuerdo previo, se lo tramite con un procedimiento muy similar a los asuntos contenciosos.

Por ello propongo un análisis comparativo entre el procedimiento que realiza el juez como el notario identificando cada una de las fases que cumplen ambos funcionarios, haciéndose evidentes 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.

Por lo que proponer los fundamentos que hacen factible el ingreso en nuestra legislación procesal civil y notarial, de los actos no contenciosos, cuyo procedimiento y resolución de esos actos debería ser de conocimiento exclusivo de los notarios, implicaría una reforma sin precedentes en nuestro país que contribuiría a agilizar el acceso a la justicia de los ciudadanos ecuatorianos.

Mi desempeño como notario público del cantón Quito, además siendo operador de la Función Judicial, me permiten reflexionar si verdaderamente existe la jurisdicción voluntaria y sobre todo si la misma está limitada a ciertos actos, para los notarios. Entonces la reforma debería emprenderse por la eliminación de la jurisdicción voluntaria y su reemplazo por los actos no contenciosos en el Código de Procedimiento Civil y la Ley Notarial. Por lo que la eventualidad de que un asunto no contencioso

se transforme en controvertido no constituye problema para emprender en la reforma que justificaré en el desarrollo del presente trabajo. Ya que de ocurrir se establece un procedimiento único para los casos en los que se produzca resolviendo de esta forma la eventualidad antes referida.

En el evento de que no exista acuerdo para llevar a cabo un acto no contencioso ante el notario, en consecuencia ante un juez de lo civil, se debería seguir el mismo procedimiento para los asuntos no contenciosos que se convirtieron en controvertidos, más la obligación constitucional y procesal de realizar la citación al demandado.

Agradecimiento:

Con profundo sentimiento de aprecio y consideración al señor doctor Felipe Iturralde Dávalos, distinguido docente de esta prestigiosa casa de estudios por su apoyo e ilustrado aporte a la presente tesis.

Dedicatoria:

A mis padres motivo de mi sacrificio y esfuerzo y
a mis hermanas por su ayuda desinteresada.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	10
CAPÍTULO I: ANTECEDENTES	13
1.1. Reseña histórica	13
1.2. Definiciones	17
1.3. Características de la Jurisdicción	21
1.3.1. Jurisdicción poder-deber del estado	21
1.3.2. Jurisdicción, instrumento de solución de conflictos	22
1.3.3. Jurisdicción como instrumento de aplicación del Derecho	24
1.4. Tipos de jurisdicción	25
1.4.1. Jurisdicción ordinaria	25
1.4.2. Jurisdicción especial	27
1.4.3. Jurisdicción convencional	30
1.5 Actos no contenciosos	30
1.6. Función notarial	32
1.6.1. Funcionario público	33
1.6.2. Funcionario privado	35
1.7. Fe pública	37
1.7.1. Características de la fe pública	40
CAPÍTULO II: JURISDICCIÓN VOLUNTARIA	41
2.1. Definiciones de jurisdicción voluntaria	41
2.2. Naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria	44
2.2.1. Naturaleza jurisdiccional	45
2.2.2. Naturaleza administrativa	46
2.3. Falta de elementos propios de la jurisdicción	47
2.4. Actos de jurisdicción voluntaria en el ámbito notarial	49
2.4.1. Ley reformativa a la Ley Notarial, publicada en el Registro Oficial, Suplemento No. 64, del 8 de noviembre de 1996 y Ley reformativa a la Ley Notarial, publicada en el Registro Oficial No. 406, del 28 de noviembre del 2006	49
2.5. El notario ejerce jurisdicción voluntaria o tiene competencia sobre actos de jurisdicción voluntaria	53

CAPÍTULO III: DIFERENCIAS FORMALES RESPECTO A LA FORMA DE RESOLVER DE LOS JUECES Y DE LOS NOTARIOS EN LOS ACTOS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA	57
3.1. Ante el juez	57
3.1.1. Demanda	57
3.1.2. Audiencia de conciliación	61
3.1.3. Sentencia	62
3.1.4. Cosa juzgada	73
3.1.5. Impugnación	74
3.2. Ante el notario	76
3.2.1. Petición	77
3.2.2. Acta notarial	80
3.2.3. Libro de diligencias	90
3.3. Estudio comparativo	91
4. CAPÍTULO IV: CONCLUSIONES: HACIA LA SUSTITUCIÓN DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA POR LOS ACTOS NO CONTENCIOSOS	93
4.1. Eliminación de la jurisdicción voluntaria del Código de Procedimiento Civil	94
4.2. Actos no contenciosos en el Código de Procedimiento Civil	96
4.3. Propuesta de actos no contenciosos de exclusivo conocimiento del notario	97
4.4. Reformas al Código de Procedimiento Civil y a la Ley Notarial	100
BIBLIOGRAFÍA	104

INTRODUCCION

Este trabajo investigativo tiene como origen la reforma a la Ley Notarial publicada en el Registro Oficial No 406 del 28 de noviembre del 2006, en la cual se entregan ciertos asuntos de jurisdicción voluntaria para resolución de los notarios, a los que ya se conoce. Pero este estudio no se limita al análisis somero de esos nuevos actos, sino a desentrañar la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria respecto de la cual no existen posiciones unánimes. Ante la inconsistencia teórica y práctica que conlleva esta institución, me permito desentrañarla a través de un análisis comparativo entre el procedimiento que realizan juez y notario en los asuntos de jurisdicción voluntaria.

Pero lo de fondo que permite fundamentar mi propuesta de reforma radica en que en los asuntos de jurisdicción voluntaria que conocen tanto juez y notario, provienen de un acuerdo previo que lo materializan en la demanda (juez) y petición (notario), ante la voluntad de las partes es necesario seguir todo un proceso que se asemeja al de los juicios contenciosos, con el ingente gasto de recursos. Por lo tanto en primer lugar propongo que los juzgadores se dediquen exclusivamente a dictar sentencias en los asuntos donde exista conflicto de intereses de relevancia jurídica.

Por lo que en un acto sin precedentes pero con todo el deseo de contribuir a un mayor acceso de los ciudadanos a la administración de justicia y a una solución pronta de sus problemas, la institución denominada jurisdicción voluntaria debe eliminarse del código adjetivo civil, como los actos de jurisdicción voluntaria de la Ley Notarial, para que bajo la denominación de actos no contenciosos, respecto de los cuales existe un acuerdo previo, sean de exclusivo conocimiento y autorización de los notarios, en virtud de la fe pública que les concede la propia Constitución. Por lo que propongo al foro ecuatoriano una discusión más intensa sobre la jurisdicción voluntaria y la necesidad de emprender las reformas sobre los actos de jurisdicción voluntaria, en los que como esencia fundamental existe un acuerdo, no pasen por todo un proceso judicial, que significa retraso en la solución del problema.

La estructura del presente trabajo investigativo facilita la comprensión de mi propuesta, la misma está dividida en cuatro capítulos que buscan fundamentar mi cometido. En el primer capítulo abordo el origen histórico de la jurisdicción señalando la civilización en donde se originó, quiénes la ejercían, para qué asuntos. Las características generales sobre la jurisdicción nos dan los primeros indicadores de que la jurisdicción voluntaria no es propiamente ejercicio jurisdiccional. Adicionalmente los tipos de jurisdicción nos permiten observar que la jurisdicción ordinaria es la matriz de la jurisdicción civil y penal, en cambio la jurisdicción especial contiene a ciertas ramas que sus propias particularidades requieren de procedimientos especiales que faciliten la aplicación de sus principios particulares como es el Derecho Laboral, Contencioso-Administrativo y Constitucional. También se aborda la fundamentación teórica sobre los actos no contenciosos, que permiten comprender su vinculación con los notarios más que con los jueces, dentro de esto establecer las particularidades de la función notarial que transita entre al ámbito público y privado.

En el segundo capítulo el estudio de la jurisdicción voluntaria ocupa las definiciones vertidas por diferentes tratadistas, el estudio de las escuelas que abordan sobre su naturaleza jurídica, cada una dotándole de particularidades sumamente distintas. En las líneas siguientes se realiza un estudio pormenorizado a varios actos de jurisdicción voluntaria contenidos en la Ley Reformatoria a la Ley Notarial, publicada en el Registro Oficial, Suplemento No. 64, del 8 de noviembre de 1996 y la Ley Reformatoria a la Ley Notarial, publicada en el Registro Oficial No. 406, del 28 de noviembre del 2006. Para concluirlo con el análisis de si el notario ejerce jurisdicción voluntaria o tiene competencia sobre actos de jurisdicción voluntaria.

En el capítulo tercero me permito poner a consideración un análisis del procedimiento que realiza el juez en los asuntos de jurisdicción voluntaria que también son conocidos por el notario. El estudio se fundamenta en las diferencias conceptuales que tiene una demanda respecto de una petición, por lo que las diferencias se deducen de las conceptualizaciones y características de cada uno, el otro punto que merece

una especial consideración en el presente trabajo es en la forma de expresar la decisión ya sea el juez y el notario, en los primeros respecto de que los jueces sobre todo asunto de jurisdicción voluntaria resuelven en base de una sentencia la misma que no tiene efectos de cosa juzgada, por otro lado la forma de autorizar o solemnizar del notario en base de la fe pública, se exterioriza mediante un acta notarial.

Después del desarrollo del tema planteado en los tres primeros capítulos, el cuarto y final contiene mi propuesta de reforma en la que expresamente señalo la eliminación de la jurisdicción voluntaria por la institución conocida en otras legislaciones como actos no contenciosos, de exclusivo conocimiento de los notarios como una medida que permita descongestionar a las judicaturas civiles de estos asuntos que nuevamente insisto carecen de controversia y provienen de un acuerdo mutuo. Además planteo el procedimiento que debería aplicarse en el caso que obviamente puede ocurrir es que llevado un acto no contencioso para la autorización del notario el mismo se convierta en contencioso y ahí sí poderlo llevar para resolución de los jueces.

CAPÍTULO PRIMERO

ANTECEDENTES

1.1. Reseña histórica

Con el objetivo de ubicarnos en la evolución histórica del Derecho Romano, es pertinente ubicarnos en Roma donde se forma la institución denominada jurisdicción, es posible segmentar dicha sinopsis histórica, en tres períodos: el primero llamado monarquía (700-509 AC), un segundo período la república (509-29 AC) y el último conocido como imperial (29 AC-1529 AC), que nos permitirá finalmente ubicar el nacimiento de la jurisdicción, si bien no con las particularidades como la conocemos actualmente se constituye en el punto de partida de la configuración de la jurisdicción.

Los orígenes de esta institución nos remontan varios siglos atrás, en la época de la monarquía, quien tenía a su cargo el ejercicio de la justicia era el rey, tanto en lo civil como en lo criminal. Además existía una marcada diferencia social entre plebeyos y patricios, siendo estos últimos quienes iban ocupando las magistraturas a medida que fue evolucionando la monarquía.

En la etapa de la república, la organización institucional de Roma se funda sobre los clásicos elementos políticos: magistratura, senado y pueblo. En relación a la jurisdicción, la magistratura adquiere una importante connotación, si consideramos que esta denominación se daba aquellos funcionarios que ejercían funciones jurisdiccionales. Respecto de la segmentación de la magistratura se destaca la figura de los cónsules, quien reemplazo al rey, en la administración de justicia tanto en el ámbito civil como penal, posteriormente las funciones del cónsul pasarían al pretor urbano (367 AC), quien entendía de los litigios de los ciudadanos;

eventualmente compartía sus funciones con las del pretor peregrino (242 AC) que era un extranjero quien también colaboraba en la solución de las controversias de los romanos. Con el transcurso del tiempo las funciones del pretor se fueron segmentando, a favor de otros funcionarios, a quienes también se les daba atribuciones de magistrados. Así por ejemplo: los ediles, el prefecto del pretorio, los gobernadores, el legado del emperador y el procónsul, quien tenía jurisdicción en las provincias, similares a las del cónsul en Roma.

Los ediles tenían una potestad jurisdiccional que se limitaba a ciertas acciones especiales en los casos de vicios ocultos de animales y esclavos.

Pero existe una figura que tiene mucha importancia respecto del presente estudio son los “recuperadores”, conforme lo indica Luis Rodolfo Arguello, en su obra *Manual de Derecho Romano* “[...] tuvieron al principio competencia en asuntos de carácter internacional, para actuar más adelante en los juicios entre ciudadanos, subsistiendo para asuntos de jurisdicción voluntaria, como los relativos a la manumisión de esclavos, en época de la *cognitio extraordinem*”.¹

No se puede hablar de un funcionario que exclusivamente ejerciera la jurisdicción voluntaria; la misma era practicada por diversos funcionarios, entre ellos los magistrados. Cabe señalar que en ciertos actos, al no existir contradicción, se necesitaba sin embargo el cumplimiento de varias solemnidades para que surtan plenos efectos, por lo cual el magistrado asume esta atribución para regular relaciones jurídicas que no tenían contradicción pero que sí requerían cumplir ciertas solemnidades y ejecutarse ante la presencia de una autoridad.

¹ Arguello, Luis, *Manual de Derecho Romano*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1988, p. 541.

En el imperio, la actividad de la magistratura que contenía al consulado, pretura, edilidad y tribunado cuestura, fue restringiéndose paulatinamente, ya que la misma se concentró en el emperador; pero las competencias de los magistrados (ediles, prefecto del pretorio, gobernadores, legado del emperador y el procónsul), fueron delegadas a un solo personero que se conocía como el prefecto del pretorio, siendo el juez supremo del imperio.

Más adelante no se produciría mayor cambio en la evolución de la jurisdicción ya que el aporte de los juriconsultos romanos no fue mayor, el imperio entró en decadencia tanto en lo moral, económico y político. A tal punto llegaron los problemas que se dividió el imperio, occidente con su capital Roma y oriente con su capital en Bizancio. Los bárbaros finalmente terminarían con Roma en el año (476 DC), pero en cambio la parte oriental del imperio sobreviviría diez siglos. Es en esta parte del imperio que la figura de Justiniano (527 DC) adquiere una gran connotación sobre todo en el mundo jurídico, con su obra de codificación llamada el Corpus Iuris Civile que contiene cuatro partes: el Código (colección de doce libros sobre las constituciones imperiales), Digesto (compilación de cincuenta libros de la jurisprudencia clásica), Institutas (composición de cuatro libros sobre los principios elementales del Derecho) y finalmente las Novelas (constituciones promulgadas por Justiniano).

En el Digesto se puede hallar por primera vez la denominación jurisdicción voluntaria, expresión que se emplea para referirse a las partes que libremente y de forma voluntaria solicitan la participación del magistrado.

En la época llamada postclásica del Derecho Romano, respecto de los actos no contenciosos o de jurisdicción voluntaria, se amplía la participación de los magistrados, sobre

todo en aquellos asuntos en los que sin existir litigio se requiere de sus oficios para establecer relaciones jurídicas, como la adopción y emancipación.

Por lo que, previo a la codificación, la intervención del juzgador romano en asuntos no contenciosos, reunía las siguientes características:

- a. Participación judicial para otorgar validez a negocios jurídicos o producir actos de autoridad.
- b. Acreditación de ciertos actos o hechos como auténticos.

Por lo tanto, identificada la fuente de origen de la jurisdicción voluntaria, vale indicar que la misma surge en el Derecho Romano, no como una institución que provenga del ingenio de los juristas romanos; por el contrario, proviene de necesidades prácticas, históricas y políticas, que permitan tener seguridad jurídica respecto de ciertos actos y hechos legalizados por los magistrados, cuya única función era la de ejercer la jurisdicción contenciosa; pero ante la inexistencia de otro funcionario que pueda dar solución a tales requerimientos se acudía a los juzgadores romanos.

El ciudadano romano acudía a los magistrados, pero de ellos no requerían la solución de conflictos, la restitución de la paz social, simplemente la satisfacción de una necesidad jurídica que para su validez requería la intervención jurisdiccional, para que solemnice o autorice determinado acto carente de controversia.

En nuestro país la jurisdicción voluntaria fue una atribución exclusiva de los jueces de lo civil hasta 1996, año en el cual se asigna al notario la tramitación de ciertos actos de

jurisdicción voluntaria.

1.2. Definiciones

La jurisdicción surge dentro de las diferentes sociedades como un medio de pacificación social, ya que los mentalizadores de su contenido son los jueces, cuya función primordial fue la de dirimir los conflictos originados entre los individuos producto de las relaciones sociales y comerciales, siempre y cuando no hayan llegado a consensuar por sus propios medios a través de principios de equidad, aunque no fue siempre así, la humanidad debe su progreso a la creación de principios y procedimientos que le permitan solucionar las controversias de sus congéneres. Conforme avanza la civilización, la actividad jurisdiccional no se limita a una función pacificadora, 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 del andamiaje estatal, que facilita aplicar la normativa expedida por la función legislativa. Pero el ejercicio de la función jurisdiccional es exclusiva de los jueces, por lo que la administración de justicia es privativa de dicha función.

Calamandrei, citado por Benigno Cabrera en su obra *Teoría general del proceso y la prueba*, manifiesta que: “la función de la jurisdicción es la declaración de certeza”². Vale decir, quien tiene la razón, al atribuir cuál de las partes ha sustentado correctamente su pretensión y la ha demostrado en el término de prueba.

² Cabrera, Benigno, *Teoría General del Proceso y la Prueba*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Cía. Ltda., 1996, p. 83.

En cambio, Couture, propone la siguiente definición: “[...] 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 factibles de ejecución”.³

La definición propuesta por Couture destaca ciertos elementos que son coincidentes con las expuestas por otros tratadistas. Definitivamente es una función pública, ya que la administración de justicia es propia del Estado y no podría ser ejercida por los particulares. Para resolver controversias se acude ante el juez unipersonal o pluripersonal, siendo éstos quienes resolverán lo que le corresponde tanto al actor como al demandado, con la virtud de que la decisión que se tome no se modificará una vez que la misma se ejecutorie.

Con un criterio similar se manifiesta Enrique Vescovi, quien en su obra *Teoría General del Proceso*, señala: “jurisdicción es la función estatal destinada a dirimir los conflictos individuales e imponer el derecho”.⁴

Un elemento característico y reiterativo respecto a las definiciones anteriores se refiere a la resolución de controversias o conflicto de intereses, para lo cual se acude al juez a fin de que sea él, como dice Calamandrei, quien realice la declaración de certeza, pero bajo un criterio más técnico, determinando quién se encuentra asistido por la norma jurídica.

El autor Chioyenda, citado por Cabrera Benigno, define a la jurisdicción así: “Es la función del Estado, que tiene por fin la actuación de la voluntad concreta de la ley, mediante la sustitución de la actividad de los órganos públicos, de la actividad de los particulares o de otros

³ Cabrera, Benigno, *Teoría general del proceso y la prueba*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda., s.a., p. 84.

⁴ Vescovi, Enrique, *Teoría general del proceso*, Bogotá, Editorial Temis S.A., 1999, p. 99.

órganos públicos, sea al afirmar la existencia de la voluntad de la ley, sea al hacerla prácticamente efectiva”.⁵

Chiovenda aporta otro elemento en su definición, y es que los jueces no resuelven solamente sobre asuntos propuestos o en los que están inmersos los particulares sino también los órganos públicos, pudiendo ser estos los órganos de la función Ejecutiva. Por ello se puede establecer que la independencia de la función Judicial es fundamental para que verdaderamente exista justicia.

En los Estados considerados modernos, en los cuales es evidente un intervencionismo de los poderes públicos en contraste con las denominadas autonomías privadas, es preponderante en la mayoría de legislaciones la observancia del derecho; la cual se entiende ligada estrictamente al ejercicio de la jurisdicción, ya que son los jueces quienes en base a la norma jurídica vigente dictaminan lo que le corresponde a cada una de las partes.

El Estado, como ente regulador, a través de las normas jurídicas que plasman los derechos objetivos en que están amparados los ciudadanos, busca históricamente, a partir de regular mediante un proceso de abstracción, por medio de normas generales y específicas que hacen que los particulares en sus relaciones tanto individuales como colectivas tengan que ajustar su conducta a la voluntad exteriorizada del Estado, asistir a sus miembros a través de la formulación del Derecho manifestada en forma de mandato concreto e individualizado dirigido al individuo que se encuentre en una situación de hecho a través de la jurisdicción.

Pero si nos remitimos a la función del juez, en el pleno ejercicio de la jurisdicción, Alejandro Ponce Martínez dice al respecto:

⁵ Benigno, Cabrera, op. cit., Benigno Cabrera, p. 86.

La función esencial del juez es la de administrar la justicia. El Poder Judicial se ha instituido –dijimos con Savigny- para reparar la violación del derecho; entendiendo por violación todo ataque, toda resistencia, toda contradicción positiva o negativa. La intervención del juez supone, por tanto, dos elementos; el derecho de que una persona se considera asistida, y la violación de ese derecho por otra. La misión del juez reduce entonces a reconocer y declarar la existencia o no existencia del derecho y de la violación, y aplicar la ley correspondiente.⁶

La función esencial del juez es la de administrar justicia, declarando o no la existencia del derecho, ejecutando una sentencia, sancionando el cometimiento de infracciones; pero para el ejercicio de su actividad los actos procesales deben estar revestidos de solemnidad. Este elemento característico hizo que varias legislaciones le atribuyeran la facultad de solemnizar o autorizar. Llamando a esta actividad adicional de los jueces función accidental: muchos autores la han justificado teóricamente, con el fin de permitir el normal desenvolvimiento de las sociedades, pero la argumentación teórica y jurídica, como veremos más adelante, de la existencia de la jurisdicción voluntaria no es unificada, peor aún, contundente.

Por lo tanto, de todo lo manifestado anteriormente, puedo 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, sobre todo a través de la administración de justicia. El poder jurisdiccional o judicial, además, tiene a su cargo otras funciones de distinta naturaleza, que pueden llamarse accidentales, como es el caso de la denominada jurisdicción voluntaria, la misma que por su especial naturaleza faculta a los jueces autorizar o solemnizar ciertos actos que en la práctica interfieren con la actividad de exclusiva de juzgar.

⁶ Ponce, Alejandro, *Derecho Procesal*, Quito, Ediciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, s.a., p. 205.

Por lo tanto esta atribución accidental de los jueces debe delegarse en su totalidad a un agente distinto del juez, para permitir que los juzgadores se concentren en su función específica: administrar justicia y hacer que se cumplan las leyes establecidas por el orden jurídico.

1.3. Características de la jurisdicción

1.3.1. Jurisdicción: poder-deber del Estado

El poder jurisdiccional estuvo en manos de la monarquía en las diferentes épocas de la humanidad, esto cambiaría con la división de poderes sustentada por la Revolución Francesa, es así que tiene el carácter de poder como supremacía de una función del Estado, que se configura sobre cada una de las personas para proteger a la sociedad, ya que dentro de la organización estatal no existe otro órgano que realice esta tarea. Tiene este carácter de poder ya que significa supremacía de quien la ejerce, respecto de los demás miembros del pueblo que estamos sometidos a su autoridad.

Conforme se determina en las disposiciones preliminares del Código Civil, en el territorio nacional la ley rige para los ecuatorianos y los extranjeros. Esto significa que están sometidos a la jurisdicción nacional, tanto un ciudadano ecuatoriano como un extranjero, por ejemplo cuando solicita la solución de un litigio, la realización de un derecho o cuando alguien haya incurrido en una conducta tipificada como delito.

Clásicamente se considera que la existencia del poder judicial es necesario para que exista el contrapeso de los otros dos. Por eso Wolfgang Heyde, en la obra colectiva Manual de Derecho Constitucional, señala que: “Sólo la existencia de tribunales imparciales,

independientes, puede garantizar, en último término el respeto a las leyes y el imperio de la justicia”.⁷

En muchos códigos políticos se señala que la función judicial goza de independencia, que si bien puede ser un enunciado, se constituye en el postulado fundamental de los jueces al administrar justicia, lo cual permitirá ir generando madurez en las sociedades respecto de su apreciación acerca de la justicia.

Tiene la jurisdicción la particularidad de ser un poder, ya que se impone sobre todos, sea un organismo del estado o un ciudadano particular, nadie puede excusarse de su dominio; pero al mismo tiempo se constituye en una obligación que es ejercida exclusivamente por el Estado ya que sólo a él le corresponde administrar justicia. La división de poderes a la cual me referí anteriormente permite un desenvolvimiento transparente aunque sea en teoría de cada una de las funciones, pero esta base hace posible que por ejemplo la jurisdicción constitucional resuelva sobre los actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial, permite interponer una acción de protección, cuando una persona o comunidad de personas sientan que una decisión de la función ejecutiva los perjudica.

1.3.2. Jurisdicción, instrumento de solución de conflictos

Esta característica de la jurisdicción está estrechamente vinculada a la atribución referida anteriormente, pues es el interés de todos los miembros de la sociedad exigen que haya un mecanismo que permita la solución de conflictos, lo cual se constituye en una importante conquista.

⁷ Varios autores, *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2001, p. 768.

Conforme se producía la evolución del Derecho, precisamente en los albores de la humanidad, los conflictos se resolvían con la imposición de quien tenía la fuerza, posteriormente la venganza, “ley de la vendetta”, era la consecuencia de la resolución de los desacuerdos, en otras latitudes se formó la “ley del talión”, (ojo por ojo y diente por diente); volviéndose indispensable en una sociedad en proceso de civilización, buscar la forma de resolver los desacuerdos, por lo que en muchas sociedades esta tarea se encargó a los miembros más ancianos del conglomerado social. En la edad antigua la solución de conflictos alcanzó un gran esplendor en el Derecho Romano (509-29 AC), ya que se estableció un procedimiento para la solución de los conflictos, así también diferentes funcionarios podrían ejercer la función jurisdiccional.

En la Edad Media el ejercicio de lo que se denominaría jurisdicción era una atribución exclusiva de la monarquía. Los reyes imponían sus resoluciones respecto de quien se lo solicitaba, muchas veces imperaba su criterio con una alta dosis de parcialidad. Esto se rompería con la Revolución Francesa.

Sería la adopción de los principios de libertad, igualdad y confraternidad en los Códigos Políticos de las diferentes naciones, aunque después de mucho tiempo y a un alto costo de vidas humanas, la consolidación de un poder judicial que independiente de los otros poderes, se constituiría en el remedio que patrocinado por el Estado, permitiría presentar ante un tercero imparcial la solución de los conflictos, con la consecuente aplicación del Derecho al caso concreto.

Los actos de jurisdicción voluntaria no se encuadran en este efecto característico de la jurisdicción, así lo sostiene Monroy, quien en su obra Introducción al proceso civil, 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 [...]”.⁸

Son cada vez mayores las voces que se suman a determinar que no existe la jurisdicción voluntaria

1.3.3. Jurisdicción como instrumento de aplicación del Derecho

La fuerza del derecho transformada en ley debe tener un mecanismo y una función que haga factible su aplicación. Por ello, Luigi Ferrajoli en la obra *Garantismo y Derecho Penal*, manifiesta en este aspecto una dualidad de la jurisdicción: como tutela de los derechos fundamentales y como sujeción de los poderes públicos a la ley, agregando textualmente: “En estos dos valores, expresión ambos del principio de igualdad, reside el carácter democrático de la jurisdicción como garantía, por una parte de los derechos de todos y, por otra, del ejercicio legal de los poderes públicos”.⁹

Es evidente la necesidad de que una función del Estado sea la encargada de aplicar el derecho y al mismo tiempo que esa aplicación observe los derechos fundamentales. Por lo tanto, no solo resuelve el caso en particular, sino que en el desenvolvimiento del proceso precautela el cumplimiento de las garantías constitucionales. Es decir no solo se hace que se cumpla el Derecho, sino que quien lo ejerce lo haga también. Ya en el ámbito fáctico, es obvio pensar que las normas tienen una aplicación general, no han sido dictadas para resolver un caso particular. Quien deberá buscar que el Derecho se encuadre a la situación en conflicto es el juzgador.

⁸ Monroy, Juan, *Introducción al Proceso Civil*, Bogotá, Editorial Nomos, 1996, p. 216.

⁹ Ferrajoli, Luigi, *Garantismo y Derecho Penal*, Bogotá, Editorial Temis. s.a., p. 130.

1.4. Tipos de jurisdicción

La clasificación de la jurisdicción es tan amplia como los tratadistas que se han referido al tema. Si bien la que propondré no se la puede considerar como la única clasificación, ésta es coincidente entre diversos autores. Aunque con distintas denominaciones, tiene elementos coincidentes. Así tenemos que la jurisdicción se clasifica en:

- a. Jurisdicción ordinaria
- b. Jurisdicción especial

Esta clasificación nace de la verdadera jurisdicción, vale decir de la contenciosa, ya sea ordinaria o especial, en ambos casos hay un conflicto de interés que resolver. Por lo que a continuación se presentan los pormenores de esta clasificación, que adiciona más elementos característicos de la jurisdicción contenciosa. Otra clasificación que adquiere connotación por cuanto se vincula con el problema a resolver en la presente tesis es en: contenciosa y voluntaria.

1.4.1. Jurisdicción ordinaria

En la Roma antigua los jueces resolvían todas las causas, pero a medida que los conflictos se fueron ampliando, así como las materias a tratar, se formó la jurisdicción especial, que engloba aspectos referentes a la jurisdicción laboral, constitucional, contenciosa administrativa, etc. “La jurisdicción es ordinaria cuando el juez puede conocer indiscriminadamente toda clase de negocios: civiles, penales, laborales, de familia, agrarios,

etc. Primitivamente, esta era la única jurisdicción que existía, pues los jueces encargados de administrar justicia lo hacían en relación con toda clase de casos y materias”.¹⁰

Sin embargo las particularidades de cada rama del Derecho, con normas y principios diferentes, generaron procedimientos especiales. Doctrinariamente se ha reconocido que formaban parte de la jurisdicción ordinaria los campos civil y penal, mientras que forma parte de la jurisdicción especial lo contencioso administrativo y constitucional. En el Ecuador dentro de la jurisdicción ordinaria está inmersa la materia civil y penal, mientras que forman parte de la jurisdicción especial las demás ramas del Derecho.

Cada vez el Derecho tiende a una mayor especialización, lo cual seguramente originará otros criterios para proponer futuras clasificaciones.

1.4.1.1. Jurisdicción civil

Su antecedente es el *ius civile*, que regulaba a los particulares en la antigua Roma. Los magistrados ejercían al mismo tiempo la jurisdicción civil y la penal, denominada por los diferentes autores como jurisdicción ordinaria, de ahí que la jurisdicción civil es eminentemente ordinaria.

En la Enciclopedia Jurídica Omeba se la define así: “La relativa a las causas civiles, e incluso mercantiles, que es ejercitada por los tribunales y jueces en lo civil”.¹¹

En el caso ecuatoriano actualmente la jurisdicción civil y mercantil es ejercida por un juzgador unipersonal o pluripersonal, destinados exclusivamente para las causas que tienen esta

¹⁰ Benigno Cabrera, op. cit., p. 90.

¹¹ “Jurisdicción civil”, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, volumen XVII, Buenos Aires, Editorial Driskill S.A., 1978, p. 50.

naturaleza, quienes tienen además competencia para resolver sobre los actos de jurisdicción voluntaria, por disposición de la ley.

1.4.2. Jurisdicción especial

La jurisdicción especial surge como consecuencia de que ciertas materias requieren de un procedimiento especial, en virtud de los principios que configuran ciertas ramas del Derecho, por ello es necesario una jurisdicción especial que acoja dichas particularidades, para el conocimiento y resolución de las controversias.

1.4.2.1. Jurisdicción penal

El ejercicio del Derecho Penal es exclusivo del Estado, ya que el descubrimiento de los autores de un delito y la existencia material de la infracción es una tarea de la Fiscalía, organismo a través del cual el Estado cumple con el encargo que le ha dado la sociedad.

Los principios que rigen al Derecho Penal son totalmente diferentes a los del Derecho Civil, tanto que incluso los procedimientos difieren de una materia respecto de la otra, pero en un inicio fueron ejercidas al mismo tiempo por un mismo juzgador. Estas particularidades actualmente la enmarcan como una jurisdicción especial.

Pero finalmente, ¿qué se debe entender por jurisdicción penal?, la Enciclopedia Jurídica Omeba, lo define de esta forma: “La que tramita y resuelve las causas originadas por la investigación y comisión de un delito o falta, con peculiar desdoblamiento del proceso penal, entre la fase inquisitiva o sumario y la cognoscitiva y sancionadora del plenario”.¹²

¹² “Jurisdicción Penal”, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, p. 53.

Conforme a las reformas de nuestro Código adjetivo Penal, la etapa de investigación le corresponde al fiscal pero con la participación del juez para la autorización de ciertos actos procesales, como la disposición de medidas cautelares, y control del fiscal en el cumplimiento de éste respecto de las normas del debido proceso; ya en la etapa intermedia y de juzgamiento es donde plenamente se observa el ejercicio de la jurisdicción penal, a cargo del juez y tribunal penal respectivamente.

1.4.2.2. Jurisdicción contenciosa administrativa

En el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, al respecto de esta jurisdicción se dice: “La palabra jurisdicción unida a la expresión contenciosa-administrativa, señala la existencia de una función relativa a la decisión de los conflictos suscitados entre la Administración Pública y los administrados, con motivo de actos o hechos regidos por el Derecho administrativo”.¹³

Por lo que el ejercicio imparcial del juez en el área de lo contencioso administrativo, se constituye en un freno para corregir los abusos del poder que ejercen los funcionarios públicos a través de los actos administrativos llámense: decreto, resolución, ordenanza, acuerdo, etc, otorgando al ciudadano común un mecanismo jurídico y procedimental que le permita impugnar el acto administrativo. Pretende, en definitiva, tutelar el derecho de los particulares frente a un posible abuso de la administración pública.

¹³ Guillermo Cabanellas, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual (Tomo V)*, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1978, p. 561.

1.4.2.3. Jurisdicción constitucional

A través de la historia de la jurisdicción constitucional, tiene un antecedente meritorio que merece ser resaltado, por cuanto se constituye en el puntal para su posterior configuración. Se refiere a la actuación del Supreme Court Marshall, en la sentencia de 1803, en el caso *Marbury vs. Madison*. Recogido por el *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* del 2007, en el cual se señala su actuación en los siguientes términos: “La demanda fue rechazada como no admisible, pero en su argumentación para llegar a la decisión, el chief Marshall sentó la base para el control de la constitucionalidad. Tan solo 54 años más tarde -en 1857-, por primera vez fue declarada inconstitucional una ley que había sido revisada”.¹⁴

Después de este breve preámbulo, si bien no se lo define expresamente, en la Enciclopedia Omeba, encontramos una referencia interesante sobre la jurisdicción constitucional, en los siguientes términos: “[...] empezó a ser usado desde un primer momento para afirmar la idea de que era factible que alguien (un órgano) controlase la inconstitucionalidad de las normas o de los actos inconstitucionales de autoridad o particulares. Es decir, frente al dogma de la soberanía del parlamento y de la ley, era menester afirmar que alguien fuera de ese órgano, pudiese controlarlo”.¹⁵

Por lo que, estas referencias de la jurisdicción constitucional, permiten comprender su importancia, pues como función esencial esta jurisdicción tiene la de controlar y enmendar los abusos de la ley o actuaciones de los funcionarios públicos, a través de un órgano distinto de la función legislativa o ejecutiva, incluso de la judicial (control constitucional de las sentencias),

¹⁴ Hoffmann-Riem, Wolfgang, “La división de poderes como principio de ordenamiento”, en Gisela Elsner, comp., *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2007 (Tomo II)*, Montevideo, s.e., 2007, p. 221

¹⁵ “Jurisdicción Constitucional”, en Enciclopedia Jurídica Omeba (Apéndice tomo VI), Buenos Aires, Editorial Driskill S.A., 1992, p. 233.

que de acuerdo a nuestra Carta Magna vigente el referido control le corresponde a la Corte Constitucional.

1.4.3. Jurisdicción convencional

Surge de la expresión de la voluntad de las partes al suscribir un contrato o un convenio, estableciendo la autoridad ante la cual han de someter las controversias que puedan surgir. El Código Civil contempla en el Art. 1460, la cláusula accidental [...] y son accidentales a un contrato aquéllas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales, por ejemplo: la cláusula de las controversias, mediante la cual los contratantes establecen la autoridad judicial o arbitral, ante quien se someten para la solución de un conflicto. Por lo que, aunque parezca reiterativo, la jurisdicción convencional proviene del acuerdo de las partes, determinando los contratantes la jurisdicción a la que se someten y el procedimiento que se aplicará para solucionar los conflictos de intereses, que puedan surgir en virtud de la ejecución del contrato.

1.5. Actos no contenciosos

El ejercicio de la función jurisdiccional es una actividad exclusiva del Estado, un ente privado no la puede realizar, para solucionar sobre todo conflicto de intereses, a través de una sentencia que tiene efectos de cosa juzgada.

Conforme se apreciará en líneas posteriores los asuntos de jurisdicción voluntaria carecen de conflicto de intereses, elemento fundamental de la verdadera jurisdicción presente en la jurisdicción ordinaria o especial. Su base radica en que los peticionarios de mutuo acuerdo acuden ante una autoridad pública para que autorice o solemnice el acuerdo. Si bien

en estos asuntos los jueces se pronuncian a través de sentencia, ésta no tiene efectos de cosa juzgada ante la posibilidad de ser revisada la decisión en otro juicio.

Una particularidad que distingue a la jurisdicción voluntaria de la contenciosa es la inexistencia de partes ya que las denominaciones de actor y demandado se da en virtud de un conflicto de intereses.

La jurisdicción contenciosa es en esencia la “verdadera jurisdicción”, mientras que la jurisdicción voluntaria es un actividad accidental que la realizan lo jueces, y que la misma carece de las particularidades esenciales de la jurisdicción contenciosa; la falta de los caracteres esenciales de la jurisdicción le impide ser conceptualizada como ejercicio jurisdiccional, propiamente dicho.

Definitivamente la evolución del ser humano en sus relaciones privadas, respecto de aquellos actos en los que requiere solemnidad para la seguridad del negocio, genera que el Derecho se transforme y se acople a dichas situaciones, si bien no a la misma velocidad de los cambios que ocurren. En un primer momento, en el ámbito de lo que se llama jurisdicción voluntaria, se buscó que ciertos actos, en esencia carentes de complejidad, sean autorizados por un funcionario perteneciente a la función judicial, este fue el juez. Pero a medida que más de estos actos se fueron adicionando a su competencia, se buscó a otros funcionarios del mismo organismo, para que conozcan de aquéllos.

Al analizar las consideraciones teóricas de la jurisdicción voluntaria, en legislaciones vecinas, se puede determinar que la misma carece de los elementos que configuran la jurisdicción, sobre todo cuando por la naturaleza del acto se establece que no origina conflicto de intereses.

Ante esta inconsistencia teórica, los legisladores de países vecinos tomando en cuenta las exposiciones de los tratadistas, han optado por darle otra denominación acorde a su naturaleza y sus características llamándolo; actos no contenciosos, como se conoce en Perú (Código Procesal Civil, Sección Sexta, Título Uno: Procesos no contenciosos) y (Código de Procedimiento Civil, Chile (Código de Procedimiento Civil, Libro Cuarto: De los actos judiciales no contenciosos, Art. 817). Por cuanto la denominación jurisdicción voluntaria para distinguir a los asuntos no contenciosos, no ha alcanzado unanimidad entre los diferentes autores y corrientes, en otras legislaciones a los actos de jurisdicción voluntaria se los llama actos no contenciosos, denominación que también nuestro país debe adoptar para llamar a estos asuntos.

1.6. Función notarial

Los diferentes sectores de la sociedad, sobre todo en el sistema latino, estiman que la participación del notario es fundamental para el normal desenvolvimiento de los actos y contratos que llevan a cabo los particulares entre sí, o del Estado con los particulares. Es por eso que tratar de ubicar en una rama del derecho al notario, se convierte en una tarea por demás compleja ya que sea en el ámbito público o privado, que se trate de encasillarlo, hay argumentos en ambos sentidos que dificultan su ubicación.

A este respecto Chaine, en la obra Función Notarial dice: “El notario está allí en la encrucijada del derecho público y del derecho privado, de los intereses colectivos y de los intereses privados.”¹⁶

¹⁶ 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, julio-diciembre 1978, págs. 429-431, las palabras citadas, en pág. 431, citado por Antonio Rodríguez Adrados, “Escritos Jurídicos”, volumen uno, 1996, p. 216.

En realidad en el acontecer diario de su desempeño conviven el *officium publicum*, es decir la actividad de certificar o autorizar; pero también el *officium civile*, cuando participa de su consejo, a quien se lo solicite, como parte de su profesión de abogado, de la cual no puede apartarse a pesar de ser un funcionario público.

Un criterio de similar naturaleza lo encontramos en la *Revista El Notario da seguridad*, del 1999, del Consejo General del Notariado, en donde se manifiesta:

El Notariado es, desde sus orígenes, consustancial a las sociedades democráticas y a la economía de mercado. Es una constante la estatalización del notariado por parte de las autocracias y su restablecimiento por las sociedades libres. El notario, funcionario independiente, es una garantía para el ejercicio de la libertades individuales y patrimoniales de los particulares, incluso frente al abuso de los poderes públicos.¹⁷

Cualquier análisis, por más sencillo que este sea, no puede escapar a la dualidad pública y privada de la cual goza el notario, ligada a sus actuaciones propias sin que él lo haya buscado, sino por la propia naturaleza de su desenvolvimiento en la función notarial.

1.6.1. Funcionario público

La distinción entre el sistema del notariado latino del anglosajón, se basa en el carácter público que tienen los notarios en los países de raigambre latina y el carácter privado los del sistema anglosajón.

¹⁷ Consejo General del Notariado, *Revista El Notario da seguridad*, Madrid, 1999, p. 8.

En el sistema latino, el notario generalmente debe pasar por un concurso de oposición y merecimientos, organizado por la función judicial o el ministerio de justicia o bien las municipalidades, o la entidad delegada para esta actividad conforme a la legislación de la materia. Una vez que el notario ha sido seleccionado debe rendir su juramento ante autoridades públicas, llámeseles magistrados o ministros, para que a partir de ese momento dé fe pública de los actos y contratos.

Su actividad la ejerce bajo dependencia de un órgano público, en el caso ecuatoriano, actualmente es el Consejo de la Judicatura. Debe regirse a las tablas de aranceles que le fijan, por lo que los precios que puede cobrar por su servicio no son determinados por la fluctuación del mercado.

Otro criterio para estimar que su función es pública, radica en que los documentos que da fe pública, como parte de su trabajo son incorporados a un protocolo, formándose un archivo que no es de propiedad del notario, sino del Estado, como sucede en el caso ecuatoriano.

Aproximadamente sesenta años atrás en el Primer Congreso Internacional del Notariado Latino, realizado en el año 1948, se definía al notario así: “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.”

Definición que se ha mantenido vigente por sesenta años en los diferentes estados que son miembros del notariado latino y que confirma su carácter público.

1.6.2. Funcionario privado

Ciertas legislaciones otorgan a los notarios la facultad de aconsejar a los contratantes, esta práctica es considerada como parte del ámbito privado, por lo que esta gestión de asesorar le otorga al notario una particularidad eminentemente privada, al ejercer su profesión de abogado, incluso la falta de asesoramiento en otras legislaciones le podría generar responsabilidad civil.

En el caso ecuatoriano, el notario no está obligado por disposición de la ley a cumplir con la actividad de asesoría o de consejo. Al no hacerlo no incurre en responsabilidad civil, pues quien debe cumplir con esta necesidad es el abogado patrocinador, al requerirle el contratante sus servicios; él está llamado a permitir que el solicitante vislumbre las ventajas y desventajas de la realización de tal acto o contrato, así también los requisitos y solemnidades que debe cumplir el patrocinado para la plena validez del negocio que desea realizar. En otras palabras la actividad de asesoría en el Ecuador es atribución del abogado patrocinador.

Llegada a manos del notario la minuta del acto o contrato, una vez depurada, debe observar si cumple o no con las solemnidades y disposiciones legales; una vez que ha pasado este examen, puede ser elevado a escritura pública, recogiendo la voluntad de los contratantes, que se instrumenta en la escritura matriz a través de sus firmas, matriz que posteriormente se archiva al protocolo de la notaría.

La notaria peruana Adriana Abella citando a Pondé, establece de forma tajante que en el proceso histórico de evolución del notario nunca fue un funcionario público, “En verdad el

notario no ha sido funcionario público jamás. No se lo tuvo por tal ni en la legislación de Justiniano I, ni en la Leyes longobardas, ni en la Constitución de León VI el filósofo, ni en los Estatutos del Piamonte, ni en las Leyes de las Siete Partidas, ni en la Constitución Imperial de Maximiliano I de Austria, ni en la Nueva, ni en la Novísima Recopilación, ni en la Legislación de Indias, es decir, en todos los textos legales que constituyen el sostén de las preceptivas reguladoras del notariado”.¹⁸

La notaria peruana basada en consideraciones históricas establece que el notario no es funcionario público ya que en las diferentes legislaciones europeas del medievo jamás se la ha dado esa calidad. Pero en el tiempo y espacio a la que se refiere Adriana Abella ni siquiera se sospechaba de la administración pública. Sin embargo es un criterio válido en la discusión para dilucidar si el notario es un funcionario público o privado.

[...] hoy la actividad notarial se contempla de otra manera, gracias fundamentalmente a su rápida adaptación a las exigencias de la sociedad de la información y de la tecnología electrónica, a su importancia para la economía en la sociedad del libre mercado, a la relevante labor que realiza para satisfacer los derechos de las personas y a su papel en la construcción de un espacio jurídico de libertad, seguridad y justicia.¹⁹

La cita anterior se refiere al notariado español, en la cual, se ha fortalecido la figura del notario con ciertas particularidades privadas, basados en el criterio de que es más conveniente para la sociedad prevenir un litigio largo y costoso, mediante una participación profesional del fedatario.

¹⁸ Pondé, E., *Tríptico Notarial*, Ed. Depalma, 1977. “*La función notarial no es función pública*”, citado por Adriana Abella, “Derecho Notarial”, Buenos Aires, s.e., 2005, p. 30.

¹⁹ Consejo General del Notariado, *Revista Escritura Pública No.37*, Madrid, s.e., 2006, p. 2.

Finalmente vale indicar que conceptualmente el notario se encuentra en esa dualidad de lo público y privado. En el caso ecuatoriano de acuerdo a la Constitución Política y el Código Orgánico de la Función Judicial y Ley Notarial el notario en el Ecuador es un funcionario público.

En el Código Político en el Art. 199, se establece que el servicio notarial es público. Así también lo dispone, el Art. 296 del Código Orgánico de la Función Judicial, que 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 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.

El ejercicio de la función notarial es personal, autónomo, exclusivo e imparcial.”

1.7. Fe pública

En la esfera doctrinal se habla de que la fe pública nace con el notario, que la misma evolucionaría posteriormente para subdivirse en judicial y administrativa.

¿Pero de qué vocablos provienen estos términos? La notaría peruana Mercedes Salazar, al respecto manifiesta “por un lado del latín FIDES que lleva la expresión de seguridad, de aseveración, que una cosa es cierta, sea que se manifiesta, solemne o no, en cualquier orden privado o público. También deriva de la palabra latina FACERE, que significa crédito que se

da a una cosa por el hecho de que es el funcionario o persona presumida de autoridad el que lo dice o lo hace”.²⁰

El origen etimológico arroja presunciones de que la fe pública otorga seguridad, certeza, de una actuación de un funcionario o autoridad. El notario panameño Boris Barrios, se remite a lo que dice el Diccionario de la Real Academia Española:

[...] fe pública como 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.²¹

La definición de la Real Academia recogida por el notario panameño vincula la capacidad de autorizar a los funcionarios públicos, pues la fe pública como veremos más adelante proviene del Estado que delega a ciertos funcionarios esta atribución.

El autor argentino Carlos Gattari, en cambio la define así: “[...] como aquella cualidad insita en los documentos emitidos por el Estado o por quienes éste autoriza para resguardar su veracidad y seguridad”.²²

Se puede apreciar que la definición propuesta por Gattari no recoge todos los elementos que contemporáneamente debería contener una definición de esta institución, pues la citada limita la fe pública sólo a los documentos que provienen del Estado, más no a las actuaciones de los funcionarios públicos.

²⁰ Salazar, Mercedes, *Protocolo Notarial*, Lima, Editorial Láser Gral Alvarado, 2007, p. 63.

²¹ Barrios, Boris, *Derecho Notarial Panameño*, Panamá Editorial Portobelo, 2006, p. 95.

²² Gattari, Carlos, *Manual de Derecho Notarial*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1992, p. 66.

Por su parte el notario español Antonio Rodríguez Adrados, al respecto manifiesta: “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 sí mismos los documentos públicos”.²³

La fe pública surge de la necesidad que tienen las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, para que un documento tenga la misma validez en el lugar donde se originó como en el lugar donde surtirá efectos, lo cual garantiza la seguridad jurídica de una sociedad.

La fe pública ha sido dividida en: judicial, administrativa y notarial.

La fe pública judicial es aquella ejercida por secretarios y magistrados en los actos jurídicos de orden judicial, expresado en las resoluciones judiciales sin estar en contraposición al poder jurisdiccional, como en las certificaciones de dichos actos.

La fe pública administrativa es la ejercida por los funcionarios pertenecientes a la administración pública para dar autenticidad a los hechos y actos que se realizan en el gobierno, expresada en resoluciones, acuerdos y de documentos propios de su actividad pública.

La fe pública notarial es entendida por Bernardo Pérez Fernández, citado por Mercedes Salazar, así:

[...] la fe del Notario es pública porque proviene del Estado y porque tiene consecuencias que repercuten en la sociedad estableciendo una distinción entre la fe pública entendida como garantía que el Estado otorga y la fe notarial o garantía que da el Notario al

²³ Rodríguez, Antonio, *Escritos Jurídicos (Volumen II)*, Madrid, Consejo General del Notariado, 1996, p. 175.

Estado y al particular, al determinar que el acto se otorgó conforme a derecho y que lo relacionado en él es cierto, proporcionando con ello, en último término, seguridad jurídica.²⁴

Lo dicho por Pérez Fernández destaca varios elementos característicos de la fe notarial, que definitivamente también es pública pues le ha sido otorgada por el Estado, cuya correcta aplicación se constituye en una garantía para evitar futuros conflictos, para el propio Estado y los particulares.

1.7.1. Características de la fe pública

De las definiciones anteriormente enunciadas, es posible extraer las siguientes características que a continuación expreso.

- a. Es otorgada por el Estado a un funcionario público; en consecuencia, sólo a él le corresponderá el ejercicio de la misma.
- b. Es absoluta y general pues da certeza de todo el acto contenido en el documento y no sólo a una parte.
- c. Sólo a la autoridad judicial (juez o tribunal) le corresponde declarar la nulidad del instrumento público.
- d. Para poder ser expresada el funcionario previo a la expresión de la fe pública solicitará el cumplimiento de solemnidades.
- e. La fe pública notarial puede ser originaria, respecto del hecho o acto que es percibido directamente por el notario y es también derivada respecto de los actos o documentos en la que han participado terceros o que han sido autorizados por otros funcionarios.

²⁴ Mercedes Salazar, op. cit., p. 43.

CAPÍTULO SEGUNDO

JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

2.1. Definiciones de jurisdicción voluntaria

De las muchas definiciones que sobre el tema se han expuesto una de las primeras y justificando la existencia de la denominación jurisdicción voluntaria, se destaca la de José de Vicente y Caravantes, quien dice:

Entiéndase por jurisdicción voluntaria la que ejerce el juez en actos o asuntos que, o por su naturaleza o por el estado en que se hallan, no admiten contradicción de parte, emanando su parte intrínseca de los mismos interesados, que acuden ante la autoridad judicial, la cual se limita a dar fuerza y valor legal a aquellos actos por medio de su intervención o de sus providencias, procediendo sin las formalidades esenciales de los juicios.²⁵

Esta misma definición ya nos presenta la carencia de contradicción en la jurisdicción voluntaria, elemento determinante de la jurisdicción, dando el juez la fuerza o valor legal al acto o asunto, que como veremos más adelante puede realizarlo otro funcionario judicial y no necesariamente el juez quien por sobre todas las cosas debe dedicarse exclusivamente a juzgar.

El autor argentino Lino Palacio en su obra Manual de Derecho Procesal Civil, al referirse a la jurisdicción voluntaria, se manifiesta en los siguientes términos: “Tradicionalmente se designa así a la función que ejercen los jueces con el objeto de integrar, constituir o acordar eficacia a ciertos estados o relaciones jurídicas privadas (ver supra, no 36). Como ya se ha destacado, se trata de una función ajena al normal cometido de los órganos

²⁵ Cabanellas, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual (TomoV), Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1978, p. 605.

judiciales, el cual consiste en la resolución de los conflictos jurídicos suscitados entre dos o más personas.”²⁶

Respecto a las actividades que ejecuta el juez, en referencia a la definición anterior, encontramos tres actividades fundamentales: “integrar, constituir o acordar eficacia a ciertos estados o relaciones jurídicas privadas“. Pero no se refiere a la actividad propia del juez que es la de juzgar, por eso el autor de esta definición agrega que la jurisdicción voluntaria es una función ajena de las realizadas por los órganos judiciales. Pero conforme vimos en la reseña histórica de la jurisdicción, la misma se fue adecuando para que ciertos actos en los cuales no había conflicto de intereses se necesitaba la intervención de los magistrados para autorizar o solemnizar.

Es indiscutible que los actos de jurisdicción voluntaria son una función accidental del juez y que su esencia es administrativa pero ejecutada por órganos judiciales. Sin embargo por la dinámica con la que se desenvuelven las sociedades, se hace necesario consolidar la participación de un funcionario como el notario para que actúe en las relaciones jurídicas de los particulares, con la única finalidad de solemnizar, autorizar o garantizar cualquier derecho en estricto cumplimiento, en nuestro caso de la legislación ecuatoriana, en actos carentes de controversias y de esta manera dar la trascendencia para los posteriores efectos que surgen de los actos no contenciosos, denominación más adecuada para referirse a esta institución.

Respecto del ejercicio de la jurisdicción voluntaria Devis Echandía, destaca la falta de desacuerdo y la explica, así: La jurisdicción voluntaria se ejercita a solicitud de una persona que necesita darle legalidad a una actuación o certeza a un derecho, o por varias pero sin que

²⁶ Palacio, Enrique, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, p. 87.

exista desacuerdo entre ellas al hacer tal solicitud y sin que se pretenda vincular u obligar a otra persona con la declaración que haga la sentencia, [...]”²⁷

Otros autores como Calamandrei otorgan un carácter intermedio a la jurisdicción voluntaria entre la función jurisdiccional y administrativa, al decir que:

[...] la función jurisdiccional y la administrativa, está la llamada jurisdicción voluntaria; la cual, aun siendo, como veremos en seguida, función sustancialmente administrativa, es subjetivamente ejercida por órganos judiciales, y por eso se designa tradicionalmente con el nombre equívoco de jurisdicción, si bien acompañado con el atributo de voluntaria que tiene la finalidad de distinguirla de la verdadera y propia jurisdicción [...]”²⁸

La jurisdicción voluntaria hasta hace poco era de conocimiento exclusivo de los jueces, sin embargo diferentes legislaciones han delegado esta facultad a los notarios, así lo señala Alberto Gutiérrez, quien en la obra colectiva de Legislación Notarial, manifiesta:

En cuanto a la esfera judicial, hemos señalado que la competencia del notario es inexistente. Sin embargo, ante la sobrecarga de trabajo en Juzgados y Tribunales existe una tendencia a trasvasar algunas actuaciones judiciales sin contienda al notario, en materias que no sean estrictamente de derecho de personas o familia, dado su naturaleza pública, prestigio y credibilidad social, que lo convierten en un sujeto imparcial con -auctoritas-.²⁹

La preocupación de los legisladores de diferentes estados ante la acumulación de causas en sus judicaturas, hizo que se buscara una solución a este problema, siendo la delegación de ciertos actos de jurisdicción voluntaria a otros funcionarios, entre ellos el notario, como

²⁷ Devis, Echandía, Compendio de Derecho Procesal, Bogotá, Editorial ABC, 1978, p. 70.

²⁸ Calamandrei, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Bogotá, Editorial Leyer, s.a., p. 64.

²⁹ Academia Matritense y Sevillana del Notariado, *Legislación Notarial (Contestaciones urgentes al programa de las oposiciones al título de Notario adaptado al nuevo Reglamento Notarial)*, Madrid, s.e., 2007, p. 28-29.

respuesta a este problema, pero teóricamente surge a la palestra la discusión de si realmente existe la jurisdicción voluntaria, por lo que en el desarrollo de este capítulo me permitiré esclarecer el tema, sin embargo a continuación presento el comentario de un autor cuyo nombre no se revela en la fuente, quien respecto de este problema se pronuncia así “no constituye ninguna confesión atrevida ni desfachatada al decir que yo no sé con claridad lo que es jurisdicción voluntaria. Muchos de los que no lo confiesan, y hasta dan una definición en sus libros, lo hacen así porque no se han detenido a pensar el problema”.³⁰

En verdad muchos autores presentan sus definiciones sobre esta institución pero no se han detenido analizarla detalladamente, ya que de esas mismas definiciones no se destacan características o elementos de la jurisdicción.

2.2. Naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria

La celeridad que demanda un mundo globalizado para poder realizar actividades comerciales ha permitido que los países que han optado sobre todo por el sistema notarial latino, hayan trasladado ciertas instituciones de la jurisdicción voluntaria, cuya decisión era exclusiva del juez, a la esfera notarial, cediendo esta facultad exclusiva del juez de decidir sobre asuntos no contenciosos para que lo realice el notario.

Es indispensable para tener un conocimiento profundo de la jurisdicción voluntaria, realizar un repaso por el contenido teórico de las diferentes corrientes que se refieren a su naturaleza jurídica. Es un tema ineludible que nos permitirá según nuestra legislación y su propia ejecución, establecer la corriente en la cual se enmarca nuestra jurisdicción voluntaria.

³⁰ Cabanellas, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual (TomoV), Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1978, p. 605.

La discusión de este tema es amplio y controvertido, pero son dos corrientes que de manera original, tratan de dilucidar su naturaleza jurídica y son las siguientes:

- 1.- Naturaleza jurisdiccional.
- 2.- Naturaleza administrativa.

2.2.1. Naturaleza jurisdiccional

Llamada también organicista, ya que señala que son actos jurisdiccionales aquellos que emanan del poder judicial, determina que los asuntos de jurisdicción voluntaria al provenir de un órgano judicial adquieren esta calidad.

Es posible distinguir en su ejercicio práctico la concurrencia de otros elementos que la enmarcan dentro de la actividad jurisdiccional y estos son:

a.- La participación del juez en representación imparcial e independiente de la función judicial, generando un vínculo jurídico resultante por su intervención, a pesar de la inexistencia de conflicto de intereses entre los solicitantes.

b.- El legítimo ejercicio del derecho objetivo con el fin de precautelar los intereses particulares, pues se aplica el derecho en un caso concreto, facultad exclusiva del juez que por excepción, el legislador ha delegado a otros operadores jurídicos.

Ampliando lo anteriormente expuesto, no se puede hablar de la jurisdicción voluntaria como una actividad jurisdiccional pues se ubica en la esfera extraprocesal o extralitigiosa. Por lo tanto, se hace evidente la inexistencia de una confrontación de intereses, requisito

indispensable para el surgimiento del litigio, quedando de esta forma injustificada la intervención del órgano jurisdiccional.

2.2.2. Naturaleza administrativa

Sus defensores en cambio manifiestan que su origen y esencia es propia de la naturaleza administrativa por cuanto la actividad administrativa es delegada a órganos partiendo de que la administración pública se debe entender al conjunto de las actividades concretamente desarrolladas por el Estado para lograr el bienestar público. No debemos olvidar que de surgir un conflicto de intereses la intervención de una autoridad administrativa, no limita el ejercicio de la jurisdicción a través de los jueces.

El fundamento de la naturaleza administrativa de la jurisdicción voluntaria son los actos administrativos; al respecto, el tratadista Dromi al respecto manifiesta: “el acto administrativo [es] toda declaración unilateral efectuada en el ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma directa.”³¹

Es decir, que el Estado por medio de órganos administrativos despliega una actividad administrativa autorizando o legalizando asuntos de particulares. Así tenemos que varios organismos administrativos en el Ecuador de acuerdo a esta teoría ejercerían jurisdicción voluntaria el Registro Civil, por ejemplo en el trámite de inscripciones tardías.

La defensa de esta concepción también es propugnada desde el punto de coincidencia de un interés particular con el interés colectivo. El primero puede y debe ser tomado en

³¹ Dromi, Roberto, *Formas jurídicas administrativas*, sc., sa., p. 354

consideración sobre todo cuando el Estado propugna el bien general de sus ciudadanos, encontrándonos frente a un interés legítimo y no a un derecho subjetivo.

Si bien Hugo Alsina no presenta una posición a favor de esta escuela, sus expresiones así lo indican:

De allí que la jurisdicción se distinga habitualmente en contenciosa o voluntaria, según que se ejerza en causa en que exenta de contradicción de partes o en que la intervención del juez sólo tenga por objeto dar autenticidad al acto o verificar el cumplimiento de una formalidad; pero aunque en realidad en este segundo caso no pueda hablarse con propiedad de función jurisdiccional, ya que se trata de uno de los supuestos en que el juez ejerce funciones administrativas.³²

Esta posición excluye a los actos que se legalizan o autorizan ante los jueces y notarios, limitando la jurisdicción voluntaria sólo a los actos que provienen de la administración pública.

Otros autores comentan que su objetivo no es garantizar la aplicación del derecho, sino más bien la de satisfacer intereses privados en contraposición a la facultad jurisdiccional de constituir o modificar un derecho. En contraposición a la actividad del juez quien siempre realiza una actividad imparcial, mientras que la actividad administrativa está siempre inspirada por la consideración unilateral del interés público.

2.3. Falta de elementos propios de la jurisdicción

Existen algunos aspectos propios de la jurisdicción contenciosa que no están presentes en la jurisdicción voluntaria:

³² Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de Derecho procesal Civil y Comercial*, Buenos Aires, Editorial Ediar Sociedad Anónima, p. 431.

- a. Carece de partes en sentido estricto, elemento de forma de la jurisdicción, es decir, el peticionario no solicita nada contra alguien o algo.

- b. El juzgador solo conoce la “verdad” en parte, sobre todo de quien la presenta y no de una contraparte que puede oponerse; por ello no juzga, no prejuzga.

- c. La sentencia con la cual se pronuncia el juez sobre los asuntos de la jurisdicción voluntaria carece de los elementos fundamentales que tiene cuando opera sobre asuntos contenciosos. Así lo ilustra Couture, quien al respecto manifiesta: “Por oposición a la sentencia jurisdiccional, cuyo contenido puede ser declarativo, constitutivo, de condena o cautelar, las decisiones que se profieren en la jurisdicción voluntaria son siempre de mera declaración. Ni conceden, ni constituyen nuevos derechos”.³³

La misma carece de los efectos de cosa juzgada, de acuerdo a lo expresado por Alsina, “Por el contrario, en la jurisdicción voluntaria el pronunciamiento no tiene efecto de cosa juzgada y el acto puede ser revisado nuevamente”.³⁴

Esta posición también es compartida por Devis Echandía, quien manifiesta: “Ninguna sentencia de proceso de jurisdicción voluntaria tiene fuerza de cosa juzgada y, en consecuencia, pueden ser revisadas en proceso ordinario, unas veces, y otras por medio del mismo procedimiento”.³⁵

Los efectos de tener el carácter de cosa juzgada es que la sentencia es firme e inmodificable.

³³ Couture, Eduardo, *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Montevideo Editorial B de F, 2002, p. 42.

³⁴ Hugo Alsina, op. cit., p. 433.

³⁵ Devis Echandía, op. cit., p. 105.

Por lo que las sentencias en los asuntos de jurisdicción voluntaria carecen de ese elemento procesal trascendente propio de la jurisdicción contenciosa, considero que la ausencia del elemento cosa juzgada, otorga un argumento conceptual de peso para considerar finalmente que la jurisdicción voluntaria no es compatible con la definición de jurisdicción.

La jurisdicción voluntaria ha generado una amplia discusión en la que no se han producido mínimos acuerdos. Bajo este criterio se expresa Carnelutti, quien manifiesta: “La doctrina no ha podido llegar a un acuerdo sobre este tema. En realidad, el error ha consistido en tener conceptos exhaustivos y excluyentes y en incluir en esta jurisdicción asuntos que en verdad son puramente administrativos”.³⁶

2.4. Actos de jurisdicción voluntaria en el ámbito notarial

2.4.1. Ley reformativa a la Ley Notarial, publicada en el Registro Oficial, Suplemento No. 64, del 8 de noviembre de 1996 y Ley reformativa a la Ley Notarial, publicada en el Registro Oficial No. 406, del 28 de noviembre del 2006.

Los asuntos de jurisdicción voluntaria resueltos por los jueces se sustentan en el acuerdo de los solicitantes que cumpliendo un procedimiento: demanda, audiencia y sentencia, el juzgador en virtud de la autoridad que le ha dotado el estado en el ejercicio del poder de administrar justicia aprueba o solemniza el acto mediante sentencia.

Vale indicar que en los asuntos de jurisdicción voluntaria no existe conflicto de intereses que resolver, pero como los solicitantes requieren la participación de una autoridad, acuden ante el juez, para que actos como: disolución de la sociedad conyugal, extinción del

³⁶ Devis Echandía, citando a Carnelutti, p. 223.

patrimonio familiar, posesión efectiva, los apruebe o solemnice. Esta situación cambiaría ya que mediante la reforma del 8 de noviembre de 1996, pasaron de la exclusividad de los jueces a ser ejercidos en ciertos asuntos conjuntamente con los notarios.

Una de las razones impulsaron a los legisladores a emprender la reforma de 1996, fue de orden práctico como es la de descongestionar las actividades de las judicaturas civiles en las notarías. Pero hay que tener en cuenta un factor primordial como es el de orden teórico dentro del ejercicio jurisdiccional, es que la jurisdicción voluntaria se declara el derecho y se aplica la ley al caso concreto, algo que también pueden realizar los notarios, en virtud de la fe pública que el estado les ha otorgado, concordando con la definición que se dio sobre el notario en el Primer Congreso Internacional del Notariado Latino, considerando además, que el notario al igual que el juez es una autoridad imparcial, pero en el caso del notario éste está dotado de fe pública que si bien no se puede equiparar a administrar justicia, permite a los notarios ejercer actos de jurisdicción voluntaria a través de actas notariales, en la que el notario expresa la legalidad de la voluntad de las partes y la legitimidad del derecho que se ejerce, para finalmente satisfacer exigencias de orden público.

En el Segundo Congreso de Madrid en 1950, ya se empezaba a discutir la participación de los notarios en las actas de notoriedad que se usaban para declarar actos de estado civil, declaratoria de herederos y otros; es decir las atribuciones del notario como funcionario legalizador y de control de legitimación lo configuraban como el funcionario más apto para participar en asuntos carentes de litis pero que al mismo tiempo requerían la participación de una autoridad.

Otro fundamento de orden teórico de la jurisdicción voluntaria que debió motivar adicionalmente los legisladores a impulsar la reforma es el acuerdo de los peticionarios con el

que nace el acto, lo que no ocurre en la jurisdicción contenciosa, por lo tanto se debía buscar un operador jurídico que dotado de ciertas particularidades, también autorice y solemnice asuntos que provienen de la aceptación conjunta de los interesados. Siendo el notario un funcionario público integrante del poder judicial, dotado de fe pública; el funcionario más idóneo para conjuntamente con los jueces ejercer los asuntos de jurisdicción voluntaria, pero restringida a ciertos asuntos, establecidos en la Ley Notarial.

Siguiendo un procedimiento totalmente distinto al que ejecutan los jueces, los notarios llegan al mismo objetivo otorgando solemnidad o autorizando el acto propuesto por los interesados, convirtiéndose en un importante impulsor de los actos no contenciosos en una autoridad distinta a la de los jueces.

Transcurrió el tiempo y diez años después los legisladores otorgaron más actos de jurisdicción voluntaria para que sean autorizados o legalizados por los notarios, en cierta manera reforzando su confianza al trabajo desarrollado por los notarios, hasta ese momento sobre los asuntos de jurisdicción voluntaria. Uno de los postulados fundamentales para la reforma del 28 de noviembre del 2006, fue la costumbre internacional de descargar los actos llamados de jurisdicción voluntaria o no contenciosos, que siendo de conocimiento exclusivo de los jueces, pasen a conocimiento y resolución de otros funcionarios que no necesariamente son los juzgadores, en el caso ecuatoriano el funcionario cuyas características de trabajo se acoplan más a los asuntos de la jurisdicción voluntaria, sin duda es el notario.

En España se ha dado esa delegación, sustentada en la Recomendación del Consejo de Ministros del Consejo de Europa del 16 de septiembre de 1986. En el considerando segundo de

dicho documento se señala: “II.- No aumentar, sino reducir gradualmente el volumen de tareas no jurisdiccionales confiadas a los jueces, asignándoselas a otras persona u órganos”.³⁷

Como se puede apreciar, la sobrecarga de tareas no jurisdiccionales de los jueces no solo ocurre en nuestro país. La reforma, en consecuencia, entregó más asuntos de jurisdicción voluntaria, para que los notarios autoricen y solemnicen. A continuación nombro algunos de ellos: divorcio por mutuo consentimiento para quienes no hayan procreado hijos o adquirido bienes; autorización de actos de amojonamiento y deslinde en sectores rurales; liquidación de bienes de la sociedad conyugal; apertura y publicación de testamentos cerrados y la declaratoria de interdicción.

En la revista *Novedades Jurídicas*, el notario Dr. Jorge Machado respecto a la facultad de los notarios a intervenir en asuntos no contenciosos, y la necesidad de consolidar esta atribución en un cuerpo de mayor jerarquía a la Ley Notarial, manifiesta: “(...) necesitaba un fundamento legal que debió haber constado en la constitución, o al menos en el Código Orgánico de la Función Judicial.”³⁸ Posición a la cual me sumo plenamente en consideración de que la naturaleza de los asuntos de jurisdicción voluntaria, así lo ameritaba,

El procesalista chileno Juan Colombo Campbell, respecto de los procesos judiciales dice: “El proceso jurisdiccional se define generalmente como un conjunto de actos jurídicos vinculados por la relación procesal, guiados por un procedimiento y destinado a resolver, por medio de una sentencia, un conflicto de intereses de relevancia jurídica con efecto de cosa juzgada.”³⁹

³⁷ Consejo Nacional del Notariado, *Revista Escritura Pública No. 38*, Madrid, s.e., 2006, p. 3.

³⁸ Ediciones Legales, *Revista Novedades Jurídicas*, Quito, s.e., 2009, p. 12.

³⁹ Campbell, Juan, *Los Actos Procesales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, p. 16.

Muchas de las definiciones propuestas por los diferentes tratadistas sobre la jurisdicción contenciosa tienen elementos coincidentes, pero los mismos no coinciden con los de la jurisdicción voluntaria, sobre todo porque no hay conflicto de intereses que resolver, por lo tanto es posible considerar que otro funcionario distinto al juez pueda participar en los actos de jurisdicción voluntaria.

Solamente desentrañando la naturaleza de la mal llamada jurisdicción voluntaria nos permitirá entender porque el notario dotado de fe pública es el funcionario más idóneo para su ejercicio, aspecto del cual me ocupó en líneas posteriores.

2.5. El notario ejerce jurisdicción voluntaria o tiene competencia sobre actos de jurisdicción voluntaria

Un signo característico en la evolución histórica de la jurisdicción voluntaria es que no existan posiciones unánimes acerca de su naturaleza. Hemos apreciado en la ejecución de los diversos actos de jurisdicción voluntaria, cómo esta forma de jurisdicción no tiene los elementos característicos de su fuente primigenia, como son: la ausencia de conflicto de intereses, la resolución del juez en estos asuntos no tiene efectos de cosa juzgada, finalmente una consecuencia natural de las sentencias es la ejecución de lo juzgado.

Si nos remitimos a lo que dice el Código de Procedimiento Civil, en el Art. 1 “La jurisdicción, esto es, el poder de administrar justicia, consiste en la potestad pública de juzgar y hace ejecutar lo juzgado en una materia determinada, potestad que corresponde a los tribunales y jueces establecidos en la ley”.

La definición que trae nuestra Ley procesal coincide plenamente con la naturaleza de la jurisdicción, pero en cambio nada tiene que ver con el ejercicio de la jurisdicción voluntaria, ya que el acuerdo de los peticionarios busca autorización o solemnidad del juez o del notario. Conforme se aprecia en el referido

artículo la función exclusiva del juez es administrar justicia, en consecuencia otra actividad sería ajena a sus funciones.

Dentro de los operadores judiciales quienes en mayor grado realizan las funciones de solemnizar y autorizar son los notarios. Entonces es el notario, siendo funcionario judicial el competente para el ejercicio de las referidas atribuciones, por lo tanto el más idóneo en ejercer competencia sobre todos los actos de jurisdicción voluntaria, a fin de que con su participación exclusiva para estos asuntos, se deje a los jueces su función exclusiva de juzgar, logrando de esta forma la descongestión de causas en las judicaturas civiles.

En los asuntos de jurisdicción voluntaria la actividad del juez al igual que el notario se manifiesta autorizando o solemnizando el acto, si bien con el cumplimiento de distintas formalidades, el resultado final es el mismo.

La Ley Notarial lo señala plenamente el notario tiene competencia sobre asuntos específicos de la 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.

Recordemos que en nuestra legislación procesal civil, la jurisdicción voluntaria 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.

Al respecto el tema adquiere connotación si consideramos que los notarios sólo tienen competencia para ciertos actos de jurisdicción voluntaria, no de forma general como la tienen los jueces, pues de tenerla

significaría que cualquier ciudadano podría someter cualquier asunto que tenga esta naturaleza ante el notario, quien por cierto no juzga, fundamentalmente autoriza o solemniza en virtud de la fe pública.

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.

La actividad de autorizar o solemnizar es eminentemente pública ya que el Estado a través del poder judicial le ha delegado esta atribución a los notarios, pero su ámbito de acción en asuntos eminentemente privados, no puede ser un criterio válido que sirva para darle al notario esta calidad, porque con un criterio similar podría atribuírseles a los jueces de lo civil carácter privado, ya que hacen efectivas normas de Derecho Privado contenidas en el Código Civil.

No es suficiente con darle otra denominación a la jurisdicción voluntaria, sino comprender que la denominación actos no contenciosos coincide plenamente con la naturaleza jurídica de esta institución, ante la falta de partes (actor y demandado), adicionalmente la existencia de un acuerdo que requiere la aprobación de una autoridad judicial como el notario.

Pero al tener los actos no contenciosos un carácter procesal pues hacen efectivos importantes derechos objetivos debe constar obligatoriamente en el Código Orgánico de la Función Judicial y el procedimiento a ejecutarse en el Código de Procedimiento Civil, sobre todo porque de presentarse contradicción o conflicto de intereses entre los solicitantes, se configura la jurisdicción contenciosa respecto del cual el notario ya no es competente y solamente los jueces son los llamados a dar solución al asunto controvertido.

En consecuencia en el código adjetivo civil se debe establecer el procedimiento que a de ejecutar el juzgado civil cuando el acto no contencioso se ha transformado en un asunto de jurisdicción contenciosa.

Varios son los argumentos que me permiten sustentar la pretensión de eliminar la jurisdicción voluntaria del Código de Procedimiento Civil y sustituirla por los actos no contenciosos, entre los más destacados señalo los siguientes:

a. Falta de elementos propios de la jurisdicción, en la jurisdicción voluntaria, ya que carece de los elementos fundamentales que si se configuran en la jurisdicción contenciosa como son: conflicto de intereses, partes en sentido estricto y cosa juzgada.

En la jurisdicción voluntaria no existe un conflicto de intereses que solucionar, ya que los solicitantes no partes concurren ante el juez o el notario para que autoricen o solemnicen el acto que permitirá hacer efectivos ciertos derechos objetivos.

La calidad de partes que se les otorga tanto actor y demandado, en la jurisdicción voluntaria los solicitantes en su demanda o petición hacen conocer al juez o notario su acuerdo, por lo que no se les puede llamar partes.

La sentencia pronunciada por el juzgador en un asunto de jurisdicción voluntaria no tiene efecto de cosa juzgada ya que la decisión del juzgador podría ser revisada en otro juicio.

b. La jurisdicción voluntaria es una función accidental de los jueces, es obvio si carece de los elementos propios de la jurisdicción, los legisladores trataron de adecuar una institución que permitiera dar eficacia que ciertos actos que sin conflictos de intereses, necesitaban de un funcionario público que autorice o solemnice escogiéndose al juez para dicha actividad.

CAPÍTULO TERCERO

DIFERENCIAS FORMALES RESPECTO A LA FORMA DE RESOLVER DE LOS JUECES Y DE LOS NOTARIOS EN LOS ACTOS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

3.1. Ante el juez

Conforme lo establece el Art. 3, inciso segundo, del Código de Procedimiento Civil, 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. Por lo tanto, los jueces, en este caso de lo Civil, tienen competencia para resolver sobre estos asuntos. Pero vale indicar que el procedimiento que siguen los jueces difiere totalmente del seguido por los notarios, por lo que resulta conveniente conocer las particularidades de cada procedimiento.

3.1.1. Demanda

En el ámbito procesal nacional la presentación de la demanda se constituye en el acto procesal que pone en marcha el andamiaje de la jurisdicción civil. Ante la trascendencia de la demanda ésta se constituye en el campo de acción que tiene el juez para resolver en la sentencia.

Para las acciones de jurisdicción voluntaria el libelo de la demanda, a diferencia de la demanda contenciosa, debe estar firmada por todos los peticionarios que solicitan la intervención del juez, reuniendo la demanda para los asuntos de jurisdicción voluntaria, también los requisitos contemplados en el Art. 67 del CPC.

Deberán adjuntarse los documentos que la ley adjetiva civil determine para cada asunto de jurisdicción voluntaria. Ingresará por la sala de sorteos, el juzgado al cual le corresponde el conocimiento; mediante providencia el juez la calificará y dispondrá su tramitación.

3.1.1.1. Concepto

Diversas son las conceptualizaciones que han aportado las diferentes escuelas del Derecho. Pero una que merece especial atención es la propuesta por Eduardo Couture, quien dice: “Es el acto con el cual, afirmando existente una voluntad concreta de ley, positiva o negativa, invoca éste el órgano del Estado para que actúe tal voluntad”.⁴⁰

A fin de complementar lo anterior es pertinente citar lo que dice Alessandri, quien citado por García Falconí dice: “[...] es la petición verbal o escrita dirigida a Juez competente con el objeto de obtener el reconocimiento de un derecho o la aplicación de una pena”.⁴¹

En consecuencia toda demanda debe encaminarse a la autoridad competente, que es el funcionario autorizado por el poder jurisdiccional, para administrar justicia, con el objetivo de obtener finalmente distintos efectos como: declarar o constituir un derecho, también para condenar o cautelar. De acuerdo a nuestra práctica procesal se la debe hacer por escrito para que exista constancia de la misma.

Es una especie de los actos procesales o dicho de forma más exacta acto de postulación que da inicio a la contienda legal. Puede contener al mismo tiempo una o más acciones, mediante la cual se permite “[...] la actuación de la voluntad de la ley”⁴², recurriendo a la

⁴⁰ Couture, Eduardo, *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1998, p. 74.

⁴¹ García, José, *Manual de Práctica Procesal Civil*, Quito, Ediciones Rodin, 2008, p. 61.

⁴² Chiovenda, José, *Principios del Derecho Procesal Civil*, s.e. México, 1989, p. 73.

intervención del poder Judicial, el cual por mandato del Código Político es el llamado a aplicar la ley.

La demanda permite al actor plantear su pretensión o pretensiones para hacer posible el cumplimiento de la ley, constituyéndose este acto de postulación en el campo delimitado sobre el cual se pronunciará el juzgador.

3.1.1.2. Requisitos

La existencia de requisitos, al redactar la demanda en las diferentes legislaciones, no se constituye en un acto arbitrario del legislador, para impedir que todos los ciudadanos puedan acudir a los órganos judiciales; por el contrario, se constituye en el núcleo central para hacer efectivas las garantías del debido proceso. Por ejemplo, si la ley procesal no nos obligara a señalar el domicilio del demandado, para citarlo, estaríamos atentando contra el derecho a la defensa.

El Código de Procedimiento Civil establece varios requisitos que debe cumplir la demanda para su calificación y posterior tramitación, los cuales se encuentran contenidos en el Art. 67 del CPC. Estos son los siguientes:

- a. La designación del juez ante quien se la propone. Aspecto que se relaciona con la competencia, respecto del territorio, materia, personas y grados del juzgador que conocerá la causa;
- b. Los nombres completos, estado civil, edad y profesión del actor, y los nombres completos del demandado;
- c. Los fundamentos de hecho y de derecho, expuestos con claridad y precisión;

- d. La cosa, cantidad o hecho que se exige;
- e. La determinación de la cuantía;
- f. La especificación del trámite que debe darse a la causa;
- g. La designación del lugar donde debe citarse al demandado, y la del lugar donde debe notificarse al actor; y,
- h. Los demás requisitos que la ley exija para cada caso.

Muchas veces ocurre que por la falta de cumplimiento de alguno de los requisitos del Art. 67 las acciones son mandadas a completar, y de no hacerlo la misma no prospera, debiendo ser archivada de oficio por el juzgador.

La demanda podría contener ciertos vicios que la vuelvan ineficaz, por ello es interesante señalar las clasificaciones que sobre este asunto proponen Chiovenda y Carnelutti, recogidas por el profesor Alberto Maurino, en su obra Nulidades procesales.

a) CHIOVENDA. Distingue según sea el vicio, entre relación procesal inexistente y relación procesal nula.

1) INEXISTENTE. Es el caso de una demanda dirigida a un no juez; por ejemplo, a un particular o a un organismo administrativo privado.

2) NULA. Es cuando la demanda está dirigida a un juez incompetente. [...]

[...] b) CARNELUTTI. En líneas generales, los vicios de la demanda pueden clasificarse de la siguiente manera:

1) RELATIVOS A LOS SUJETOS DE LA DEMANDA. Es nula si no contiene las indicaciones suficientes para indicar las personas del actor y del demandado.

2) RELATIVOS AL CONTENIDO DE LA DEMANDA. La nulidad de la demanda por esta causa se da cuando no contiene indicaciones suficientes “para

identificar el efecto jurídico” que el actor pide al juez o, en términos similares, el objeto de la demanda, o descripción precisa de lo que se solicita.

3) RELATIVOS A LA FORMA DE LA DEMANDA. Serían los supuestos de falta de firma del actor o de su apoderado.⁴³

Las dos clasificaciones propuestas por los distinguidos tratadistas permiten comprender la trascendencia del acto procesal inicial que es la demanda, tan importante es que de ser declarada la nulidad por el juez, mandará a reponer el proceso a partir de donde se cometió la nulidad, sobre todo en base de que la omisión de algún requisito que deba contener la demanda, haya creado un estado de indefensión en el demandado.

3.1.2. Audiencia de conciliación

Una excepción particular que distingue a la jurisdicción voluntaria de la contenciosa es que el juez, en la primera providencia al calificar la demanda, dispone que en el término que señale la ley convocará inmediatamente a la audiencia de conciliación, en los casos en que se contempla este acto procesal (divorcio, extinción del patrimonio familiar, etc.). En el caso de la jurisdicción contenciosa el juzgador dispondrá como acto procesal fundamental, previo a la realización de cualquier acto posterior, la citación del demandado, acto procesal que por cierto no es necesario en la jurisdicción voluntaria, por comparecer conjuntamente los peticionarios.

Para la realización de la audiencia de conciliación se debe notificar a los peticionarios, a fin de que puedan expresar su voluntad de que se realice o no el acto de jurisdicción voluntaria, por el cual presentó su demanda y solicitó la intervención del órgano judicial.

⁴³ Maurino, Alberto, *Nulidades Procesales*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2001, pp. 101-102.

Para que la jurisdicción voluntaria se convierta en contenciosa, pueden ocurrir algunas de las alternativas que a continuación planteó:

a. Habiendo dos o más solicitantes y la expresión de uno de ellos sea negativa se configura una oposición de intereses, conforme el Art. 4 del CPC.

b. También puede ocurrir que un tercero se oponga a la pretensión del peticionario o peticionarios, por ejemplo: en el levantamiento de un patrimonio familiar un hijo que rechace dicho acto. No se puede descartar que habiendo un solo peticionario se presente un tercero y se oponga a la realización del acto

3.1.3. Sentencia

En los asuntos de jurisdicción voluntaria, de acuerdo a los méritos de los autos, sobre todo en base de lo expresado en la demanda y en la audiencia de conciliación, siguiendo la fórmula sacramental en el caso ecuatoriano, el juez pronunciará su decisión.

3.1.3.1. Concepto

La legislación adjetiva civil, en el Art. 269, la define así: “Sentencia es la decisión del juez acerca del asunto o asuntos principales del juicio”.

En el transcurso del proceso, el juez deberá, según la información que llega a su conocimiento a través de los diferentes medios de prueba que usen tanto actor como demandado, establecer cómo ocurrieron los hechos, la justificación de la pretensión del actor, como las excepciones contenidas en la contestación a la demanda. Este análisis que le

permitirá llegar a una conclusión que se expresará en la parte resolutive del fallo, determinando lo que le corresponde a cada parte.

Eduardo Couture, presenta sintéticamente lo que debe entenderse por sentencia, que además nos permite destacar sus elementos esenciales: “Como acto, la sentencia es aquel que emana de los agentes de la jurisdicción y mediante el cual deciden la causa o puntos sometidos a su conocimiento. Como documento, la sentencia es la pieza escrita, emanada del tribunal, que contiene el texto de la decisión emitida”.⁴⁴

Siguiendo el criterio de Couture, existen varios tratadistas que consideran que la sentencia es un acto, expedido no por cualquier agente de la función jurisdiccional ya que es una atribución exclusiva del juez, que contiene una decisión sobre el asunto o asuntos puestos, para su resolución.

El procesalista Devis Echandía, en su obra *Teoría General del Proceso*, expone lo que debe entenderse por sentencia, en los siguientes términos:

La sentencia es el acto por el cual el juez cumple la obligación jurisdiccional derivada de la acción y derecho de contradicción de resolver las pretensiones del demandante y las excepciones de mérito o de fondo del demandado [...] Toda sentencia es una decisión y el resultado de un razonamiento o juicio del juez, en el cual existan las premisas y la conclusión. Pero al mismo tiempo contiene un mandato, pues tiene la fuerza impositiva ya que vincula y obliga. Es, por lo tanto, el instrumento para convertir la regla general contenida en la ley en mandato concreto para el caso determinado. Pero no es por sí misma un mandato, ya que se limita a aplicar el que contiene la ley.⁴⁵

⁴⁴ Couture, Eduardo, *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Editorial B de F, Montevideo, 2002, p. 227.

⁴⁵ Devis, Hernando, *Teoría General del Proceso*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1997, pp. 420-421.

Respecto de lo dicho por Devis Echandía se pueden hacer las siguientes reflexiones: la sentencia proviene de un ejercicio intelectual del juzgador en la que se contrastan las pretensiones del actor en la demanda con las excepciones del demandado; pero en los actos de jurisdicción voluntaria no existe contradicción, existe un acuerdo sobre el cual se pronuncia el juez. Otro aspecto importantísimo que explica el procesalista colombiano, tiene que ver con el contenido de una norma concreta aplicada al caso concreto, deberá ser cumplida de forma obligatoria por quienes participaron en el pleito. En cambio en los asuntos de jurisdicción voluntaria las partes invocan conjuntamente la norma a la cual se someten y respecto de la cual el juez autoriza la sumisión.

Cuando se observan los elementos conceptuales de la sentencia y su relación con la naturaleza de la jurisdicción voluntaria, un punto que no coincide en este enfoque proviene de la inexistencia del problema a resolver por parte del juzgador en su fallo respecto de los asuntos de jurisdicción voluntaria; el autor Miguel Rojas en la obra colectiva *Actos de juez y prueba civil*, dice: “[...] el concepto de sentencia alude a la decisión contentiva de la solución jurídica de la cuestión problemática planteada por las partes, lo que supone que en ella exista pronunciamiento de fondo acerca de las posturas de demandante y demandado”.⁴⁶

De hecho, al momento de proponer una demanda sobre un asunto de jurisdicción contenciosa, la existencia de un problema es evidente, por eso el actor recurre ante el poder jurisdiccional y sea el órgano estatal el que proponga una solución a su controversia la misma que deberá ser aceptada por todas las partes procesales. En cambio en los asuntos de jurisdicción voluntaria existe un acuerdo expresado en la demanda lo que hace el juez es solemnizarlo o autorizarlo.

⁴⁶ Varios autores, *Actos del juez y prueba civil (Estudios de Derecho Procesal Civil)*, Editorial Jurídica Bolivariana, s. ciudad, 2001, p. 161.

3.1.3.2. Características

Las definiciones aportadas por diferentes autores me permiten destacar las siguientes características, que permiten comprender la esencia de esta institución.

a. Se constituye en una declaración de certeza, como consecuencia de la cosa juzgada, como opina Murcia Ballén, quien citado por Benigno Cabrera, manifiesta: “[...] cualquiera sea la doctrina que se elija, el fundamento de la cosa juzgada está en la exigencia política, antes que jurídica, de dar certeza a las relaciones materiales de los particulares”, [...] agregando el mismo Benigno a lo dicho por Ballén así: “El fundamento de la cosa juzgada está, al parecer, en que la sentencia termina con la incertidumbre de las partes que se comprometieron en el proceso al encontrar en definitiva la tutela jurídica del Estado para el caso concreto.”⁴⁷

Esa necesidad que tienen actor y demandado que un tercero ajeno a su problema lo resuelva, se constituye en la terminación de su incertidumbre, usando las palabras de Benigno, que durante el transcurso del proceso tuvieron, finaliza con la sentencia siempre y cuando la misma se ejecutorie, teniendo efectos de cosa juzgada.

b. Debe ser expedida por funcionario competente, ya sea un juez unipersonal o pluripersonal que actúe con competencia, en consideración del territorio, la persona, la materia y los grados. Por ejemplo, un juez de lo penal del cantón Latacunga, no podría resolver sobre un juicio de posesión efectiva de una persona que falleció en Cuenca. En primer lugar, el juez penal no puede conocer, peor aún resolver, sobre asuntos civiles (materia); en segundo lugar, en razón de territorio, esta demanda debe ser propuesta en el último domicilio del causante que fue

⁴⁷ Cabrera, Benigno, *Teoría General del Proceso y de la Prueba*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1996, p. 264.

Cuenca, por lo que tanto la jurisdicción como la competencia con la que actúa el juzgador, se consideran como solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios, Art. 346 CPC.

La competencia se radica en virtud del llamado que hace el actor al presentar la demanda, mas no lo puede hacer el juzgador de oficio, así los sostiene Calamandrei, al decir: “El Estado hace las leyes aun sin que los ciudadanos se lo pidan, y toma el carácter administrativo todas las iniciativas que cree útiles a la sociedad; pero no juzga, si no hay alguien que le pida que juzgue. De modo que, la acción se presenta como una condición indispensable para el ejercicio de la jurisdicción”⁴⁸.

c. Puede ser impugnada dentro del término de ley. Las partes tienen diversas posibilidades para impugnar la sentencia, según los motivos por los que la consideren injusta. Estos recursos son de acuerdo a nuestra legislación procesal civil: la apelación, recurso de hecho y casación. Conforme los principios constitucionales de doble instancia consagrado en el Art. 76, literal m y de la contradicción en el Art. 168, numeral sexto de la actual Constitución Política.

3.1.3.3. Requisitos de la sentencia

No existe una clasificación específica de cuáles son los requisitos que deben concurrir en la redacción de la sentencia, sin embargo pondré a consideración varias posiciones.

El jurista uruguayo Couture, reuniendo los criterios de otros tratadistas, señala que: “Existe un paralelismo curioso entre estas exigencias formales de la sentencia y las exigencias formales de la demanda. [...] A la invocación de la demanda corresponde un preámbulo en la sentencia; al capítulo de hechos corresponde el capítulo de resultandos; el capítulo de derecho

⁴⁸ Calamandrei, Piero, *Derecho procesal civil (Volumen 2)*, México, Editorial Oxford, 2002, p. 41.

corresponde los considerandos; y a la petición corresponde el fallo [...]. Hechos-Resultando, Derecho-Considerando, Pido-Fallo.”⁴⁹

Esta analogía entre demanda y sentencia es válida ya que la sentencia recoge similares características y formalidades que contiene la demanda.

Si bien la legislación procesal no contempla los requisitos que debe tener una sentencia, la misma deberá cumplir con ciertas disposiciones y principios procesales así como la observancia de las garantías constitucionales.

El destacado tratadista Carnelutti se refiere sobre la clasificación de los requisitos de la sentencia en los siguientes términos: “La clasificación de los requisitos por el lado de la estructura se manifiesta en la distinción entre requisitos internos y externos, [...]. A su vez, a los requisitos externos corresponde la denominación de circunstancias jurídicas.”⁵⁰

Si bien en líneas posteriores de su obra no profundiza sobre este planteamiento el análisis de las sentencias nacionales, nos permite coincidir con Carnelutti sobre los requisitos al dividirlos en internos y externos.

Los requisitos internos a su vez se dividen en requisitos de forma y de fondo. En cuanto a los requisitos de forma están: que sea expedida por autoridad competente, debe constar por escrito, suscrita por el juzgador unipersonal o pluripersonal, expedida dentro del término fijado por la ley. Mientras que los requisitos de fondo se refieren a que sea motivada y, sobre todo, que resuelva sobre las pretensiones del actor y las excepciones del demandado. La parte motiva que suele ser la parte más abundante de una sentencia en la misma el juez expone y

⁴⁹ Couture, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Editorial B de F, 2002, p. 239.

⁵⁰ Carnelutti, Francisco, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, México, Cardenas Editor, 1998, p. 150.

determina: si es competente para conocer la causa, resolver sobre las excepciones (incompetencia del juzgador, ilegitimidad de personería del actor), la justificación de la selección normativa aplicable al caso y el análisis de las pruebas aportadas por actor y demandado, respecto de ellas manifiesta cuales acepta y cuales no, dejando todo listo para la decisión que va a tomar.

Entre los requisitos externos más importantes está la notificación dentro del término de ley a las partes procesales que han participado en el proceso, a fin de que puedan, de creerlo necesario, impugnar el fallo.

3.1.3.4. Estructura

3.1.3.4.1. Parte expositiva

En esta fase de la estructura de la sentencia el juez, de acuerdo a la costumbre ecuatoriana, empieza con el vocablo “vistos”. En este punto se realiza una síntesis de los hechos, haciendo una reproducción del contenido de la demanda, de la contestación a la misma, como las excepciones planteada por el demandado, si el proceso ha subido por recurso de apelación o casación, el señalamiento de la forma cómo el proceso llegó a su conocimiento, incluso se realiza un resumen del pronunciamiento del juez ad-quo.

A simple vista la importancia de esta parte de la estructura podría parecer intrascendente, pero para Edgardo Villamil, este antecedente de los hechos facilitará posteriormente la selección del marco normativo, pues dice: “El momento de elección (decisión) de un horizonte normativo para guiar la decisión final está subordinado a una lectura de los hechos, pues no se puede elegir un repertorio de normas sin un referente factual. Ello

significa que el juez elige el conjunto de norma aplicable, o configura el campo, tiene puesta la mirada en los hechos, porque sin ellos no podría elegir un marco normativo.”⁵¹

Será en la parte considerativa y resolutive donde el juzgador elija las normas aplicables al caso concreto, en base de los hechos expuestos en la parte expositiva, conforme la estructura de las sentencias ecuatorianas.

3.1.3.4.2. Parte considerativa

En este punto de la sentencia el juez puede realizar un análisis de los hechos, de la prueba aportada, de las normas invocadas, como del sustento teórico-jurídico que respaldará la decisión final. Muchos autores manifiestan que la sentencia es una operación netamente lógica; hay otros que se oponen a que toda sentencia resuelva a base del silogismo. En ese sentido se pronuncia Edgardo Villamil, quien dice:

La gente no se comunica todo el tiempo mediante silogismos, ni el silogismo judicial da cuenta de todas las posibilidades de elección de una decisión. La deducción desde un enunciado normativo general, que deriva hacia otro enunciado normativo particular, por medio de la operación denominada subsunción de un enunciado empírico, apenas da cuenta de tramos de la argumentación, es decir, aunque valiosa, es una herramienta insuficiente.⁵²

Con un criterio similar se pronuncia Couture, quien tampoco está de acuerdo con el criterio del silogismo al momento de resolver y se pronuncia así: “La concepción puramente declarativa de la sentencia es pues, un exceso de lógica, por cuanto los términos del silogismo jurídico, tantas y tantas veces evocado al estudiar este tema, pocas veces se dan en la realidad.

⁵¹ Villamil Edgardo, “ *Características de un Modelo de la Estructura de la Sentencia Judicial*”, en Revista de Derecho Procesal, Bogotá, Panamericana Formas e Impresos S.A., 2003, p. 267

⁵² http://enj.org/portal/biblioteca/funcional_y_apoyo/redaccion_sentencias/1.pdf

Cuando la doctrina propone sustituir la concepción del juez-lógico, por la del juez-historiador, toma por el verdadero camino que le corresponde.”⁵³

Entonces la actividad de juzgar es una actividad por demás compleja, por lo que en este punto me permito reflexionar si los jueces deben atravesar por todo este camino al momento de resolver asuntos de jurisdicción voluntaria, cuando de antemano no existe conflicto de intereses que solucionar, sea que haya uno o más peticionarios. Seguramente ocurre en la práctica que decidir sobre estos asuntos para los jueces significa una pérdida valiosa de tiempo, cuando seguir todo este proceso al momento de resolver sobre asuntos contenciosos en cambio sí lo amerita.

Conforme la estructura de las sentencias en el Ecuador, esta parte inicia con los considerandos, en los que el juzgador se referirá a varios actos procesales. En el primer considerando por lo general el juzgador se refiere a la validez del proceso, en relación a la posible omisión de solemnidades sustanciales y de una posible violación del trámite.

En los siguientes considerandos se analizará la prueba aportada, la validez de la misma, destacará aquellas que han permitido probar ciertos hechos; también el juez se referirá a las normas aplicables al caso, dejando todo listo para la resolución.

El referido autor colombiano Edgardo Villamil no lo pudo haber explicado mejor cuando sobre el tema razona en los siguientes términos: “Como el juez no puede dejar de decidir, invocando oscuridad, vaguedad, penumbra o polisemia, justifica su interpretación como el único significado posible o verdadero y, al tomar partido por ese significado único,

⁵³ Couture, Eduardo, *Estudios del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1998, p. 79.

elimina las otras opciones en competencia y, aun sin haber llegado al substrato factual, apuntala o anticipa la decisión final que vaticina la suerte final de la causa.”⁵⁴

Se puede decir que esta parte de la estructura contiene la motivación que el juez realiza para sustentar su decisión, así lo entiende Devis Echandía, quien haciendo referencia al Art. 304 del Código de Procedimiento Civil colombiano, dice:

Cuando se trata de sentencias debe distinguirse la motivación de los hechos y la de derecho. En los procesos civiles, laborales y contencioso-administrativos se debe hacer una relación concisa del litigio, de su objeto, de sus causas hechos y sujetos, indicando sus nombres o domicilios; de las pruebas y la crítica que merecen; de las normas de derecho y de las razones de justicia y equidad que se tengan en cuenta, y su aplicación a las peticiones y excepciones.”⁵⁵

Es decir, en la parte considerativa de la sentencia, las partes procesales, previo a conocer la decisión final del juez, ya tienen atisbos de cómo se conducirá la misma.

3.1.3.4.3. Parte resolutive

Constituye la parte cumbre del proceso, la consecuencia final de todo lo que ha ocurrido, la aceptación o negación, total o parcial, de la demanda, así como de las excepciones del demandado.

El tratadista Eduardo Couture, realiza una reflexión interesante sobre este punto: “Pero ese proceso no es la aplicación matemática de un precepto, sino el desenvolvimiento de un

⁵⁴ Edgardo Villamil, op. cit., p. 278.

⁵⁵ Devis Hernando, op. cit., p. 142.

pensamiento normativo del legislador, aplicable al caso concreto, mediante la valoración específica de sus circunstancias.”⁵⁶

Hasta la fecha no se conoce de un modelo matemático o computacional, que permita a los jueces tomar la mejor decisión posible; el acto de juzgar es plenamente una acción humana, que escapa a toda fórmula, porque las sentencias se refieren estrictamente a conductas humanas.

Iniciando con la frase sacramental, conforme el nuevo Código Orgánico de la Función Judicial, que en el Art. 138 dice “ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA”, el juez pronunciará su decisión final, cuyo contenido ya pudo anticiparse en la parte considerativa, en base de las decisiones fraccionales o preparatorias que en ella se expresan; además del pronunciamiento de las diferentes decisiones posibles la justificación de por qué se escogió tal resolución; el juzgador expresa finalmente cuál es su decisión.

No solo con el conocimiento teórico sino también empírico, respecto de la resolución que finalmente toma el juez, Edgardo Villamil manifiesta: “La decisión final está justificada por decisiones preparatorias o instrumentales de validez, de interpretación, de prueba y de elección de consecuencias”.⁵⁷

Haber cumplido toda esta estructura por parte del juez al momento de resolver, hace que la sentencia esté motivada, en cumplimiento de la garantía constitucional contenida en el Art. 76, literal 1, del Código Político vigente.

⁵⁶ Eduardo Couture, op. cit., p. 80.

⁵⁷ Edgardo Villamil, op. cit., p. 287.

Respecto de esta parte de la estructura de la sentencia el juez, en los actos de jurisdicción voluntaria, al autorizar o solemnizar, realiza un proceso lógico de menor complejidad, que sí lo efectúa en la jurisdicción contenciosa, por ejemplo: dilucidar si es competente para conocer de la causa, valorar la prueba. Por ello en este punto es indispensable precisar si los actos de jurisdicción voluntaria deben atravesar por todo el ritualismo propio de la jurisdicción contenciosa.

Los efectos de las sentencias son diversos, según la materia, la naturaleza del acto, las peticiones de la demanda, las excepciones del demandado, etc. Por lo que pueden ser constitutivas, fijando nuevas situaciones jurídicas en relación de la anterior; declarativas, ya que aclara la situación jurídica en disputa o el derecho a aplicarse y las de condena. Pero un efecto de tipo procesal de la sentencia dictada en un proceso contencioso es el de cosa juzgada.

3.1.4. Cosa juzgada

El autor colombiano Devis Echandía Hernando, respecto del tema se pronuncia así: “[...] la cosa juzgada es un efecto especial que la ley le asigna a ciertas sentencias en virtud del poder de jurisdicción del Estado. La cosa juzgada tiene las características de inmutabilidad y definitividad, impide revisar la decisión en proceso posterior y tiene naturaleza procesal, porque es una consecuencia del proceso y la emanación de la voluntad del Estado manifestada en la ley procesal.”⁵⁸

Si bien la definición es amplia y para analizarla sería necesario fragmentarla, es evidente que la cosa juzgada opera exclusivamente e imperativamente para el poder judicial, ya

⁵⁸ Citado por Cabrera Benigno, *Teoría General del Proceso*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, sexta edición, Bogotá-Colombia, 1996, p. 264.

que se lo asigna, según Devis Echandía, a ciertas sentencias, debido a que si alguna de las partes se encuentra inconforme con la decisión del juzgador puede acudir al órgano jurisdiccional para que se le haga justicia.

En este punto se puede decir que los criterios de los diferentes autores para definir lo que es cosa juzgada tienen la misma esencia: esta es la firmeza con la que nace. Así también se pronuncia Enrique Vescovi, quien dice: “La cosa juzgada, esa cualidad de la sentencia que la hace firme e inmodificable, se da, asimismo, solo en la jurisdicción.”⁵⁹

Esta característica importantísima de la cual se hallan revestidas las sentencias en la jurisdicción contenciosa, no la tienen aquellas expedidas en la jurisdicción voluntaria, ya que las mismas pueden ser modificadas en otro juicio, por cuanto no tiene efecto de cosa juzgada.

Esto significa que si alguna de las partes se siente perjudicada por los efectos de la sentencia sobre el acto de jurisdicción voluntaria, deberá presentar su reclamo por cuerda separada, lo que generalmente se lo realiza en un juicio de conocimiento (ordinario).

3.1.5. Impugnación

La oportunidad para que un ciudadano ecuatoriano/a pueda interponer un recurso a una sentencia, en el Ecuador actualmente es una garantía constitucional contenida en el Art. 76, literal m, dentro del capítulo octavo, referente a los derechos de protección que encierra al debido proceso.

⁵⁹ Vescovi, Enrique, *Teoría General del Proceso*, Bogotá, Editorial Temis, 1999, p. 100.

Con una conceptualización muy acertada el magistrado colombiano Edgardo Villamil Portilla, sobre la impugnación dice: “Los recursos realizan el principio de impugnación en virtud del cual, el ciudadano no queda desprotegido ante el poder del juez, sino que puede protestar las decisiones usando los instrumentos procesales creados para ello.”⁶⁰

La posibilidad de impugnar un fallo es, en nuestro país, una garantía constitucional, que permite a todo ciudadano oponerse a los posibles abusos que podría venir de una sentencia parcializada, ajena a la litis, etc.

De acuerdo a lo establecido en el Art. 326 del CPC, son apelables las sentencias, los autos y los decretos que tienen fuerza de auto. En cambio no son apelables los autos o decretos, que no ocasionan gravamen irreparable.

Si bien la decisión del juez en los asuntos de jurisdicción voluntaria se expresa mediante sentencia, la misma carece de fuerza y no ocasiona gravamen irreparable.

El procesalista Emilio Velasco, quien ha dedicado un tomo al estudio de la jurisdicción voluntaria, recoge el criterio de que es posible apelar la sentencia que resuelva sobre un divorcio por mutuo consentimiento, manifestando:

Al principio del estudio del divorcio por mutuo consentimiento manifesté que, de conformidad con la doctrina, y bien aplicada la ley, la sentencia que admite el divorcio por mutuo consentimiento no es apelable, sin embargo la opinión contraria es la de mayoría. Es por ello que en el caso resuelto por la Segunda Sala de la Corte Suprema el 28 de octubre de 1977, que está publicada en el Diccionario de Jurisprudencia del Doctor Galo Espinoza, Tomo VII, se resuelve, que sí hay apelación de la sentencia de divorcio, pues se mantiene el criterio de que la

⁶⁰ http://enj.org/portal/biblioteca/funcional_y_apoyo/redaccion_sentencias/1.pdf

resolución del Tribunal en Pleno del año de 1931, publicada en la G.J: V-S No. 46 está en vigencia [...].⁶¹

Respecto del recurso de casación, según el ilustrado criterio del doctor Santiago Andrade, en su obra *La Casación Civil en el Ecuador*, expone lo siguiente: “Las tres salas de lo civil y mercantil han resuelto que no son casables las sentencias dictadas dentro de los juicios de jurisdicción voluntaria, por no ser finales ni definitivas. En consecuencia, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil ha resuelto que no es casable la sentencia dictada dentro del juicio de autorización para enajenar un inmueble, por ser de jurisdicción voluntaria y no producir efecto de cosa juzgada.”⁶²

El criterio del ex magistrado es correcto y coincidente con los puntos de vista de tratadistas quienes manifiestan que uno de los efectos de las sentencias de jurisdicción voluntaria es carecer del efecto de cosa juzgada.

Por disposición del Art. 817 del Código Procesal Civil, respecto del juicio de disolución voluntaria de la sociedad conyugal, ya sea mediante sentencia o acta notarial, no hay posibilidad de presentar recurso alguno. Sin embargo, de ser presentados deberán ser rechazados por el juzgador de instancia.

3.2. Ante el notario

Los ciudadanos están en plena libertad de escoger la autoridad (juez de lo civil o notario) ante la cual puedan presentar sus actos de jurisdicción voluntaria, pero con la desventaja de desconocer el procedimiento que realiza tal o cual funcionario.

⁶¹ Emilio Velasco, op. cit., pp. 60-61.

⁶² Andrade, Santiago, *La Casación Civil en el Ecuador*, Fondo Editorial Andrade&Asociados, Editorial Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2005, p. 80

3.2.1. Petición

Si bien la Ley Notarial no establece expresamente la estructura que debe tener la petición, la práctica hace que los abogados la redacten con una estructura similar a la de la demanda, sobre todo señalando el fundamento de hecho y derecho, para la realización del acto.

Por lo tanto, si hablamos sobre el Art. 67 del Código de Procedimiento Civil, que se refiere a los requisitos y contenido de la demanda, al homologarlo a los requisitos que debe reunir la petición se pueden hacer varias puntualizaciones.

Respecto de la autoridad ante quien se propone la petición, en este caso es el notario, este señalamiento es importante ya que determina la competencia del fedatario, sin embargo de que no se agrega la expresión del cantón donde el notario ejerce sus funciones. A manera de aclaración, los actos de jurisdicción voluntaria deben tramitarse ante el notario del domicilio de los peticionarios.

Los generales de ley del demandante y demandado, de igual forma son señalados por el abogado que redacta la petición, como es el caso de los nombres completos, estado civil, edad y profesión de los peticionarios, respecto de los cuales por cierto no existe controversia y de los cuales no se puede hablar de actor y demandado. En esta parte, por ejemplo, se suele utilizar las siguientes expresiones: Comparecemos ante usted, Carmen Rosario Suárez Meneses y Pedro José Pérez Arco, ecuatorianos, mayores de edad, de estado civil viuda la primera y soltero el segundo, domiciliados en esta ciudad de Quito.

La ley señala que se deben indicar con precisión los fundamentos de hecho y de derecho. Respecto de los fundamentos de hecho no existe mayor problema; sin embargo, debe

ser coherente lo que se relata respecto de lo que se requiere que el notario legalice. En cuanto al fundamento de derecho, existe una particularidad muy importante y es que a más de indicar los artículos que amparan la solicitud, se debe añadir el numeral pertinente del Art. 18 de la Ley Notarial, que regula el acto de jurisdicción voluntaria ante el notario. La causística de una posesión efectiva nos puede ilustrar este punto: Según se desprende de la partida de defunción que se adjunta, quien en vida fue el señor Jorge Manuel Carrillo Montero, falleció en Quito, el 20 de noviembre del 2008, sin otorgar testamento. A su fallecimiento quedamos como cónyuge sobreviviente Carmen Rosario Suárez Meneses, con derecho a gananciales dentro de la sociedad conyugal habida con el causante; y, como hijo Jorge José Carrillo Suárez y por lo tanto heredero del causante. Por lo expuesto, y con fundamento en lo que dispone el Art. 1023 de la Codificación del Código Civil, el Art. 676 de la codificación del Código de Procedimiento Civil, y el numeral 12, del Art. 18 de la Ley Notarial Reformada.

El referido ejemplo nos permite apreciar cómo esta parte de la redacción de una petición cumple con lo estipulado en el Art. 67, numeral 3, del Código Adjetivo Civil.

Conforme lo dispone el numeral 4, del Art. 67, del referido cuerpo legal, se debe indicar en la demanda la cosa, cantidad o hecho que se exige. Por lo tanto, en la petición que se presenta al notario se le deberá señalar con precisión y claridad qué es lo que se le solicita. A fin de apreciar cómo se materializa lo dispuesto en el referido numeral, daré continuidad al ejemplo propuesto, en la petición se diría: solicito a Usted Señor Notario, en nuestras calidades antes invocada, proceda a receptar la declaración juramentada y conceda la **POSESIÓN EFECTIVA PROINDIVISO** de todos los bienes dejados por el causante Jorge Manuel Carrillo Montero, a favor de sus legítimos herederos, dejando a salvo el derecho de terceros que eventualmente pudieran reclamar. Por lo que al notario le corresponderá una vez

analizada la prueba documental que aportan los peticionarios, autorizar en el acta notarial la declaración juramentada la concesión de la posesión efectiva.

La ley adjetiva civil ecuatoriana, dentro de ese mismo Art. 67, señala que se debe indicar en la demanda la cuantía, la especificación del trámite, la designación del lugar donde se deberá realizar la citación. Estos elementos no son necesarios en la petición por la naturaleza voluntaria del acto, los peticionarios de mutuo acuerdo suscriben la solicitud por lo que ambas conocen el contenido de la misma.

Esta explicación teórica-práctica que se ha realizado, permite ilustrar cómo la petición se ha adaptado en el cumplimiento de los requisitos del Art. 67 del código procesal ecuatoriano.

Si bien cada acto de jurisdicción voluntaria tiene particularidades muy específicas al ser tramitadas ante el notario, el divorcio por mutuo consentimiento las tiene en mayor grado en razón de los efectos que causa no sólo respecto de los cónyuges. En este caso existen dos puntualizaciones que deben ser observadas: la primera que no hayan adquirido bienes y la segunda que no hayan procreado, reunidos estos dos elementos es admisible la petición de divorcio por mutuo consentimiento.

En relación de los dos puntos antes expuestos el notario debe protegerse ante un posible fraude, ya que existiendo bienes o hijos, los solicitantes acuden con su petición, el notario al no tener acceso a los archivos del registro civil, propiedad, mercantil, para corroborar la información, el notario previo a la celebración de la audiencia deberá requerir a los proponentes una declaración juramentada que certifique la inexistencia de bienes o hijos.

A pesar de la referida prevención que se realiza en la declaración juramentada, se realiza el acta notarial autorizando la disolución del vínculo matrimonial, la misma se inscribe en el Registro Civil. Un tercero o uno de los ex cónyuges, que pudiera sentirse perjudicado, está en su derecho de solicitar ante un juez de lo civil que declare la nulidad del acto.

A pesar de estas prevenciones se efectúa el acta notarial declarando la disolución del vínculo matrimonial alguna de los peticionarios que pudiera sentirse perjudicada podrá pedir la declaración ante un juez de lo civil de la nulidad del acto. Sin embargo la responsabilidad penal cubre a ambos ex cónyuges que a sabiendas de que cometían el delito de perjurio (tienen hijos o bienes o las dos cosas al mismo tiempo) suscribieron la declaración juramentada.

Para arreglar la situación de los hijos o hijas que pudieran quedar desamparados ante esta violación de la ley, a través del progenitor que los tenga a su cargo podrá mediante cuerdas separadas resolver la tenencia, alimentos y régimen de visitas, conforme el Código Orgánico de la Función Judicial, ante el juez de la familia, mujer, de la niñez y adolescencia

3.2.2. Acta notarial

Examinada la petición y determinándose que cumple con todos los requisitos de ley, el notario realizará el acta que contendrá la expresión de la voluntad de los peticionarios.

3.2.2.1. Concepto

Para Adriana Abella, el acta notarial no existió desde siempre, se fue configurando a medida que fue evolucionando el notariado. Respecto de las actas hace referencia del notariado español y sostiene:

En los primeros tiempos del notariado español, las actas, en la forma que hoy se conocen, no existían, ya que era suficiente la palabra de honor para autenticar los hechos que exigían relaciones jurídicas. Pero la mala fe de algunos llevó a la práctica de este tipo de instrumentos; las actas constituyen un caso típico de usos y costumbres que terminaron siendo reconocidos por el legislador y encuadrados por el texto legal.⁶³

En el ámbito nacional las primeras actas que se redactan en el país son de las fundaciones de las ciudades, entre ellas está la de la capital de la república, que reposa en el archivo nacional, fue redactada por el escribano Escobedo y entre sus suscriptores consta el nombre de Sebastián de Benálcazar.

¿Qué se debe entender por acta notarial? Con una expresión nada compleja la Real Academia de la Lengua Española, la define así: “relación que extiende el notario, de uno o más hechos que presencia o autoriza”.

El notario constata el hecho y lo registra en un acta, pero en otros casos expone su juicio autorizando la realización del acto, situación que se produce en virtud de la evolución de la actividad notarial y de la confianza de la sociedad al fedatario.

La Ley Notarial ecuatoriana habla de acta pero no realiza una conceptualización de la misma, si de los formalismos y estructura que debe contener. La misma tiene ciertas variantes de forma, según la naturaleza del acto, la notaría y la ciudad dónde se redacte; sin embargo, todas llegan autorizar o solemnizar la situación fáctica. Las actas notariales tienen la calidad de instrumentos públicos, en consecuencia, el acta notarial deberá reunir las partes esenciales establecidas en el Art. 169 del código procesal, que rige a los instrumentos públicos.

3.2.2.2. Requisitos

⁶³ Adriana Abella, op. cit., p. 441.

En una primera etapa las actas notariales solamente servían para la constatación de hechos, en virtud de esa realidad Carlos Gattari, señala los requisitos que debe contener un acta notarial, asemejándolos a los de una escritura pública, siendo estos los siguientes:

Las actas están sujetos a los requisitos de las escrituras públicas con las siguientes modalidades: 1. Se hará constar el requerimiento que motiva la intervención del notario. 2. Las personas requeridas o notificadas serán previamente informadas del carácter en que intervine el autorizante y, en su caso, el derecho a contestar. 3. Podrán autorizarse aunque alguno de los requeridos rehúse firmar, de lo que se dejará constancia.⁶⁴

De lo dicho por Gattari los requisitos que debe contener un acta notarial responden únicamente para la constatación de un hecho y equipara los requisitos del acta a los de una escritura pública, por lo que aplicando nuestra legislación en el Código de Procedimiento Civil, en el Art. 169, se señala los partes esenciales de un instrumento público y son:

1. Los nombres de los otorgantes, testigos, notario o secretario, según el caso;
2. La cosa, cantidad o materia de la obligación;
3. Las cláusulas principales para conocer su naturaleza y efectos;
4. El lugar y fecha del otorgamiento; y,
5. La suscripción de los que intervienen en él.

La incorporación a un protocolo que preserva la existencia del acto para la posteridad lo cual facilita la constatación posterior de la realización del asunto, conforme el Art. 22 de Ley Notarial, referente a la obligatoriedad que tienen los notarios de llevar un registro de los documentos públicos y privados que autoriza, en concordancia con el Art. 47, del mismo

⁶⁴ Gattari, Carlos, *Manual de Derecho Notarial*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1997, p. 169.

cuerpo legal, que habla sobre la nulidad de la escritura que no se halla en el protocolo.

3.2.2.3. Estructura

De acuerdo a lo que estipula el artículo 169 del Código adjetivo Civil se ha establecido los elementos indispensables que debe contener todo instrumento público y que por lo tanto se hace extensiva esta disposición a las actas notariales.

Dentro de la composición de una escritura pública pueden distinguirse claramente dos tipos de elementos: los externos y los internos.

3.2.2.3.1. Elementos externos

Denominada también parte formal, contiene la indicación de la actuación del notario, la cual debe estar delimitada dentro de su respectiva jurisdicción. Esto significa que no puede otorgar actas en un lugar diferente al de su jurisdicción, es decir, un notario de Ambato no puede en la ciudad de Cuenca otorgar actas notariales en esa localidad.

Nuestro Código Civil y demás leyes conexas establecen con claridad y precisión las solemnidades legales que se deben cumplir en toda acta, la cual según su naturaleza deberá observar ciertos requisitos para su plena validez.

3.2.2.3.2. Elementos internos

Se los conoce también como la parte material y se los puede distinguir en la estructura de un acta en los siguientes puntos:

Los comparecientes: de acuerdo a nuestra legislación, pueden presentarse a la suscripción de un acta notarial las personas naturales (es decir, quienes hayan cumplido la mayoría de edad) y las jurídicas (pueden hacerlo debidamente representadas por quien, según el estatuto, se les haya concedido esta facultad).

Este requisito está estrechamente ligado a la capacidad, por lo que en la actuación diaria del notario, previo a la suscripción del documento matriz, solicita a los peticionarios la cédula de ciudadanía en caso de los nacionales, en caso de extranjeros residentes la cédula de identidad, de no ser residentes el pasaporte; si la persona que comparece representa a otra persona deberá presentar el poder que autorice su actuación, que si fuere menor de edad la curaduría autorizada por un juez y si fuere persona jurídica el nombramiento que acredite a determinada persona a actuar como representante legal.

La relación jurídica entre los peticionarios debe estar libre de todo vicio del consentimiento al momento de celebrar el acta notarial, por lo cual el notario se cerciorará de que ninguno de los comparecientes obre por coacción, promesa, seducción u otra perturbación que altere la manifestación de la voluntad.

Finalmente la legalización del acto por el notario es otro elemento interno, que va desde la revisión de los documentos aparejados a la petición hasta su incorporación en el protocolo, constatando la voluntad de las partes para la realización del acto, el fedatario sin el cumplimiento de un excesivo ritualismo hace efectivos los derechos objetivos.

Dentro de un criterio de liberalidad respecto de redacción de una acta notarial, Antonio Rodríguez Adrados, se pronuncia así: “La distribución de los diversos elementos del acta puede

ser realizada por el Notario libremente, pero de la manera que juzgue más adecuada al tipo de acta de que se trate y al supuesto concreto sometido a su autorización”.⁶⁵

Por lo que el notario tendría cierta liberalidad para estructurar la redacción del acta notarial, pero otros autores como Novoa Seaone, citado por Antonio Rodríguez sugiere cierta secuencia, al indicar:

[...] las actas, sólo tienen tres partes: comparecencia, exposición y autorización.

La comparecencia en las actas no es lo mismo que en las escrituras...ni el Notario debe usar la fórmula ante mí, porque en realidad es el requerimiento el que suple la comparecencia en las actas.

Exposición.- En las actas notariales constituye la exposición su parte principal. Es la narración de los hechos como los presencie o le consten al Notario...

Autorización.- No tiene otorgamiento, porque éste es el acto de consentir, en las actas no se presta consentimiento, porque no hay contrato, ni siquiera es necesario que el requirente esté conforme con los hechos consignados por el Notario, pues éste, después de requerido, consigna lo que presencie o le conste, bajo su responsabilidad, hasta el punto de que si luego el requirente no quiere firmar, basta que el Notario lo haga constar así, y tiene el acta validez.⁶⁶

Novoa Seaone supera el criterio de que una acta notarial debería tener una estructura similar a la de una escritura pública, destacando que en este tipo de actos el notario no otorga; más bien interviene a solicitud de los peticionarios, para constatar o autorizar.

Al analizar detenidamente la estructura de un acta notarial, existen particularidades muy diferentes, de acuerdo al asunto que se va a legalizar. Sin embargo, se pueden distinguir tres partes claramente identificables, que los deduzco de mi práctica profesional, cotejándolas

⁶⁵ Rodríguez, Antonio, *Escritos Jurídicos (Volumen IV)*, Madrid, s. editorial, 1996, p. 18.

⁶⁶ Antonio Rodríguez, op. cit., p. 19.

con las que propone Novoa: la introducción que equivaldría a la comparecencia; el cuerpo, a la exposición, y la conclusión que contiene la resolución.

A manera de título antes de la introducción del acta notarial, se indica la clase del acto de jurisdicción voluntaria que se va a legalizar, el nombre de los otorgantes y la cuantía.

El encabezamiento o introducción del acta notarial, denominada así porque es la parte con la que inicia un acta notarial, contiene sobre todo las generales de ley de quienes intervienen en la celebración del acto. Adicionalmente deben constar los siguientes puntos:

a.- El señalamiento del lugar de celebración del acta, a fin de establecer la competencia del notario respecto del territorio en que ejerce sus funciones, el número de acta que se expide.

b.- La expresión del día, mes y año, a fin de saber exactamente cuándo se redactó y para incorporarlo cronológicamente en el protocolo o libro de diligencias.

c.- La indicación de la autoridad ante quien se celebra, por lo tanto, se deberá hacer constar el nombre y apellido del notario, así también se señalará el cantón.

d.- En el encabezamiento se destaca la individualización de los intervinientes, indicando el nombre y apellido de los comparecientes, vale decir de los peticionarios, así también de la cosa u objeto respecto del cual se va a generar la nueva situación jurídica.

f.- La fe del notario sobre la capacidad, libertad y conocimiento con que se obligan los comparecientes.

g.- En el encabezamiento también se realiza una breve descripción de los hechos que permitan concatenarlo con la posterior legalización.

A fin de ilustrar lo referente al encabezamiento me permito proponer el siguiente texto que contiene los datos anteriormente señalados, respecto de una acta notarial de extinción del patrimonio familiar: En la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, capital de la República del Ecuador, el día de hoy 20 de noviembre del dos mil ocho. Yo, doctor Jorge Machado Cevallos, Notario Primero del cantón Quito, en atención a la petición presentada por los señores Mariela Karen Soto Cañar y Víctor Manuel Jiménez Chávez, los peticionarios son mayores de edad, de estado civil casados entre sí, empleados privados, domiciliados en la ciudad de Quito, me solicitan proceda a receptar la declaración juramentada tendiente a establecer la necesidad de extinguir el Patrimonio Familiar, que se halla constituido por el Ministerio de la Ley, sobre el inmueble compuesto por terreno y construcción ubicado en la Urbanización “Cadenita”, calle Cevallos, casa número diez, situado en la parroquia de Chaupicruz, cantón Quito, provincia de Pichincha. Como se puede apreciar, se ha establecido la autoridad ante quien los peticionarios presentan su solicitud, se detalla los generales de ley de los comparecientes, así como la especificación del bien inmueble respecto del cual recaerá el acto.

En cuanto al cuerpo de un acta notarial se destacan los siguientes puntos:

a.- En esta parte el notario hace referencia de la prueba documental que los solicitantes han adjuntado. Un examen preliminar permitirá establecer si procede o no la realización del acto; por lo que, sin importar la naturaleza del acto, el notario debe hacer referencia a los documentos habilitantes que han aportado los peticionarios para la realización del acto. Por ejemplo, en el caso de un divorcio por mutuo consentimiento, el notario deberá referirse al acta

de divorcio; en una posesión efectiva, la partida de defunción del causante, partida de nacimiento de los hijos; en el caso de la extinción del patrimonio familiar el certificado del Registro de la Propiedad, adicionalmente el oficio de autorización para el levantamiento del patrimonio familiar por el banco o mutualista.

b.- A más de la prueba documental, se puede hacer referencia a otras como la testimonial en el caso de que el acto requiera una declaración juramentada.

c.- Con el señalamiento de los antecedentes, la referencia a la prueba que aportan los peticionarios, señalándose el requerimiento por el cual se solicitó su actuación, el notario procede en ejercicio de las atribuciones que le confiere la ley, a tomar alguna de las alternativas que a continuación detallo: autorizar (salida de menores), declarar (extinción del patrimonio familiar, extinción del usufructo), designar (curador de bienes al interdicto que ha se le ha dictado sentencia ejecutoriada) y conceder (posesión efectiva). Si bien no usa una expresión común al momento de legalizar el acto de jurisdicción voluntaria, el uso de alguna de las expresiones antes indicadas, son adecuadas para la plena validez del acto, debido a que el ejercicio de los actos de jurisdicción voluntaria ejercida por los notarios reduce los ritualismos, disminuyendo el tiempo que debe esperar el tiempo que debe esperar el peticionario para obtener una solución y de esta forma generar confianza de los ciudadanos en la justicia.

A manera de ejemplo reproduzco el cuerpo de una acta notarial de extinción del patrimonio familiar, en los siguientes términos: Al efecto se ha procedido a receptor las declaraciones juramentadas otorgadas ante mí, doctor Homero López Obando, Notario Vigésimo Sexto del cantón Quito, el día 21 de noviembre del dos mil ocho en las cuales los cónyuges Mariela Karen Soto Cañar y Víctor Manuel Jiménez Chávez, expresan libre y voluntariamente la necesidad de extinguir el Patrimonio Familiar, constituido sobre el

inmueble de propiedad de los mencionados cónyuges; y, los testigos, señores Luis Fernández Caiza Amores y María Angélica Chisaguano Ferro, abonan sobre tal necesidad, por lo que en ejercicio de la fe pública de la que me hallo investido con lo dispuesto en el numeral cuarto del artículo ochocientos cincuenta y uno del Código Civil y en aplicación a lo dispuesto en el numeral diez, del artículo dieciocho de la Ley Notarial, incorporado por la Ley Reformatoria, declaro extinguido el patrimonio familiar constituido por el ministerio de ley sobre el inmueble de propiedad de los cónyuges Mariela Karen Soto Cañar y Víctor Manuel Jiménez Chávez, consistente en el inmueble terreno y construcción ubicado en la Urbanización “Cadenita”, calle Cevallos, casa número diez, situado en la parroquia de Chaupicruz, cantón Quito, provincia de Pichincha [...].

Como se puede apreciar, como notario legalizo, el acto de jurisdicción voluntaria respecto del cual los solicitantes han pedido mi participación, haciendo referencia a la norma legal que sustenta dicha actuación; en consecuencia, he dispuesto la extinción del patrimonio familiar.

Respecto de la conclusión del acta notarial, que es la parte final, se expresa lo siguiente:

a.- Se señala la protocolización del acta notarial o su incorporación al libro de diligencias o protocolo y el número de copias que se entregan al peticionario

b.- Además, el notario suele disponer el cumplimiento de un acto posterior, que está a cargo y responsabilidad del peticionario, como es la inscripción en el Registro de la Propiedad, Mercantil o Civil.

3.2.3. Libro de diligencias

La labor del notario no solo se limita a otorgar fe pública, la misma está estrechamente ligada a la conservación de la escritura pública o acta notarial, de su original en el archivo, teniendo como objetivo la garantía de existencia del acto o contrato a lo largo del tiempo.

La actividad de archivar tiene como sinónimo en la práctica notarial la de protocolizar, la misma en América tiene como antecedente la Ley de Indias, que imponía a los escribanos la obligación de guardar todo lo actuado y llevar un registro de dicha actividad.

En el libro de diligencias se incorporan los asuntos de jurisdicción voluntaria y otros actos que no constan en el protocolo.

Su existencia garantiza que el acta notarial y el acto de jurisdicción voluntaria contenido en él, perduren a través del tiempo. Conforme a las recientes reformas contenidas en el Código Orgánico de la Función Judicial de acuerdo al Art. 307 se crea el Archivo Nacional Notarial, que estará bajo el control del Consejo de la Judicatura, a donde pasarán los asuntos de jurisdicción voluntaria al cumplir cinco años de estar en el archivo del notario. A diferencia de las sentencias que sobre estos mismos asuntos dictan los jueces, éstas pasarán a la Unidad de Estadística y Archivo Central de la Función Judicial a cargo del Consejo de la Judicatura.

Sin embargo, en ambos casos los solicitantes, e incluso terceros, pueden pedir copias certificadas de los asuntos de jurisdicción voluntaria, sea que haya intervenido el juez o el notario.

3.3. Estudio comparativo

Son evidentes las diferencias de forma que se presentan al momento de solicitar un acto de jurisdicción voluntaria ya sea ante al juez como ante el notario.

1. El acto con la cual se presenta un acto de jurisdicción voluntaria ante el juez se denomina demanda; respecto del notario petición. En ambos casos los dos operadores jurídicos podrán rechazarla si no cumple con los requisitos legales, con la diferencia de que si el juez no la recibe completa, notifica mediante providencia que dentro del término de tres días, el actor puede completar la demanda, de no hacerlo en providencia posterior se dispondrá definitivamente su archivo, mientras que en el caso del notario no se establece un plazo o término para completar la petición o presentación de documentos habilitantes.

2. Los actos no contenciosos que se tramitan en las judicaturas civiles generalmente deben esperar plazos de tiempo muy largos ante el excesivo cumplimiento de formalismos por ejemplo: presentación de la demanda, sorteo, calificación de la demanda, audiencia, en algunos casos prueba, finalmente la sentencia si no se ha presentado oposición, en los asuntos de jurisdicción voluntaria que no tienen conflicto de intereses; mientras que en las notarías públicas debe presentarse la petición, señalándose día y hora para la audiencia, para posteriormente redactar el acta notarial que contiene la autorización del notario. Estas diferencias plasmadas en el transcurso del tiempo significa que una posesión efectiva en un juzgado puede tomar de 3 a 5 meses y en la notaría máximo una semana, es evidente la diferencia en tiempos y en el desarrollo del procedimiento.

Esta garantía se encamina no sólo al acceso de las personas al sistema de justicia, sino una vez que se encuentra inmerso dentro de un proceso judicial como actor o demandado tengan una

atención oportuna del poder jurisdiccional y pueda obtener una respuesta inmediata de la misma a través de una sentencia, en consecuencia una solución rápida al problema planteado a la administración de justicia. Si bien es un precepto constitucional requerirá de una gran inversión y reformas acertadas para que su esencia ocurra.

Una reforma que se necesita implementar urgentemente en las judicaturas civiles está en que los asuntos de jurisdicción voluntaria, con las reformas adecuadas al Código Adjetivo Civil y a la Ley Notarial, pasen al conocimiento exclusivo de los notarios.

3. Son evidentes las diferencias de forma en los procedimientos que deben seguir juez y notario. Por un lado el juez que debe cumplir con todas las formalidades propias de un juicio, en cambio el notario aplicando un procedimiento simplificado acorde a la naturaleza del acto, llega al objetivo más rápido configurándose una evidente economía procesal. El juez para la audiencia de conciliación debe notificar a los peticionarios en el casillero judicial día y hora para su realización, efectuada las partes deben pedir autos para sentencia, normalmente se lo realiza en la misma audiencia, desde aquí hasta la expedición de la sentencia suelen transcurrir de dos a tres meses. El notario al ser presentada la petición señala desde un inicio día y hora para la realización de la audiencia en los casos que lo amerita, efectuada la audiencia, solemniza o autoriza el acto, lo protocoliza y entrega el acta notarial, en un promedio máximo de tres días, con obvias excepciones como la del divorcio en la que para la realización de la audiencia deben pasar sesenta días.

4. Al momento de resolver el juez expresará su decisión mediante una sentencia, usando la frase sacramental “ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA”, mientras que el notario no resuelve ni decide; sino que legaliza o autoriza el acto de jurisdicción voluntaria contenido en el acta notarial.

CAPÍTULO CUARTO

CONCLUSIONES: HACIA LA SUSTITUCIÓN DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA POR LOS ACTOS NO CONTENCIOSOS

Partiendo del principio de que la dación de fe, no es otra cosa que la asunción por parte del notario de la autoría de un instrumento público, la autorización del documento público notarial por el notario, porque el principio de dación de fe y autorización son términos sinónimos, sin que puedan confundirse las funciones del notario (dación de fe) y la eficacia del documento (fe pública); por lo que, de lo señalado anteriormente propongo que dentro del artículo 296 del Código Orgánico de la Función Judicial en el que indica “El Notariado es un órgano auxiliar de la Función Judicial y el servicio notarial consiste en el desempeño de una función pública que la realizan las notarias y los notarios, quienes son funcionarios investidos de fe pública para autorizar, a requerimiento de parte, los actos, contratos y documentos determinados en las leyes y dar fe de la existencia de los hechos que ocurran en su presencia.....” al final de este texto se debería incluir también la facultad que tiene el Notario de intervenir en Actos no contenciosos, autorizando, declarando, concediendo y solemnizando todo tipo de situación jurídica prevista en la Ley, que en ejercicio de la Fé Pública generan efectos jurídicos para el o los peticionarios.

Además, dicha propuesta nace en virtud del mencionado principio de Dación de Fé Pública, que es la presunción de la veracidad de los actos autorizados por un Notario, es por esto que equivaldría a la autorización del Notario que genera en todos los actos llamados a intervenir y en los que implica una decisión en virtud del control de legalidad igual a la que tiene el juez mediante la jurisdicción y que sería similar a la que tiene el notario en virtud de su Fé Pública.

Cabe indicar, que nadie niega que la eficacia jurídica de los documentos públicos, incluidos los notariales –la fe pública–, proceda directamente de la ley, como cualquier otro efecto jurídico; pero ello no conduce a la supresión de una previa dación de fe por parte del notario, porque precisamente a ella une el ordenamiento los efectos jurídicos del instrumento público, su fe pública; el olvidarlo, conduce equiparar los documentos públicos notariales a los demás documentos públicos, desconociendo su especificidad.

4.1. Eliminación de la jurisdicción voluntaria del Código de Procedimiento Civil

El sustento jurídico, teórico, legal y técnico de la existencia de la jurisdicción voluntaria carece de una fundamentación doctrinaria unánime y consistente, que se puede resumir en la falta de tres elementos fundamentales de la jurisdicción: la falta de partes, la sentencia carece de efectos de cosa juzgada y sobre todo el procedimiento no tiene como base el conflicto de intereses.

Son evidentes las incongruencias que demuestran la inconsistencia de mantener a la jurisdicción voluntaria, como tal, por largo tiempo, pues se puede concluir que la función exclusiva de los jueces debe ser la de administrar justicia, delegando, en consecuencia el ejercicio de los actos no contenciosos a otros funcionarios del Poder Judicial, pero bajo la denominación de jurisdicción voluntaria no es correcto. El ahorro de recursos respecto de la existencia de una institución apropiadamente configurada, contribuiría al descongestionamiento de las judicaturas civiles.

En el desarrollo del presente trabajo hemos presentado varias inconsistencias, entre ellas la falta de acuerdos acerca de su naturaleza jurídica y carencia de elementos propios de la jurisdicción.

Por lo tanto el conocimiento de aquellos actos carentes de controversia, deben delegarse como función exclusiva al notario, pero con el respaldo de una legislación que haga propicio el desempeño de este funcionario en la resolución de los asuntos no controvertidos.

El cambio no solo debe provenir del nombre, que por cierto es de actos no contenciosos, sino también de un procedimiento básico y unificado que facilite el despacho de las mismas a cargo de los fedatarios. Considerándose la opción de que en el transcurso del proceso no contencioso, se desvanezca el acuerdo y, en consecuencia el notario proceda archivar en el protocolo el asunto inconcluso, asentando una razón del motivo por el cual no se concluye el trámite y el envío en copias certificadas de todo lo actuado a la sala de sorteos, de no haber esta dependencia, al juzgado de lo Civil que esté de turno para estos efectos.

Con una denominación más acorde a la naturaleza jurídica de esta institución, el Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal y Projusticia, en el Proyecto de Código de Procedimiento Civil, que auspicia, propone llamarle a la jurisdicción voluntaria “procesos voluntarios”, definiéndolo así: “El proceso voluntario es aplicable a los asuntos o cuestiones de naturaleza no contenciosa y en aquellos que expresamente disponga la ley; aprobados o autorizados por juez o notario, de acuerdo con las normas previstas en este Título.”⁶⁷

Si bien el proceso voluntario corresponde, de acuerdo a este proyecto de reforma, tanto al juez como al notario, considero que las evidencias expuestas en este estudio, permiten establecer que la misión del juez debe ser exclusivamente la de administrar justicia. Dejando al notario, la función de autorizar y solemnizar. La referida propuesta del Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal y Projusticia, habla de proceso voluntario esto significa la aceptación de

⁶⁷ Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal y Projusticia, Proyecto de Código de Procedimiento Civil, Ediciones Abya-Yala, s.c., 2007, p. 142.

que es mejor cambiar de denominación a una institución que carece de los elementos fundamentales de la jurisdicción.

4.2. Actos no contenciosos en el Código de Procedimiento Civil

Al ser el Código de Procedimiento Civil, el cuerpo legal que hace posible la aplicación de la ley sustantiva civil, es necesario y conveniente reformar el referido cuerpo legal, eliminándose los artículos referentes a la jurisdicción voluntaria e introducción de la institución jurídica denominada actos no contenciosos, concediéndole para el efecto un libro independiente en el código en el cual se establezca el procedimiento para su tramitación por el notario y por el juez cuando se presenta el conflicto de intereses.

Esta eventualidad de que exista controversia entre los peticionarios me permitan fundamentar la importancia de que los actos no contenciosos consten en el Código de Procedimiento Civil, ya que al desaparecer el acuerdo y producirse el conflicto de intereses debe ser resuelto por el juez en un asunto que tiene la connotación de jurisdicción contenciosa la única y verdadera jurisdicción.

A fin de hacer factible la aplicación procesal de los actos no contenciosos, corresponde emprender en una reforma profunda en el Código Adjetivo Civil de nuestro país, que haga posible el despacho oportuno de las causas respecto de las cuales existe un acuerdo preexistente, y que sin el cumplimiento de excesivas ritualidades faciliten una solución en derecho a los peticionarios.

Las reformas seguramente alcanzarán a otros cuerpos legales, como por ejemplo: el Código Civil, que contiene el procedimiento para los divorcios por mutuo acuerdo, además que

regula a las instituciones que se denominan actos no contenciosos, nombramiento de curadores, disolución y liquidación de la sociedad conyugal, extinción del patrimonio familiar, etc.

4.3. Propuesta de actos no contenciosos de exclusivo conocimiento del notario

Hemos llegado a un punto histórico-evolutivo, en el que la correcta comprensión de la terminología jurídica y su aplicación práctica contribuyen a tomar en el país la decisión de dejar la actividad de administrar justicia exclusivamente a los jueces y delegar asuntos que no contienen controversia a otros funcionarios que dentro del Poder Judicial tienen la facultad de legalizar o autorizar como los notarios. De emprenderse en una reforma de esta naturaleza los actos no contenciosos pasarían a ser de conocimiento exclusivo del notario contribuyendo a mejorar el acceso de los ciudadanos a la justicia. Por lo que mi propuesta es que se debe eliminar el articulado referente a la jurisdicción voluntaria y se incluyan los actos no contenciosos en la legislación adjetiva civil.

Pensemos que si los actos no contenciosos continúan en conocimiento de los jueces, es obvio considerar que, ante la evidente carga de juicios contenciosos estos serían relegados a un segundo plano, además que se exigiría el cumplimiento del mismo ritualismo y formalismo de los asuntos contenciosos y, en definitiva, no se habría solucionado nada.

Un problema que seguramente puede obstaculizar o impedir la atribución exclusiva de los actos no contenciosos en manos de los notarios, es la posibilidad de que se conviertan en contenciosos. En el Proyecto de Código de Procedimiento Civil, auspiciado por el Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal y Projusticia, para el proceso voluntario en los casos que se presente una oposición, en el Art. 443, se señala el procedimiento aplicable para estos casos,

del cual se pueden tomar ciertos aspectos para mi propuesta de actos no contenciosos, el referido artículo dice:

“Art. 443.- Caso de oposición.

1. De presentarse oposición de parte que acredite interés, el notario se abstendrá de seguir interviniendo y, sin pronunciarse sobre la procedencia o improcedencia de la oposición, remitirá las actuaciones para que sean conocidas por el juez de lo civil del cantón, quien procederá conforme lo dispuesto en el artículo 440.5.”.

Haciendo referencia al artículo citado del mismo proyecto, el Art. 440, numeral cinco, señala que: “En caso de oposición de quienes hayan sido citados, o de cualquier tercero que acredite interés, el juez calificará o rechazará la oposición, de considerarla inadmisibile, y en aquellos casos en que sea evidente que ha sido propuesta con el único propósito de retardar el curso voluntario. En cada caso que la oposición sea admitida se entenderá que el proceso ha adquirido carácter contencioso y se sustanciará la controversia siguiendo el trámite del proceso sumarísimo.”⁶⁸

Entonces, siguiendo el criterio doctrinario de que al existir oposición se configura plenamente la jurisdicción, solo a partir de ese momento el asunto debe pasar a conocimiento de los jueces; lo único que hace falta es señalar con precisión un procedimiento mediante el cual, de existir oposición, las partes hagan valer sus derechos ante un juez de lo Civil.

Por lo que siguiendo la concatenación de las disposiciones del Proyecto de Código de Procedimiento Civil, elaborado por el Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal y Projusticia, el proceso sumarísimo, se sustancia de la siguiente forma: Art. 342, numeral 2:

⁶⁸ Projusticia, op. cit., pp. 143-144.

“2. El juez fijará fecha para la audiencia, la que deberá realizarse dentro de los tres días siguientes de contestada la demanda o transcurrido el término para ello.

3. Iniciada la audiencia, en caso de haberse deducido excepciones previas, se actuará la prueba relativa a ellas; si se admitiere una o varias, el juez dictará auto y se abstendrá de pronunciarse sobre las excepciones de fondo. De ser improcedentes las que se dedujeron como previas, el juez declarará saneado el proceso e intentará la conciliación, respecto de todos o algunos de los puntos controvertidos.

4. De darse la conciliación total, será aprobada por el juez en el mismo acto, mediante sentencia que causará ejecutoria.

5. En caso de no producirse conciliación, o de ser parcial, el juez, con la intervención de las partes, fijará los puntos controvertidos y determinará los que van a ser materia de prueba; seguidamente, rechazará los medios de prueba inadmisibles, innecesarios o inconducentes y ordenará la actuación de los referidos a las cuestiones probatorias que se susciten, resolviéndolas de inmediato.

6. Actuada la prueba relativa al fondo del asunto, las partes alegarán por diez minutos, que podrán ser prorrogados por el juez por un lapso similar, por cada parte. El juez podrá solicitar a las partes las aclaraciones o precisiones pertinentes, sea durante el curso de su exposición o a su finalización. Concluida la audiencia, el juez dictará su resolución en un término de cinco días, dicho término podrá ampliarse por una sola vez, por cinco días, si el caso lo amerita.”⁶⁹

⁶⁹ Projusticia, op. cit., pp. 115-116.

En consecuencia el temor de que el acto no contencioso se convierta en litigioso y la forma de solucionarlo no es problema. El referido proyecto nos ofrece luces de cómo debería resolverse de ocurrir, mediante un procedimiento rápido ante un juez, que obviamente debe ser de lo Civil. Por cierto la sentencia en el proceso sumarísimo, de acuerdo al proyecto, es susceptible de apelación, lo cual, además, garantiza el derecho de defensa de las partes.

4.4. Reformas al Código de Procedimiento Civil y a la Ley Notarial

Por todo lo expuesto a lo largo del trabajo respecto de la inconsistencia jurídica del término “jurisdicción voluntaria”, destaco los siguientes puntos:

- a) Inconsistencia teórica manifestada en la falta de unanimidad entre los diferentes tratadistas para establecer la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria. Entre los diferentes puntos en discordia entre las dos corrientes fundamentales radica en la falta de controversia que se expresa en los asuntos de jurisdicción voluntaria.
- b) Las evidentes diferencias en el procedimiento que realizan jueces y notarios en la ejecución de los asuntos de jurisdicción voluntaria, en los primeros el exceso de ritualismo, en los segundos agilidad y rapidez. Por lo que se estaría acorde con la tendencia mundial de descargar asuntos que no tienen conflictos de intereses en operadores judiciales distintos del juez.
- c) La falta de elementos propios de la jurisdicción: falta de conflicto de intereses, inexistencia de partes y falta de efectos de cosa juzgada en las sentencias de asuntos de jurisdicción voluntaria.

La evolución de la sociedad ecuatoriana hace imprescindible emprender en reformas al Código de Procedimiento Civil, para que se incluya los actos no contenciosos como una atribución exclusiva de los notarios. No conviene insistir en que los jueces también conozcan de estos actos ya que a los mismos les corresponde la solución de los asuntos estrictamente contenciosos. Pues sin un exceso de requerimientos se permita una solución oportuna a cargo del notario.

Impulsando las reformas que hagan posible la aplicación de los actos no contenciosos, mi propuesta de cambio se centra en los siguientes puntos:

Eliminación de la jurisdicción voluntaria del Código de Procedimiento Civil, por lo que el inciso segundo del artículo tres, artículo cuatro deben eliminarse; debiendo ser reemplazados por los siguientes artículos, creando un capítulo especial para esta institución jurídica.

Art. .- Actos no contenciosos.- Son aquellos actos carentes de contradicción establecidos por la ley, los cuales son aprobados y autorizados por el notario.

Art. .- Procedimiento de actos no contenciosos.- Todo acto no contencioso tendrá el siguiente procedimiento:

- a. Presentación de la petición con firma de abogado, acompañada de los documentos que solicita la legislación sustantiva y adjetiva civil.
- b. Elaboración del acta notarial en la que el notario autoriza la solicitud de los peticionarios.
- c. Inscripción en el protocolo entrega, de copia certificada del acta notarial.

Art. .- Otros actos no contenciosos.- Pasarán a ser atribuciones como actos no contenciosos, los siguientes:

- a. La constitución de las empresas unipersonales de responsabilidad limitada.
- b. Notificación de traspasos de crédito.
- c. Nombramiento de tutores o curadores.
- d. Autorización para enajenar e inventario.

Art. .- Señalamiento de casillero judicial.- En toda petición de un acto no contencioso se fijará el casillero judicial, mediante el cual las partes puedan ser notificadas en caso de oposición.

Art. .- Oposición.- En caso de presentarse oposición en el desarrollo de los actos no contenciosos, el notario procederá de la siguiente forma:

- a. El notario se abstendrá de seguir tramitando el acto no contencioso, e inmediatamente enviará todo lo actuado, a la sala de sorteos del distrito.
- b. El juez a quien le corresponda conocer lo tramitará siguiendo el proceso sumarísimo.

Art. .- Proceso sumarísimo.- El juez dentro del proceso sumarísimo, en los actos no contenciosos, procederá de la siguiente forma:

- a. El juez notificará al casillero judicial, de los peticionarios, día y hora para la realización de la audiencia, en la que el juez conocerá los puntos del desacuerdo.
- b. En virtud del principio de inmediación propondrá la conciliación, de darse la misma será aprobada por el juez, mediante sentencia que cause ejecutoria.

- c. En caso de no producirse acuerdo o de ser parcial, el juez con las partes establecerá los puntos en desacuerdo, para que en esa misma audiencia las partes propongan los medios de prueba a usarse y sea el juez quien determine la pertinencia de cada prueba. En esta misma audiencia se señalará día y hora para la audiencia de prueba.

Art. .- Apelación al proceso sumarísimo.- Llegado el proceso a conocimiento del tribunal de apelación, procederá de la siguiente forma:

- a. El juez de instancia sin ninguna otra sustanciación, dictará sentencia en el término de siete días.
- b. Emitido el fallo este podrá aclararse o ampliarse, en el término de siete días.
- c. No procederá recurso de casación.

Art. .- Divorcio por mutuo consentimiento.- El divorcio por mutuo consentimiento es un acto no contencioso por lo que se sujetará al mismo trámite. En la petición ante el notario, teniendo hijos y bienes, se establecerá la pensión mensual alimenticia, el ex cónyuge que ejercerá la tenencia y el régimen de visitas. En cuanto a los bienes se expresará los bienes adquiridos por ambos cónyuges.

En caso de desacuerdo en algún punto del divorcio, el notario procederá conforme a la ley, inhibiéndose de conocer, enviando el expediente a la sala de sorteos y finalmente será el juez de primera instancia, quien resolverá sobre los puntos en desacuerdo y el divorcio.

BIBLIOGRAFÍA

Academia Matritense y Sevillana del Notariado, Legislación Notarial (Contestaciones urgentes al programa de las oposiciones al título de Notario adaptado al nuevo Reglamento Notarial), Madrid, s.e., 2007.

Alsina, Hugo, Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Buenos Aires, Editorial Ediar Sociedad Anónima.

Andrade, Santiago, La Casación Civil en el Ecuador, Editorial Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2005.

Arguello, Luis, Manual de Derecho Romano, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1988.

Cabrera, Benigno, Teoría general del proceso y la prueba, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda., s.a..

Calamandrei, Piero, Instituciones de Derecho Procesal Civil, Bogotá, Editorial Leyer, s.a..

Consejo General del Notariado, Revista Escritura Pública No. 35, Madrid, s.e., 2006.

Couture, Eduardo, Fundamentos de Derecho Procesal Civil, Montevideo Editorial BdeF, 2002.

Chiovenda José, Principios del Derecho Procesal Civil, s.e. México, 1989.

Devis, Hernando, Teoría General del Proceso, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1997.

Fernando Ruchelli y Horacio Ferrer, La Sentencia Extranjera, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

Ferrajoli, Luigi, Garantismo y Derecho Penal, Bogotá, Editorial Temis. s.a.

Fundación Konrad-Adenauer, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2007 (Tomo II), Montevideo, s.e., 2007.

Gattari, Carlos, Manual de Derecho Notarial, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1997.

Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal y Projusticia, Ediciones Abya-Yala, s.c., 2007.

Monroy, Juan, Introducción al Proceso Civil, Bogotá, Editorial Nomos, 1996.

Obra Colectiva, Manual de Derecho Constitucional, Madrid, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.

Palacio, Enrique, Manual de Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot.

Ponce, Alejandro, Derecho Procesal, Quito, Ediciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, s.a.

Pondé, E., Tríptico Notarial, ed. Desalma, 1977. “La función notarial no es función pública”, citado por Adriana Abella, “Derecho Notarial”, Buenos Aires, s.e., 2005.

Rodríguez, Antonio, Escritos Jurídicos (Volumen IV), s.editorial, Madrid, 1996.

Troya, Alfonso, citando a Víctor Manuel Peñaherrera, Elementos del Derecho Procesal (Tomo 1), Pudeleco Editores S.A., Quito, 2002.

Vescovi, Enrique, Teoría General del Proceso, Editorial Temis, Bogotá, 1999.

Velasco, Emilio: Teoría y Práctica de la Jurisdicción Voluntaria,, Ediciones Pudeleco, S.A., Quito.

Villamil Edgardo, Revista (Tema: Características de un Modelo de la Estructura de la Sentencia Judicial, Panamericana Formas e Impresos S.A., Bogotá.