



UNIVERSIDAD DE CUENCA

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

CARRERA DE DERECHO

LA COMPETENCIA EN LOS PROCESOS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

**Monografía previa a la obtención del Título de
Abogado de los Tribunales de Justicia de la
República del Ecuador y Licenciado en Ciencias
Políticas y Sociales**

Autor: Israel Santiago Vásquez Prócel

C.I. 0104438619

Director: Dr. Kaisser Patricio Machuca Bravo

C.I. 0100990282

CUENCA – ECUADOR.

Noviembre 2016



RESUMEN

El presente trabajo desarrolla el tema de la jurisdicción voluntaria en la legislación ecuatoriana. Para ello, en primer lugar, se distingue entre jurisdicción voluntaria y contenciosa, determinando las características de cada una. En este sentido, se determina que la diferencia fundamental que existe entre ellas es la existencia de un conflicto, entendido como la oposición de intereses entre las partes. Por lo tanto, los procesos de jurisdicción voluntaria no tienen como finalidad dirimir un conflicto entre las partes, ni administrar justicia. Por ello no es considerado como propiamente jurisdiccional, ya que su finalidad es reconocer un acto que no implica un otorgamiento de derechos, que ha sido planteado de manera voluntaria por las partes.

Luego se analiza los procesos de jurisdicción voluntaria de competencia exclusiva tanto del notario como del juez, establecidos en el artículo 18 de la Ley Notarial y el artículo 344 del COGEP, respectivamente. En el primer caso, en relación a los 28 primeros numerales se ha realizado un breve comentario en relación a la competencia notarial, y se ha tratado, de forma separada, a las nuevas competencias notariales que a partir de la entrada en vigencia del COGEP han sido añadidas al artículo 18.

Todas estas consideraciones ha sido contrastadas en el al análisis del derecho comparado y el estudio de la jurisprudencia. En base a este trabajo se han determinado competencias que debieron atribuirse a los notarios, en razón de cumplir con la finalidad de la reforma, que es la disminución de la carga procesal de los jueces.

Palabras clave: Jurisdicción contenciosa, jurisdicción voluntaria, Competencia, Reforma décimo quinta del COGEP, Notario, Conflicto, Carga procesal.



ABSTRACT

The present work develops the subject of the voluntary jurisdiction in the Ecuadorian legislation. To do this, first of all, we distinguish between voluntary and contentious jurisdiction, determining the characteristics of each. In this sense, it is determined that the fundamental difference that exists between them is the existence of a conflict, understood as the opposition of interests between the parties. Therefore, the processes of voluntary jurisdiction are not intended to resolve a conflict between the parties, nor to administer justice. Therefore it is not considered as properly jurisdictional, since its purpose is to recognize an act that does not imply a grant of rights, which has been raised voluntarily by the parties.

It then analyzes the processes of voluntary jurisdiction with exclusive jurisdiction of both the notary and the judge, established in article 18 of the Notary Law and article 344 of the COGEP, respectively. In the first case, in relation to the first 28 numerals, a brief comment has been made in relation to notarial competition, and has dealt, separately, the new notarial powers that, since the entry into force of the COGEP have been added to Article 18.

All these considerations have been contrasted in the analysis of comparative law and the study of jurisprudence. Based on this work, competencies have been determined that should have been attributed to notaries, because they fulfill the purpose of the reform, which is to reduce the procedural burden of judges.

Keywords: Contentious Jurisdiction, Voluntary Jurisdiction, Competition, Fifteenth Reform of COGEP, Notary, Conflict, Procedural Charge.



CONTENIDO

RESUMEN.....	2
CONTENIDO	4
CLAUSULA DE DERECHOS DE AUTOR.....	6
CLAUSULA DE PROPIEDAD INTELECTUAL	7
DEDICATORIA	8
AGRADECIMIENTO	9
INTRODUCCION.....	10
CAPITULO 1.....	13
GENERALIDADES JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA	13
1.1 Reseña histórica de la jurisdicción y competencia	13
1.2 Conceptos de jurisdicción y competencia	15
1.3 Jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria	16
1.3.1 La jurisdicción contenciosa	18
1.3.2 La jurisdicción voluntaria.....	20
1.4 Diferencias apreciables entre jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria.	22
CAPITULO II.....	24
JURISDICCIÓN VOLUNTARIA.....	24
2.1 Características de la jurisdicción voluntaria	24
2.2. Análisis del artículo número 18 de la ley notarial	27
2.2.1 Análisis de la disposición reformativa décimo quinta del Código Orgánico General de Procesos.	32
2.2.2 Análisis del artículo número 344 del Código Orgánico General de Procesos	37
2.3 Asuntos no contenciosos que debieron atribuirse a los Notarios	41
CAPÍTULO III.....	48
JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN COMPARADA.....	48
3.1 Jurisprudencia relacionada con la competencia en procesos de jurisdicción voluntaria	48



3.2 Legislación comparada.....	54
3.2.1 España	54
3.2.2 Perú.....	55
3.2.3 Colombia	56
3.2.4 México	57
CAPÍTULO IV	58
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	58
4.1 Conclusiones.....	58
4.2 Recomendaciones.....	62
BIBLIOGRAFÍA.....	63



CLAUSULA DE DERECHOS DE AUTOR



Universidad de Cuenca
Clausula de derechos de autor

ISRAEL SANTIAGO VÁSQUEZ PRÓCEL, autor de la tesis LA COMPETENCIA EN LOS PROCESOS DE JURISDICCION VOLUNTARIA, reconozco y acepto el derecho de la Universidad de Cuenca, en base al Art. 5 literal c) de su Reglamento de Propiedad Intelectual, de publicar este trabajo por cualquier medio conocido o por conocer, al ser este requisito para la obtención de mi título de ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR Y LICENCIADO EN CIENCIAS POLITICAS Y SOCIALES. El uso que la Universidad de Cuenca hiciera de este trabajo, no implicará afección alguna de mis derechos morales o patrimoniales como autor.

Cuenca, noviembre del 2016

ISRAEL SANTIAGO VÁSQUEZ PRÓCEL

C.I: 0104438619



CLAUSULA DE PROPIEDAD INTELECTUAL



Universidad de Cuenca
Clausula de propiedad intelectual

ISRAEL SANTIAGO VÁSQUEZ PRÓCEL autor de la tesis LA COMPETENCIA EN LOS PROCESOS DE JURISDICCION VOLUNTARIA, certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autor.

Cuenca Noviembre 2016

ISRAEL SANTIAGO VÁSQUEZ PRÓCEL

C.I: 0104438619



DEDICATORIA

A mis estimados padres Alfredo y Adriana, quienes me han apoyado durante toda mi vida para que poco a poco cumpla mis objetivos.

A mis hermanos Xavier y Verónica, pues han demostrado ser un ejemplo a seguir.

A mi hijo Joaquín, quien con su existencia cambio la perspectiva que tenia de la vida y ha logrado que sea una mejor persona.

Para todos ustedes con gran respeto y cariño



AGRADECIMIENTO

Agradezco a todo el equipo de trabajo de la Notaria Quinta del cantón Cuenca, en especial a la Dra. María Consuelo Carrasco Piedra, quien me ha apoyado en todo momento, siendo un ejemplo de conocimiento y honestidad.

A mi director de monografía, quien con paciencia y dedicación siempre me brindo sus conocimientos, apoyo y su amistad.

A mi familia pues me apoyaron en todas las decisiones tomadas a lo largo de mi vida, quienes siempre se preocuparon por mi bienestar y me impulsaron para la culminación de la monografía.

A la Universidad de Cuenca, a mi facultad, docentes, y compañeros con quienes compartí los mejores años de mi formación profesional, de los cuales siempre estaré orgulloso.

A todos ustedes mis más sinceros agradecimientos



INTRODUCCION

El presente trabajo de investigación, titulado: **“La competencia en los procesos de jurisdicción voluntaria”**, se ubica en el campo del Derecho Procesal Civil. En particular, se analizará los procesos de jurisdicción voluntaria determinando su competencia por parte de notarios y jueces. En este sentido, se intenta desarrollar los aspectos más importantes y relevantes del tema planteado.

Uno de los grandes problemas que aqueja al sistema judicial ecuatoriano es la inmensa carga procesal que tienen los jueces. Un intento de dar solución a este problema lo constituyen las reformas introducidas por el COGEP, que entre otras cosas, determina nuevas competencias en materia de jurisdicción voluntaria para los notarios. Cumpliendo de esta forma con los principios constitucionales de economía procesal, eficacia y eficiencia en la administración de justicia

Los jueces son funcionarios públicos llamados a solucionar los problemas judiciales entre individuos mediante la interpretación y aplicación de la Carta Magna, leyes y disposiciones generales presentes en la normativa jurídica. Su tarea esencial es la de solucionar conflictos, sin embargo, en el campo de los procesos de jurisdicción voluntaria. Al no haber conflicto los jueces cumplen actos de simple administración, o de jurisdicción impropia.

Jurisdicción proviene del vocablo latín JUS (DERECHO) DICERE (DECLARAR) lo que presupone es dictar el derecho, administrar derecho, según el diccionario de Cabanellas:

La jurisdicción es una potestad exclusiva de los jueces emanada de la soberanía del estado, con lo cual se aplica el derecho.

Por otro lado, la competencia es una facultad que ejerce la jurisdicción dentro de un caso determinado, siendo la jurisdicción el género y la competencia la especie, es necesario hacer una clara diferencia entre estos dos aspectos jurídicos, y en lo posterior tratar el tema de interés que es la competencia en los procesos de jurisdicción voluntaria



La palabra competencia proviene del latín (COMPETERE), que significa “ir al encuentro de”, sin embargo en el tema legal se refiere a estar investido de autoridad y ser idóneo para conocer hechos de carácter legal, en razón de materia, persona, grado, y territorio

En el tema principal se abordará los aspectos referentes a la jurisdicción contenciosa y la jurisdicción voluntaria, cuyo estudio es imprescindible para lograr una mejor comprensión del trabajo; pues, la jurisdicción contenciosa se refiere a los aspectos legales en los cuales existe discrepancia entre las partes, y la jurisdicción voluntaria carece de tal suceso.

El término contencioso se refiere a disputa, batalla, contienda, enfrentamiento, sus acepciones podrían variar desde el ámbito de la guerra hasta el deporte. Se trata de un término usado dentro del Derecho y la Justicia, que se emplea para referirse al conflicto que se establece entre dos o más partes, una Litis pendencia, como el caso de una demanda por el cobro de una letra de cambio, o un juicio por vicios redhibitorios.

En la jurisdicción voluntaria se solicita que el juez intervenga para la resolución de una causa, sin embargo, aquí no existe contradicción entre las partes, aquí surgen algunas preguntas que orientan la investigación.

¿Cómo se podría disminuir la carga laboral de los jueces del Ecuador?

¿Porque si no existe conflicto entre partes ciertas causas llegan a conocimiento de los jueces para ser resueltos?

¿Existe una autoridad diferente a los jueces que tenga la facultad de ejercer la jurisdicción voluntaria?

El primer capítulo de investigación se enfocará en las generalidades de la jurisdicción y la competencia, determinando sus principales características y diferencias que permitan su reconocimiento y fundamento doctrinal. Para ello será necesario revisar sus antecedentes históricos y los conceptos que diferentes autores ofrecen al respecto.



El segundo capítulo se orientará hacia un análisis del artículo diez y ocho de la ley notarial, en donde se realizara un breve comentario acerca de los primeros 28 numerales. Después se tratará de manera más minuciosa las nuevas competencias introducidas por el COGEP .y, finalmente, será menester referirse al artículo 344 del COGEP que determina los casos de jurisdicción voluntaria cuya competencia es exclusiva de los jueces. A partir de este análisis se plantearan casos que debieron ser atribuidas a los notarios como competencias, con la finalidad de disminuir la carga procesal de los jueces.

El tercer capítulo recopila la jurisprudencia relacionado con procesos de jurisdicción voluntaria, que en lo principal determinan el concepto jurisdicción voluntaria, fijando sus límites. Además, se realizara un estudio de derecho comparado con las legislaciones de España, Perú, Colombia y México.

Por último se presentarán las conclusiones y recomendaciones de esta investigación, enfocadas a resaltar los aspectos más importantes de la investigación.



CAPITULO 1

GENERALIDADES JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

1.1 Reseña histórica de la jurisdicción y competencia

La jurisdicción surge de la evolución histórica de la resolución de los conflictos; por ejemplo el código de Hammurabi, preceptos emitidos por el rey de Babilonia, es uno de los escritos más antiguos sobre conjuntos de leyes que se basaba sobre todo en la ley del Talión, aquí fue el rey de quien se veía investido de potestad para resolver los conflictos legales.

El código de Hammurabi es un caso típico de legislación clasista, Hammurabi partió de la diferencia de clases de la sociedad de su época, aprovecho sus concepciones religiosas y su obra sirvió para fomentar el despotismo de los reyes babilonios y de la clase dominante. Hammurabi no transforma ni modifica las relaciones económicas ni jurídicas de ese entonces solo las subordina bajo su poder. (Josef, 2007)

Se nota claramente que la solución de conflictos estaba sometida al criterio del rey.

En los comienzos de la historia de la humanidad la aplicación del derecho fue una función privada de los jefes de familia, en un contexto dominado por la venganza privada y la justicia por mano propia.

En Roma la solución de los conflictos se atribuye a los reyes, por si mismos o a través de funcionarios designados por él. Las personas que solucionaban conflictos se llamaban (arbiters) quienes eran particulares nombradas por las partes para solucionar un conflicto. Los (juders) eran funcionarios imperiales que resolvían conflictos de los particulares.

Estos funcionarios, unos tenían el “imperium merum” y otros gozaban del “imperium mixtum”. Los que tenían el “imperium merum” eran similares a los concejales municipales resolvían problemas menores, se equiparaban a los jueces de paz y jueces reconventionales. Los que tenían el “imperium mixtum”, podían resolver problemas urbanos o de policía así como también potestad para administrar justicia y el derecho en base a la jurisdicción. (Machicado, 2016)

La concentración de los poderes del estado en manos del soberano fue una característica de los pueblos hasta la Revolución Francesa de 1789, la jurisdicción queda vinculada al poder estatal, dando origen al sistema



democrático. El órgano legislativo hace la ley y el órgano judicial la aplica. Con la creación de los estados, la tarea de juzgar pasó a uno de sus poderes, el judicial. Así nació la jurisdicción como emanación de la potestad soberana del estado, como medio de lograr la paz social.

Nuestra carta magna en su Art. 167 prescribe: “La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución” (Constitución de la República del Ecuador, 2014).

El Código de Procedimiento Civil vigente hasta el veinte y tres de mayo del año dos mil diez y seis prescribía en su artículo 1:

Art. 1: “La jurisdicción, esto es, el poder de administrar justicia, consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada, potestad que corresponde a los tribunales y jueces establecidos por las leyes.

Competencia es la medida dentro de la cual la referida potestad está distribuida entre los diversos tribunales y juzgados, por razón del territorio, de la materia, de las personas y de los grados.” (Codigo de Procedimiento Civil, 2014)

La competencia es precisamente la forma como se ejerce la jurisdicción por circunstancias concretas que otorgan facultad al juez para conocer en un asunto determinado, La jurisdicción es el género, mientras que la competencia viene a ser la especie en virtud de que todos los jueces tienen jurisdicción, pues tienen el poder de administrar justicia, pero cada juez tiene competencia para determinados asuntos.

La competencia es el límite que la ley señala para el ejercicio de la jurisdicción a cargo de cada uno de los distintos órganos jurisdiccionales (Arazi). A raíz de la gran cantidad de procesos que se promueven a diario, sería imposible que un solo juez se ocupase de declarar el derecho en todos los casos; por ello es que hay numerosos jueces y todo ese trabajo, todos esos procesos, se dividen entre ellos. Esta división del trabajo, no se hace en forma indiscriminada sino que se realiza en base a una clasificación de los asuntos -según sus características- dándole a cada juez (o grupo de jueces) un mismo tipo de procesos. En base a esto, podemos decir que un juez es competente, cuando ejercita la jurisdicción sobre los asuntos que se le han asignado. De lo dicho, queda en claro que jurisdicción y competencia no son la misma cosa: - Jurisdicción: es la potestad de declarar, de aplicar el



derecho. - Competencia: es la facultad para ejercer la jurisdicción, en un conjunto de asuntos determinados. O sea que. La competencia es la medida en que se puede ejercitar la jurisdicción (Font, 1997)

1.2 Conceptos de jurisdicción y competencia

Según el diccionario de la lengua española jurisdicción “es el poder que tienen los jueces y tribunales para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.” (RAE, 2016)

El Código Orgánico de la Función Judicial en su Art. 150 menciona:

La jurisdicción consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, potestad que corresponde a las juezas y jueces establecidos por la Constitución y las leyes, y que se ejerce según las reglas de la competencia.” (Codigo Organico De la Funcion Judicial, 2014)

Eduardo J. COUTURE (1980) define la jurisdicción como:

La función pública realizada por órgano competente del Estado, con las formas requeridas por ley, en virtud del cual, por acto de juicio y la participación de sujetos procesales, se determina el derecho de partes, con el objeto de dirimir sus conflictos de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución. (pág. 89)

Para Miguel A. FONT. “La jurisdicción es la facultad para declarar el derecho, aplicarlo a casos concretos y hacerlo cumplir, asignada al poder judicial y a sus miembros los jueces.” (Font, 1997)

Kaiser MACHUCA en sus cátedras nos dice:

“La jurisdicción debe entenderse como la función pública y soberana que cumple una actividad complementaria a la legislativa, resolviendo las controversias, cuando la ley ha sido violentada; o de otro modo, es la potestad de administrar justicia encomendada a un órgano soberano del estado, a fin de que resuelva en sentencia los conflictos sometidos a su conocimiento.” (Machuca, 2013)

En consecuencia, se puede considerar a la jurisdicción como: La función pública otorgada a los órganos competentes, para que estos, a través del debido proceso determinen los derechos y las obligaciones de las partes que han sometido a su conocimiento su controversia. Esta facultad también implica



la autoridad para hacer ejecutar lo juzgado, es decir, hacer cumplir lo dispuesto en sentencia.

Según el diccionario de la lengua española competencia “es pericia, aptitud o idoneidad para hacer algo o intervenir en un asunto determinado. Ámbito legal de atribuciones que corresponden a una entidad pública o a una autoridad judicial o administrativa.” (RAE, 2016)

El artículo 156 del Código Orgánico De La Función Judicial sostiene: “Competencia es la medida dentro de la cual la referida potestad está distribuida entre los diversos tribunales y juzgados, por razón del territorio, de la materia, de las personas y de los grados.” (Codigo de Procedimiento Civil, 2014)

Eduardo J. COUTURE: “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 con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución” (Couture, 1958)

Luego, la competencia es la medida de la jurisdicción atribuida a una autoridad en razón del territorio, de la materia, de las personas y de los grados. Es gracias a esta fracción de jurisdicción que el juez de acuerdo a los factores de competencia, que distribuyen la jurisdicción, puede juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

1.3 Jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria

A lo largo de la historia distintas legislaciones catalogan en su marco jurídico varios tipos de jurisdicción, como doctrina la legislación ecuatoriana reconoció en su Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano vigente hasta mayo del año 2016:

Art. 3.- La jurisdicción es voluntaria, contenciosa, ordinaria, preventiva, privativa, legal y convencional.



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.

Jurisdicción contenciosa es la que se ejerce cuando se demanda la reparación o el reconocimiento de un derecho.

Jurisdicción ordinaria es la que se ejerce sobre todas las personas o cosas sujetas al fuero común.

Jurisdicción preventiva es la que, dentro de la distribución de aquella, radica la competencia por la anticipación en el conocimiento de la causa.

Jurisdicción privativa es la que se halla limitada al conocimiento de cierta especie de asuntos o al de las causas de cierta clase de personas.

Jurisdicción legal es la que nace únicamente de la ley.

Jurisdicción convencional es la que nace de la convención de las partes, en los casos permitidos por la ley. (Codigo de Procedimiento Civil, 2014)

La potestad de administrar justicia es una sola, pero su forma de manifestarse es variada conforme el ejercicio del juez, en lo establecido el Art. 3 antes mencionado, se observa que no se ha ponderado una jerarquía entre sus clases ya que se empieza mencionando la jurisdicción voluntaria, siendo la contenciosa la mejor exteriorización de la función que cumple el juez al administrar justicia.

Al analizar la jurisdicción contenciosa y la jurisdicción voluntaria claramente se aprecia una diferencia que considero hay que resaltar y es el hecho de que en la primera existe un conflicto actual y determinado entre partes mientras que en la segunda no existe conflicto pero podría llegar a establecerse uno. El conflicto de intereses consiste en su incompatibilidad, en el sentido de que la satisfacción de la necesidad que corresponde a uno de los intereses, excluye o por lo menos limita la satisfacción del otro.

Francesco CARNELUTTI en su obra Instituciones del Proceso Civil nos explica:

Cuando los intereses pertenecen a personas distintas (conflicto intersubjetivo), su incompatibilidad constituye un peligro, pero no todavía un daño para la paz, ya que puede ocurrir o que uno de los interesados tolera la



insatisfacción o entre ellos medie un acuerdo. El peligro se transforma en daño cuando, no verificándose ninguna de las hipótesis recién imaginadas, los interesados pasen a ser contendientes, en cuanto cada uno de ellos exige que se satisfaga su interés. (CARNELUTTI, S/FP)

El autor citado muestra claramente que al existir contendientes se exige con mayor urgencia una reglamentación jurídica, que tenga por sobre las demás, una prevalencia práctica, es decir aplicando una jurisdicción contenciosa que resuelva en derecho tal conflicto, dejando de un lado a la jurisdicción voluntaria.

1.3.1 La jurisdicción contenciosa

Es típicamente represiva, haciendo que la contienda cese, y se arregle en derecho. El estudio del proceso contencioso desde el punto de vista funcional compromete, la resolución de conflictos entre partes. El conflicto actual de intereses se denomina Litis. Al configurarse tal hecho necesariamente existen dos individuos que se encuentran en oposición los cuales se llaman dentro del proceso “Las Partes” y a cada uno de ellos necesariamente se agrega una pretensión, reclamación, una petición al juez, que puede ser propuesta por quien tiene el derecho o quien se cree asistido por no tenerlo. Francesco CARNELUTTI en su obra Instituciones del Proceso Civil sostiene: “Se comprende que quien propone una pretensión, afirmando la razón de ella, hace valer un derecho allí la pretensión se resuelve en hacer valer un derecho y el derecho se propone como objeto de la pretensión” (CARNELUTTI, S/FP) Al existir Litis es necesario contar con una autoridad investida de poder (jurisdicción) para que resuelva en derecho sobre la contienda legal que llevo a su conocimiento. Pues se determina que la función esencial de los jueces es la de administrar justicia.

Jurisdicción significa declarar el derecho pero la actividad jurisdiccional presupone mucho más, al existir la controversia, el juez tiene que tomar conocimiento de la causa, se instruye con hechos y derecho, conforme la valoración que obtenga durante el trayecto del proceso, emite su juicio en base a sentencia, si es que el obligado a cumplir la sentencia no lo hace, la actividad



jurisdiccional también comprende la ejecución forzada de la sentencia. Para todo esto la jurisdicción cuenta con elementos propios. El tratadista **Miguel Ángel FONT** en su guía de estudios derecho procesal civil indica dos potestades importantes de la jurisdicción **A) LA DECISION**; que es el poder del juez para declarar el derecho y por otra parte **B) EL IMPERIUM**; que el poder del juez para hacer que la fuerza pública ejecute sus resoluciones, a raíz de estas dos potestades derivan cinco elementos que a su vez desarrollan la actividad jurisdiccional; **1) la Notio**; que es la cognición de causa y hechos, **2) la Vocatio**; facultad del juez para llamar a las partes al proceso, **3) el Coertio**; como facultad de utilizar la coerción para cumplir el fin del proceso, **4) la Iudicium**; que opera como la facultad de establecer una sentencia con carácter de cosa juzgada, **5) la Executio**; él juez tiene facultad de hacer cumplir la sentencia recurriendo incluso a la fuerza pública.

Juicio es la contienda legal sometida a los jueces y/o tribunales de justicia para que sea resuelta en base al derecho. Es la acción y efecto de juzgar, designa también el acto procesal público en el que las partes, exponen ante el juez los distintos argumentos en defensa de sus intereses. Si existe contienda entonces la potestad que tiene el juez para administrar justicia es contenciosa

Se conoce como traba de la Litis, aquel momento procesal que se produce cuando se entabla la demanda, se traslada la misma al demandado y éste la contesta, fijándose a partir de ese momento los términos del reclamo, las excepciones y defensas opuestas, sobre lo que se reproducirán pruebas si y sobre lo que el juez deberá decidir mediante la sentencia, lo cual le dará el carácter de cosa juzgada.

La imposibilidad de discutir en un procedimiento judicial un asunto que previamente ya fue resuelto en otro proceso anterior, o sobre el cual no existe manera de interponer recurso alguno se le llama cosa juzgada, característica que sucede con frecuencia en la jurisdicción contenciosa mas no en la voluntaria.

Como regla general, un nuevo juicio que reúna iguales calidades en todos sus elementos no puede ser discutido nuevamente, salvo excepciones



puntuales y justificadas que más adelante trataremos, sin embargo es necesario distinguir entre cosa juzgada formal y cosa juzgada material, distinción generalmente aceptada por la doctrina y la legislación de influencia romanista:

Cosa juzgada formal.- Es la imposibilidad jurídica de acceder a recursos ante determinado resultado procesal; la cosa juzgada formal no resuelve el fondo del proceso, el objeto mismo de la Litis sino únicamente las excepciones dilatorias, aquellas excepciones que extinguen en todo o en parte la pretensión a que se refiere la demanda. Nada impide que subsanadas dichas excepciones pueda tratarse nuevamente la causa de fondo de la Litis en un nuevo proceso.

Cosa juzgada material.- Es la imposibilidad jurídica de iniciar un nuevo proceso sobre la causa que goce de esta calidad; dicha calidad impide casi de manera absoluta un nuevo tratamiento, la sentencia adquiere un resultado definitivo frente al órgano jurisdiccional que la dictó, como frente a los demás órganos jurisdiccionales, los cuales no solo están impedidos expresamente de conocer el fallo sino de rever sus resultados. La prohibición alcanza también a los sujetos del proceso quienes no pueden ejercer su derecho de acción nuevamente sobre el mismo supuesto.

1.3.2 La jurisdicción voluntaria

En la antigüedad se denominaba jurisdicción voluntaria a los procedimientos judiciales seguidos sin oposición de partes en donde la decisión del juez no causa perjuicio a persona conocida. Y añaden que son procesos voluntarios porque necesitan la intervención de un juez para perfeccionarse.

Al no existir controversia la actividad jurisdiccional se limita a que el juez solo autentique, verifique, o legitime un acto, un hecho o un negocio jurídico; como ejemplo la inscripción tardía de un nacimiento, al no haber conflicto el juez en principio poco tiene que ver con la actividad jurisdiccional propiamente dicha, es decir el hecho de resolver conflictos, por eso solo resuelve sobre peticiones dirigidas a su mando, donde claramente el que interviene no debe ser “una parte” sino más bien un “peticionario”, lo cual implica que tal evento podría ser



resuelto no por un juez necesariamente sino por cualquier otro organismo investido de autoridad para dotar de certeza a los actos jurídicos “Los Notarios”

Se establece como jurisdicción voluntaria por que se presenta cuando a contrario de la contenciosa no existen diferencias que remediar en juicio, sino sólo el interés de uno o varios particulares sean personas naturales o jurídicas en el que se necesita que la autoridad con jurisdicción intervenga, o bien cuando la ley expresamente ordena la intervención del juez o autoridad para autorizar algún acto, tal y como sucede en el caso de la enajenación de bienes inmuebles propiedad de menores, mismos que como es sabido son considerados por la legislación como inhábiles para disponer de dichos bienes, luego, es necesario que un juez, en el caso específico, de lo familiar previo el estudio respectivo, autorice o desautorice la enajenación. Pero en todo caso no existe, al menos de inicio, conflicto entre partes, de ahí que se le denomine voluntaria.

Eduardo J. COUTURE sostiene al respecto que “La jurisdicción voluntaria no es ni jurisdicción ni voluntaria porque en muchos de los casos la intervención del juez se haya impuesta por la ley bajo penas o sanciones de índole pecuniaria o privación del fin esperado. Por otro lado los códigos latinoamericanos organizan en un título o libro (especial) los procedimientos de esta índole, se hallan un abigarrado (confuso) conjunto de previsiones de la más diversa naturaleza. Por lo que en razón del método científico es necesario hacer una sistematización de estos procedimientos, y así saber en qué consisten materialmente.” (Couture, 1958)

El doctor Kaiser MACHUCA establece al respecto “Generalmente esta jurisdicción nace de la solicitud de una o más personas que requieren legalizar una actuación, o dar nacimiento a un estado jurídico, por lo que la resolución que dicta el juez no tiene fuerza de cosa juzgada material, y puede ser revisada en un procedimiento contencioso. A criterios de algunos tratadistas constituye una actividad meramente administrativa, porque por su naturaleza no se suscita contradicción. Sin embargo la jurisdicción voluntaria puede tornarse



contenciosa desde que se produce contradicción en las pretensiones de las partes.”

El Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano vigente hasta mayo del 2016 en su Art. 4 establecía: “La jurisdicción voluntaria se convierte en contenciosa, desde que se produce contradicción en las pretensiones de las partes. Concluido el procedimiento voluntario mediante auto o sentencia, o realizado el hecho que motivó la intervención del juez, cuando no haya habido necesidad de aquellas providencias, no cabe contradicción. En estos casos los interesados pueden hacer valer sus derechos por separado, sin perjuicio de los efectos de lo ordenado en el ejercicio de la jurisdicción voluntaria, hasta que se aceptare la contradicción.” (Codigo de Procedimiento Civil, 2014)

1.4 Diferencias apreciables entre jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria

- En la jurisdicción contenciosa existe el principio de dualidad de partes, es decir actor y demandado, por ende una contradicción, y el juez resuelve sobre aquella, en la jurisdicción voluntaria no hay partes sino más bien peticionario, con la posibilidad de que exista un peticionado llamado a intervenir en el proceso, el juez resuelve la petición.
- En la jurisdicción contenciosa existe un proceso perfecto de conflicto de intereses sometido a un juez (juicio) por lo que se da una participación completa del órgano judicial donde se ejerce plenos poderes y deberes procesales. En la jurisdicción voluntaria aun que existe un proceso este no se asimila a un juicio, por más que tenga formalidades no existe litigio, por lo que estaríamos frente a un expediente judicial y no frente a un juicio.
- En la jurisdicción contenciosa se da la traba de la Litis, acción y excepción, en la jurisdicción voluntaria no existe Litis, pero puede llegar a formarse una.



- Las resoluciones emitidas que se dictan en la contenciosa, producen efecto de cosa juzgada material, salvo en los casos de alimentos o tenencia, en la voluntaria no se da, ya que en esta no existe un derecho en litigio, únicamente se constituyen estados jurídicos, se da vida a ciertos actos administrativos relacionada con la actividad jurídica de los particulares.
- Las resoluciones tomadas en la jurisdicción contenciosa son motivadas y con conocimiento de causa, requieren de la valoración de las pruebas actuadas, en la jurisdicción voluntaria no es necesaria una motivación profunda, el juez se remite a pruebas breves y sumarias de cualquier clase o especie que se aportaron sin contradicción
- La jurisdicción voluntaria podría convertirse en jurisdicción contenciosa si dentro del proceso se produce contradicción entre los peticionarios
- En la jurisdicción contenciosa preexiste el derecho controvertido sometido a la resolución de un juez, por lo general en la jurisdicción voluntaria el juez asiste a la creación de un derecho
- La jurisdicción contenciosa constituye la regla general en la actuación de los jueces, mientras que la voluntaria existe como excepción para ciertos casos
- A la jurisdicción contenciosa se la conoce como propiamente dicha, mientras que la jurisdicción voluntaria se la llama de simple administración
- El acto que da inicio a la jurisdicción contenciosa es la demanda mientras que el de la jurisdicción voluntaria es solicitud o petición
- El acto terminal de la jurisdicción contenciosa es la sentencia mientras que en la jurisdicción voluntaria es una resolución



CAPITULO II

JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

2.1 Características de la jurisdicción voluntaria

Lo más notable que distingue a la jurisdicción voluntaria de la contenciosa es la carencia de partes litigantes, ya que las designaciones de actor y demandado se dan solo en el hecho de un conflicto de intereses. Se podría decir que la jurisdicción contenciosa es el verdadero ejemplo de la aplicación jurisdiccional, mientras que la jurisdicción voluntaria es una actividad accidental, y esporádica que la realizan los jueces u otros organismos del estado, y ya que carece del elemento esencial con la que cuenta la contenciosa (controversia), esto le impide ser llamada como jurisdicción propiamente dicha.

Hugo ROCCO: “establece que la jurisdicción voluntaria no es propiamente actividad jurisdiccional, al contrario es una actividad administrativa, confiada a órganos jurisdiccionales por lo que esto es el verdadero signo distintivo entre la jurisdicción propiamente dicha y la voluntaria por lo que las otras definiciones son inexactas” (ROCCO, 1939)

Adolfo MALDONADO: sostiene que los caracteres de la jurisdicción voluntaria según MORTARA son: 1) no es necesariamente inherente a la función jurisdiccional pues podría ser ejercida por otros órganos en virtud de que se trata de actos de gobierno. 2) en el ejercicio de la jurisdicción voluntaria no se declaran derechos ni se sancionan obligaciones con garantía de ejecución, sino que se realiza una tutela casi paternal de intereses particulares. 3) las resoluciones son tomadas no en sentido estricto de legalidad, sino más bien según sentido de conveniencia y de oportunidad. 4) El objetivo de la jurisdicción voluntaria es solo el patrimonio o la persona del requirente o su representado y nunca el patrimonio de la persona de otro, razón por lo cual una resolución no puede ser ejecutada coercitivamente ni sobre los bienes ni sobre la persona de un tercero.” (Mortara, 1947)



Si bien ha existido controversia sobre los temas referentes a la jurisdicción voluntaria muchos autores comentan al respecto Salvatore SATTA “sostiene que la jurisdicción voluntaria tiene por objeto la tutela de un interés privado, por lo cual no sería administración ya que esta se encarga de intereses públicos y no de intereses privados. “DE MARINO concluye: “la jurisdicción contenciosa y la voluntaria tienen elementos de un sustrato común, que es la actuación del derecho objetivo en el caso concreto para la tutela de intereses particulares reconocidos por el mismo derecho por obra de un órgano estatal imparcial, y siendo precisamente este sustrato común la definición de jurisdicción generalmente admitida, la jurisdicción voluntaria debe estimarse verdadera jurisdicción. “Francesco CARNELUTTI distingue entre "proceso contencioso" y "proceso no contencioso", entendiendo que en la primera existe un conflicto actual, mientras que en el segundo un conflicto eventual. Por lo tanto, la función jurisdiccional en la primera es de carácter represiva y en la segunda es preventiva.

El carácter esencial de la jurisdicción voluntaria está vinculado con el fin de brindar una tutela y protección de los derechos para particulares en cierta forma porque existen actos que deben cumplir formalidades para su perfeccionamiento, por ejemplo la venta de participaciones de una compañía que se tienen que hacer mediante una escritura pública, o como ejemplo enajenación de bienes de menores, o posesión efectiva de bienes etc. La misma finalidad de protección se puede apreciar en los actos de protocolización, documentación, y registro. Como por ejemplo hacer valer las decisiones de un difunto que ha dejado un testamento.

Por lo tanto, el fin que el estado persigue es proteger y asegurar derechos privados de particulares ejerciendo una especie de administración de derecho privado dotando de solemnidad, a los actos, contratos, negocios jurídicos, brindado así seguridad jurídica, y contribuyendo con la descarga laboral de jueces.



¿Cómo influyen estos procesos de jurisdicción voluntaria en la carga procesal de los jueces?

Queda claro que solo los jueces ejercen la jurisdicción, sin embargo, debido a que deben conocer procesos de jurisdicción voluntaria su carga procesal aumenta. Por ello, con la finalidad de liberar de carga procesal, para que puedan resolver oportunamente los asuntos controvertidos, se ha otorgado de manera exclusiva varios procesos de jurisdicción voluntaria a las Notarías. Este órgano auxiliar de la función Judicial, no ejerce jurisdicción, pues, de ninguna forma puede administrar justicia. Su función es la de dar fe pública. Junto a las notarías existen otros órganos auxiliares de la función judicial como los martilladores o los depositarios judiciales, todos ellos llamados a descargar el trabajo de los jueces y ha solemnizar actividades de la administración de justicia.

Desde el principio de la humanidad el hombre ha buscado la manera adecuada, para dotar de un carácter formal a sus distintas actividades y diligencias; dentro de este sin número de actividades se encuentran aquellos procesos que llegan a conocimiento de los jueces en los cuales no existe litigio o contraposición entre partes, a estos los llamamos procesos de jurisdicción voluntaria.

Al no existir litigio no significa que la jurisdicción voluntaria sea menos importante. Los jueces al ejercitar la jurisdicción contenciosa como voluntaria acumulan procesos que resolver, ya sea una controversia entre partes o una solicitud o requerimiento, lo cual significa carga laboral, por lo que se delega la resolución de estos a distintos organismos públicos como es el caso de los notarios, con el fin de descongestionar los despachos judiciales, y dotar de agilidad y eficiencia al momento de presentarse contiendas legales o requerimientos.

Es por esto que aparece el derecho notarial como una rama del derecho destinada a regular y dotar de certeza los hechos, actos, contratos,



instrumentos los mismos que a efectos llegan al notario para su fe pública y subsecuente protocolización.

El Código Orgánico De La Función Judicial en el art. 296 prescribe: “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 notarías 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.”

Mediante este artículo se aprecia que es el estado quien entrega plena potestad a los notarios para resolver y/o autorizar actos y contratos y demás documentos a petición de parte, dotándoles de fe pública en sus actuaciones. sin embargo no tienen la facultad para administrar justicia.

La función notarial, no obstante su importancia y garantía para el desenvolvimiento de los negocios jurídicos, se rige en nuestro país por disposiciones constantes en diversas leyes. Por lo que el país cuenta con una Ley que regula no sólo la función notarial y el instrumento público, sino también la organización de los Depositarios de la fe pública.

2.2. Análisis del artículo número 18 de la ley notarial

Al iniciar el análisis de esta norma es necesario referirse al art. 425 de la Carta Magna, el cual establece un orden jerárquico para la aplicación de las normas del ordenamiento jurídico.

Art. 425.- La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos. En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior. La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias



exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados. (Constitución de la República del Ecuador, 2014)

Este principio de jerarquía constitucional implica que las disposiciones constantes en la Constitución prevalecen sobre cualquier otra norma del ordenamiento jurídico. Por ello, antes de analizar las atribuciones notariales, es pertinente referirse a la regulación del servicio notarial que determina la Constitución. El artículo 199 de la Constitución establece que los servicios notariales son públicos e impone que las remuneraciones de los notarios serán fijadas por el Consejo de la Judicatura. Por su parte el artículo 200 define a los notarios como los depositarios de la fe pública y, además, establece los requisitos para ejercer este cargo.

El Notario es, ante todo, un servidor público y a pesar que debe ser un conoedor del derecho, requisito indispensable para ejercer la función, su papel principal es el de dar fe pública. La principal diferencia entre el notario y el juez radica en que el primero no puede administrar justicia, por ello, las competencias notariales se limitan a casos de jurisdicción voluntaria en donde el conflicto es inexistente. Estas atribuciones asumidas por los notarios descongestionan la carga procesal que a diario los jueces deben conocer, permitiendo, finalmente, mejorar el sistema de justicia, logrando la celeridad en el despacho de las causas.

El actual artículo 18 de la Ley Notarial enumera treinta y siete atribuciones notariales, artículo en el cual se incluye con énfasis en la palabra exclusivas, por lo tanto, determinan aquellos actos, contratos, o negocios jurídicos que llegan por ley a conocimiento de los notarios. Luego, es necesario analizar brevemente cada una de sus atribuciones.

El numeral 1 establece que los notarios tienen la facultad para autorizar actos y contratos suscribiendo las correspondientes escrituras. Esta atribución pone de relieve el carácter de fe pública que tiene el notario, además, de la necesidad de solemnizar determinados contratos, como, por ejemplo, el contrato de compra venta de un bien inmueble, que siempre debe hacerse a través de escritura pública.



El numeral 2 se refiere a la capacidad de los notarios para llevar un protocolo e incorporar a él documentos públicos o privados, a petición de parte o por orden judicial.

El numeral 3 dictamina que como parte de su función de dar fe pública el notario puede autenticar las firmas puestas ante él en cualquier documento que no sea escritura pública.

El numeral 4 se refiere a los casos de muerte presunta, en donde una de las atribuciones de los notarios consiste en dar fe acerca de la supervivencia de las personas naturales.

El numeral 5 abarca la capacidad de dar fe mediante copias que le han sido presentadas en relación a su autenticidad con los documentos originales, en estos casos, el notario siempre deberá conservar una copia en sus registros.

El numeral 6 presenta otra de sus atribuciones que es la de levantar protestos por falta de aceptación o de pago en las letras de cambio o pagarés.

El numeral 7 faculta a los notarios para intervenir en remates y sorteos, acto que deberá ser incorporado al libro de diligencias.

El numeral 8 establece que el notario puede conferir extractos en los casos previstos en la ley.

El numeral 9 determina como una de las atribuciones notariales la de practicar el reconocimiento de firmas.

El numeral 10 se relaciona con el patrimonio familiar, en donde el notario tiene la competencia para receptar la declaración juramentada del titular del dominio con la intervención de dos testigos idóneos, en la que se declare extinguido o subrogado dicho patrimonio familiar, de acuerdo a las disposiciones legales.

El numeral 11 también se refiere a la recepción de una declaración juramentada, que debe contar con dos testigos idóneos, en la que se establezca que la persona que va a donar un bien tenga suficientes bienes



adicionales que garanticen su subsistencia. Y este documento será suficiente habilitante para realizar la donación.

El numeral 12 se refiere a la declaración en el caso de que una persona se creyera con derecho a la sucesión de una persona difunta, para lo cual habrá que presentarse la partida de defunción y otras que justifiquen la relación que los hace herederos del causante. A través de esta declaración el notario concederá la posesión efectiva de los bienes proindiviso, la misma deberá constar en acta notarial y será inscrita en el registro de la propiedad o el registro mercantil correspondiente según el caso

El numeral 13 faculta al notario para tramitar la solicitud de disolución y liquidación de la sociedad conyugal o la sociedad de bienes por mutuo acuerdo. Para ello será necesario que primero se realice el reconocimiento de firmas, con la presentación de la partida de matrimonio o el acta de unión de hecho. El notario debe convocar a una audiencia de conciliación para lo cual fija diez días posteriores a la fecha de la petición, en donde la voluntad de disolver la sociedad conyugal deberá ser ratificada por las partes y, en consecuencia, se inscribirá en el registro civil correspondiente.

El numeral 14 establece la competencia del notario para autorizar la venta en remate voluntario de bienes raíces de personas menores que tengan libre administración de sus bienes.

El numeral 15 dictamina que el notario puede receptor informaciones sumarias y de nudo hecho.

El numeral 16 incluye como atribución de los notarios la capacidad para sentar razón probatoria de la negativa de recepción de documentos o de pago de tributos por parte de los funcionarios públicos o agentes de recepción.

El numeral 17 se refiere a la competencia de los notarios para protocolizar las capitulaciones notariales, inventarios solemnes, poderes especiales y revocatoria de poderes que los comerciantes otorgan a sus factores y dependientes.



El numeral 18 se refiere a la diligencia notarial que el notario debe practicar como requerimiento para el cumplimiento de la promesa de un contrato, como por ejemplo, la entrega de la cosa debida.

El numeral 19 determina que el notario tiene competencia para la apertura de testamentos cerrados, procedimiento que seguirá lo dispuesto por el código civil.

El numeral 20 faculta al notario para proceder al registro de firmas de funcionarios y representantes de personas jurídicas, este acto otorgará autenticidad a los documentos que contengan la firma registrada.

El numeral 21 permite al notario autorizar actos de amojonamiento y deslinde en sectores rurales, siempre que exista acuerdo entre las partes y su objeto sea el restablecimiento de linderos que por diversas circunstancias no estuvieran claros.

El numeral 22 determina que los notarios pueden tramitar divorcios por mutuo consentimiento siempre y cuando no existan hijos menores de edad o bajo su dependencia. En consecuencia los cónyuges deberán expresar bajo juramento su voluntad de separarse así como que no existen hijos menores.

El numeral 23 faculta a los notarios para proceder a la liquidación de bienes de la sociedad conyugal, siempre que exista acuerdo entre las partes, y se realizará mediante escritura pública, el acuerdo al que llegan las partes se publicara en un diario de mayor circulación nacional, transcurrido veinte días posteriores a la publicación deberá realizarse el acta notarial de la liquidación, la misma que deberá ser inscrita en los correspondientes registros.

El numeral 24 determina que el notario tiene la facultad para autorizar la emancipación voluntaria del hijo adulto de acuerdo a lo dispuesto por el código civil.

El numeral 25 faculta al notario para tramitar la petición de declaratoria de interdicción para administrar los bienes de una persona declarada por sentencia ejecutoriada reo.



El numeral 26 dictamina que el notario puede solemnizar la declaración de los convivientes sobre la existencia de la unión de hecho.

El numeral 27 establece que el notario puede declarar la extinción del usufructo con la justificación material que corresponda y de acuerdo a las normas determinadas por el código civil.

El numeral 28 faculta al notario para practicar mediante diligencia las notificaciones de traspaso o cesión de derechos o créditos personales, la misma que puede realizarse personalmente o a través de tres boletas.

Estos primeros 28 numerales determinados por el artículo 18 de la ley notarial implican el otorgamiento de competencias exclusivas a los notarios en el ámbito de la jurisdicción voluntaria, de manera que, los notarios como agentes auxiliares de la función judicial contribuyen, al asumir estas competencias, a la descongestión de la carga procesal que soportan los jueces. Por la particular importancia que tienen el resto de numerales en la descongestión de la carga procesal es importante tratar de forma más minuciosa el resto de numerales contenidos en la reforma décimo quinta del COGEP.

2.2.1 Análisis de la disposición reformativa décimo quinta del Código Orgánico General de Procesos.

Con la entrada en vigencia del COGEP se dispuso que los actos de jurisdicción voluntaria constantes en el artículo 18 de la ley notarial pasen a ser competencia exclusiva de los notarios. Además, se reformó el susodicho artículo añadiendo nueve atribuciones a los notarios, sumando de esta forma un total de 37. El objetivo de estas reformas legales no es otro que el de disminuir la carga procesal que tienen los jueces, que ha sido un problema constante en el sistema de justicia. Por ello se otorga la capacidad a un órgano auxiliar de la justicia para que, de manera exclusiva, sean los encargados de realizar determinados trámites referidos a actos o hechos no controversiales. Por ser materia nueva de estudio para los notarios se analizará cada una de las nuevas atribuciones notariales como parte de la jurisdicción voluntaria.



“29.- Aprobación de la sociedades civiles y mercantiles y demás actos atinentes con su vida jurídica y oficiar al registro mercantil para su inscripción, cuando no corresponda a la superintendencia de compañías y valores” (Ley Notarial, 2016).

Análisis: Esta competencia implica dos funciones del notario. En primer lugar el notario debe aprobar la constitución y demás actos mercantiles de las sociedades que no correspondan a la superintendencia de compañías. La otra función consiste en oficiar al registro mercantil acerca de la creación de una nueva sociedad.

Con respecto a las sociedades civiles y mercantiles el artículo 1968 del Código Civil establece que estas pueden ser: colectiva, en comandita o anónima. De ellas el notario tiene competencia exclusiva sobre la compañía colectiva y en comandita simple, por ser sociedades cuyo control no corresponden a la superintendencia de compañías. En consecuencia, esta facultad que antes de la reforma correspondía al juez de los civil se traslada al notario para que sea este el que se encargue de su constitución.

Después de la constitución de la compañía de acuerdo a los requisitos legales, el notario debe oficiar al registro mercantil en razón de lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 30 del Código de Comercio.

En definitiva, la atribución de aprobar sociedades civiles y mercantiles, determinada en el numeral 29 de la Ley Notarial evita que este trámite se realice ante los jueces, dándole mayor celeridad.

“30.- Autorizar la inscripción de matrículas de comercio en el registro pertinente” (Ley Notarial, 2016).

Análisis: En torno a esta atribución se puede afirmar que la inscripción de matrículas de comercio es una obligación de las personas que quieran ejercer el comercio, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 22 del Código de Comercio, el comerciante deberá presentar la solicitud por escrito haciendo constar los siguientes datos.



- Giro del negocio que va a emprender.
- Lugar donde va a establecerse, el nombre o razón con la que ha de girar.
- Modelo de la firma que usará.
- Si intenta ejercer por mayor o menor la profesión mercantil.
- Capital que se destina a ese comercio.

Por último, es necesario resaltar que esta petición debe contar con el patrocinio de un abogado. El hecho de otorgar esta competencia al notario se debe a la naturaleza misma del trámite que no constituye una acción controversial.

“31.- Requerir a la persona deudora para constituirla en mora, de conformidad con el artículo 1567 del código civil” (Ley Notarial, 2016)

Análisis: La constitución en mora tiene especial relevancia en determinados contratos cuyo objeto es el cumplimiento de una deuda. En este sentido el artículo 1567 del Código Civil determina los casos en los que el deudor puede ser declarado en mora.

Art. 1567.- El deudor está en mora:

1. Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado , salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirle en mora
2. Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo , y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla; y,
3. En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor. (Codigo Civil, 2016)

De las causas enumeradas, es diáfano que la competencia del notario se refiere a la excepción del numeral 1. En consecuencia, cuando se trate de contratos que por el simple hecho de haberse cumplido el plazo, la ley determine que no basta para constituir al deudor en mora; será necesario que ante el notario se requiera a la parte deudora con la finalidad de declararlo en mora.



“32: Receptar la declaración juramentada sobre el estado civil de las personas, cuando estas las requieran, para el objetivo de tramitar la posesión notoria de estado civil” (Ley Notarial, 2016).

Análisis: Estas declaraciones juramentadas deben realizarse de la misma forma que cualquier otro tipo de declaración juramentada. Además, en el acta que recoja dicha declaración será conveniente añadir su objeto y su uso.

“33: Tramitar la caución e inventario en el usufructo, para determinar que esta sea suficiente para la conservación del bien que se trate y para el inventario solemne” (Ley Notarial, 2016).

Análisis: Esta competencia notarial se fundamenta en el artículo 789 del Código Civil, que establece la obligación de prestar caución en el usufructo. Si se considera que el derecho de dominio está compuesto por el derecho de uso, goce y disposición; queda claro que el usufructo se refiere a los dos primeros. En consecuencia, previo a constituirse el derecho de usufructo, siempre que el usufructuario sea un extraño frente al nudo propietario, se deberá realizar un inventario solemne y prestar una caución que garantice la conservación y restitución de la cosa dada en derecho de usufructo. Es en este caso en el que el notario deberá determinar que la caución sea suficiente para la conservación de tales bienes.

Sin embargo, frente a esta necesidad de rendir caución existen excepciones contempladas en el propio Código Civil, que son las siguientes:

- Por voluntad del constituyente o del propietario.
- El donante que se reserva el usufructo de la cosa donada; sin embargo, si el donante cede a un tercero el usufructo, esta cesión no se podrá perfeccionar sin la autorización notarial.
- Al notario le corresponde: calificar y autorizar la caución:
- La caución puede consistir en: fianza, prenda, hipoteca, pólizas de fidelidad o garantías bancarias
- Si se trata de fianza, el usufructuario debe presentar el contrato de fianza, en la que conste la obligación asumida por el fiador como también los certificados respecto de la capacidad económica del fiador.



- Si se trata de prenda o hipoteca, le corresponde al notario calificar la caución. El notario deberá apreciar en primer lugar el avalúo real del inmueble mediante un informe pericial realizado por uno de los peritos calificados por el consejo de la judicatura.
- Si son pólizas de fidelidad o garantías bancarias, determinado el monto se procederá a solicitar a la respectiva institución financiera o de seguros.
- Cumplidos estos requisitos podrá autorizar la caución

“34.- Solemnizar la designación de administrador común, mediante declaración de las partes, lo que se legalizará con la correspondiente petición y reconocimiento de firma de los solicitantes” (Ley Notarial, 2016).

Análisis: Esta competencia a los propietarios de un bien proindiviso designar un administrador común, en consecuencia, la petición debe realizarse con la intervención de todos los propietarios del bien. Los mismos que deberán expresar su voluntad de designar como administrador a uno de los copropietarios, para lo cual se practicará el reconocimiento de firma de los solicitantes

“35.- Solemnizar el desahucio, de acuerdo a lo previsto en la Ley de Inquilinato y el Código Civil” (Ley Notarial, 2016).

Análisis: El desahucio entendido como la notificación que hace el arrendatario al inquilino en la que comunica la terminación del contrato de arrendamiento por alguna de las causales determinada en el propio contrato o en la ley. Se registrará en el arrendamiento de predios urbanos por las disposiciones de la ley de Inquilinato y, de predios rurales, por las normas del Código Civil.

La ley de Inquilinato establece que el desahucio procede únicamente por transferencia de dominio del bien inmueble, por cumplimiento del plazo, por demolición. En la transferencia de dominio es el nuevo propietario quien, dentro de los 30 días posteriores a la inscripción de la escritura en el registro de la propiedad, deberá notificar con el desahucio la terminación del contrato de arrendamiento. El arrendador dispondrá de noventa días para abandonar el



bien inmueble. Igual plazo se aplica para el desahucio por demolición, que tiene que hacerse tres meses antes de la fecha fijada para la demolición.

En referencia al desahucio por plazo cumplido, el arrendador tiene la obligación de notificar al inquilino por lo menos 90 días antes del cumplimiento del plazo. De lo contrario se entenderá, por una sola vez, que el contrato se extiende por un año más.

“36.- Inscribir contratos de arrendamiento, cuyo canon exceda de un salario básico unificado del trabajador en general, para lo cual cada notario llevara un archivo numerado y cronológico” (Ley Notarial, 2016).

Análisis: Otra de las competencias notariales relacionadas con los contratos de arrendamiento es la de llevar un registro de aquellos cuyo canon arrendatario supere el salario básico. Esto implica que para que los contratos de arrendamiento que cumplan con esa condición deben ser inscritos necesariamente en una notaría. De esta forma se traslada al notaria una competencia que antes estaba a cargo de otras instituciones

“37 Solemnizar la partición de los bienes hereditarios mediante la declaración de las partes, lo que se legalizará” (Ley Notarial, 2016).

Análisis: Por último, está la competencia que tiene el notario para solemnizar la partición de bienes siempre y cuando exista acuerdo voluntario por parte de todos los herederos. Cuando se trate de bienes inmuebles la partición debe hacerse por escritura pública para lo cual se presentará la posesión efectiva, el testamento si lo hubiere, el pago del impuesto a la herencia o donación y los documentos que prueben la propiedad de los bienes del causante.

2.2.2 Análisis del artículo número 344 del Código Orgánico General de Procesos

A pesar de que la jurisdicción voluntaria notarial abarca aquellas relaciones no controversiales, no todos los casos de jurisdicción voluntaria son competencia de los notarios. Existen procesos, que al tener que resguardar



derechos, deben tramitarse ante el respectivo juez. El artículo 334 del COGEP determina los casos que serán de exclusiva competencia de los jueces.

Art. 334.- Procedencia. Se considerarán procedimientos voluntarios, con competencia exclusiva de las o los juzgadores, los siguientes:

1. Pago por consignación.
2. Rendición de cuentas,
3. Divorcio o terminación de unión de hecho por mutuo consentimiento, siempre que haya hijos menores de edad.
4. Inventario, en los casos previstos en este capítulo.
5. Partición.
6. Autorización de venta de bienes de niñas, niños y adolescentes y, de personas sometidas a guarda.

También se sustanciarán por el procedimiento previsto en esta Sección los asuntos de jurisdicción voluntaria, como el otorgamiento de autorizaciones o licencias y aquellas en que por su naturaleza o por razón del estado de las cosas, se resuelvan sin contradicción. (Código Orgánico General de Procesos, 2016)

Estos procedimientos se iniciarán con la presentación de una solicitud que deberá contener los mismos requisitos de la demanda. Una vez que el juez haya calificado y admitido la solicitud, se procederá a citar a todas las partes que tengan interés en el asunto. Para esto el juez tiene la facultad de requerir la información necesaria para la citación al solicitante. Después se convocará a audiencia en un término no menor a diez días no mayor a veinte. No obstante, la parte citada, previo a la realización de la audiencia podrá presentar oposición, la misma que deberá presentarse por escrito y cumplir los requisitos de la contestación a la demanda. Si la contestación a la demanda presenta la fundamentación adecuada el procedimiento voluntario pasará a ser un procedimiento sumario, considerando la solicitud como demanda y a la oposición como la contestación a la demanda se abrirá el término probatorio de 15 días.

En consecuencia, dependiendo de si existe oposición o no, el proceso de jurisdicción voluntaria podrá convertirse en un proceso controversial. Por ello, se puede señalar que este tipo de jurisdicción voluntaria está sujeto primero a



una revisión del juez de los derechos de las partes y segundo a una aceptación de la parte citada que pudiera tener un interés en el asunto. Estas son las razones por las cuales se trata de competencias otorgadas al juez y no se las ha derivado al notario. Finalmente, sobre el procedimiento, es importante mencionar que solo ante la inadmisión de la solicitud o ante su resolución la parte afectada podrá imponer el recurso de apelación.

Al pago por consignación se refiere el artículo 338 del COGEP:

Art. 338.- Pago por consignación. La solicitud del pago por consignación se presentará y tramitará conforme con la ley.

La o el juzgador convocará a audiencia en la que además ordenará la presencia del acreedor para recibir la cosa ofrecida, para lo cual, el solicitante deberá haber puesto a órdenes de la o del juzgador la cosa ofrecida.

Si la o el acreedor comparece y acepta la oferta, se le entregará la cosa, se sentará el acta y quedará concluido el procedimiento; si no comparece se dictará sentencia declarando hecho el pago y extinguida la obligación.

Si el acreedor se opone, se sustanciará la petición en procedimiento sumario. (Código Orgánico General de Procesos, 2016)

El proceso de consignación se presenta cuando el acreedor se niega a recibir un pago. Si el acreedor se presenta a la audiencia y acepta el pago el proceso concluye, en caso de no presentarse se declarará hecho el pago extinguiendo de esta forma la obligación. Sin embargo, si existe oposición el proceso dejara de ser voluntario y se pasará a un proceso sumario.

La rendición de cuentas es una obligación para las personas encargadas de la administración de bienes ajenos. La misma que debe hacerse de acuerdo a lo estipulado por las partes o en su defecto a solicitud del titular del derecho de dominio. En la audiencia el administrador deberá presentar un informe que será entregado al titular del dominio quien podrá objetarlo, convirtiendo el proceso en sumario.

Como se ha visto anteriormente una de las competencias de los notarios era la suscripción del divorcio siempre y cuando no hubiera hijos menores de edad. Cuando existan hijos dependientes, en casos de divorcios o terminación de



unión de hecho, la competencia se traslada al juez. El punto importante a determinarse en estos casos es la situación en la que quedan los hijos dependientes, tanto de tenencia como económica. Si sobre este punto no existe acuerdo por parte de los padres el proceso se sustanciara ante el mismo juez.

El numeral 4 del artículo 344 del COGEP se refiere al inventario limitándolo a los casos determinados en el propio código. Sin embargo, en los artículos posteriores no se menciona ningún tipo de limitación, por lo cual, ha de entenderse que cualquier tipo de inventario deberá realizarse siguiendo lo dispuesto en el artículo 341 y siguientes.

Art. 341.- Inventario. Cualquier persona que tenga o presuma tener derecho sobre los bienes que se trate de inventariar, solicitará a la o al juzgador se forme inventario. Para el efecto, la o el juzgador designará a la o el perito para que proceda a su formación y avalúo en presencia de los interesados. Cuando se trate de bienes sucesorios, se citará a las personas referidas en la ley. Si en el inventario existen bienes que se encuentren en poder de terceros, la o el juzgador dispondrá que estos sean citados. Por el hecho de la citación, los terceros se encuentran obligados a prestar todas las facilidades a la o el perito. La o el juzgador del inventario será también de la partición (Código Orgánico General de Procesos, 2016)

El artículo antes transcrito se encarga de determinar las condiciones del inventario, señalando que puede ser solicitado por cualquier persona que pueda tener derecho sobre los bienes. Además, es importante indicar que el inventario tiene que ser hecho por un perito debidamente acreditado. De la misma forma que los otros procesos voluntarios en el caso de que exista oposición se cambiará el proceso a uno sumario.

La competencia de inventario se relaciona directamente con la de partición, pues se trata de una acción previa para que esta opere y atiende al derecho de no permanecer en la indivisión de acuerdo al artículo 1338 del Código Civil:

Art.1338 Ninguno de los coasignatarios de una cosa universal o singular estará obligado a permanecer en la indivisión. La partición del objeto asignado podrá siempre pedirse con tal que los coasignatarios no hayan estipulado lo contrario. No puede estipularse proindivisión por más de cinco



años; pero cumplido este término podrá renovarse el pacto. Las disposiciones precedentes no se extienden a los derechos de servidumbre, ni a las cosas que la ley manda mantener indivisas, como la propiedad fiduciaria. (Codigo Civil, 2016)

En consecuencia, esta acción opera habitualmente al final de un proceso de sucesión, previo inventario, y consiste en la escisión y especificación de los bienes del causante en beneficio de los herederos.

El inciso final del art. 344 del COGEP establece que si la naturaleza de la causa es sin controversia alguna serán competentes los jueces, claramente se aprecia que esta es una norma abierta. Sin embargo, habrá de excluirse las 39 atribuciones que el artículo 18 de la Ley Notarial otorga a los notarios.

En conclusión, en los procesos de jurisdicción voluntaria en los que se podrían afectar derechos, es el juez el que tiene la competencia exclusiva un claro ejemplo es la venta de bienes de menores de edad. Esto significa que a pesar de ser procesos voluntarios el juez debe valorar y determinar el cumplimiento de las normas legales. Y como se ha establecido en acápites anteriores, el notario no tiene esa facultad de valoración, pues su función principal es la de dar fe pública. Esa diferencia esencial entre el juez y el notario es la que determina que unos procedimientos correspondan exclusivamente a uno u otro. De esta manera se logra el objetivo final que es la descongestión de carga procesal de los jueces, pues, si bien es cierto que estos procesos voluntarios se tramitan en sede judicial se trata de procedimientos muy rápidos realizados en una sola audiencia.

2.3 Asuntos no contenciosos que debieron atribuirse a los Notarios

Dentro del análisis acerca de la jurisdicción voluntaria se ha dejado claro su naturaleza no controvertida. Esto implica que se trata de actos llevados en consuno por las partes implicadas sin que exista oposición por ninguna de ellas. En consecuencia, se trata de actos no valorables por parte de las autoridades los cuales se encargan solo de plasmar lo acordado por las partes. Por ello la mayoría de las competencias, a partir de la entrada en vigencia del



COGEP, han sido trasladadas al Notario, excluyendo las determinadas como exclusivas para los jueces. Sin embargo, si se tiene en cuenta la finalidad que es la descongestión de la carga procesal habrá que preguntarse si existen otras competencias que pueden ser otorgadas a los Notarios y en este sentido hacer alguna propuesta al respecto.

-Rectificación de partidas

La rectificación de partidas no constituye un caso controversial en el que se determinen intereses y derechos, se trata simplemente de una corrección. En este sentido se ha dicho que “rectificar un acta es realizar cambios, adiciones o supresiones para hacerla concordar con la verdad. La rectificación supone por lo tanto que existe un acta inscrita en los registros y que se la modifica” (Ripert & Boulanger, 1993, pág. 138).

En consecuencia, la rectificación de partidas no es otra cosa que la adaptación de los datos que contiene a la verdad de hecho. El acta inscrita está a cargo del Registro Civil y esta modificación puede ser entendida en tres sentidos:

- 1.- Cuando hay errores en las enunciaciones que la partida debe contener por ejemplo, errores ortográficos en los nombres o apellidos; error en la fecha del nacimiento o de la defunción, o en el sexo de la persona, o en los datos referentes a la edad, domicilio y estado de los comparecientes; etc.
- 2 Cuando en la partida se han omitido enunciaciones exigidas por la ley, por ejemplo, lugar del nacimiento o muerte; datos personales de los comparecientes, etcétera;
- 3 Cuando la partida contiene enunciaciones de las prohibidas por la ley. En este caso la rectificación tiene por objeto hacer suprimir la enunciación prohibida. (Salvat, 1954, pág. 234)

A estos casos en los que se puede solicitar la rectificación de la partida se refieren los artículos 76, 77 y 80 de la Ley de Gestión de la Identidad y Datos Civiles. En consecuencia, se deduce que existen casos determinados para solicitar la modificación de partidas, todas ellas deben ser tramitadas ante la dirección administrativa del Registro Civil. Sin embargo por ser trámites o solicitudes que se encuadran dentro de la jurisdicción voluntaria es dable que esta competencia se traslade a los notarios. De manera que sean estos a través de actas notariales los que otorguen la modificación de partidas



enviando las respectivas copias al Registro Civil para su inscripción y posterior modificación.

- Adopción de personas capaces

Cuando se habla de adopción se suele pensar en la adopción de niños o adolescentes, cuyo trámite deberá realizarse siempre ante el juez de la familia, niñez y adolescencia quien comprobara la idoneidad de los adoptantes velando siempre por los derechos del menor en atención al principio de interés superior que los ampara. A esto se refiere el artículo 151 del Código de la Niñez y Adolescencia al determinar que el objeto de la adopción es garantizar una familia idónea, permanente y definitiva al niño, niña o adolescente.

Además, es importante señalar que la adopción no opera para cualquier persona sino que debe existir una aptitud social y legal. Si se entiende a la adopción como “el prohijamiento como hijo legítimo de quien no lo es por naturaleza” (Valencia, 1978, pág. 578). Se puede aseverar que la adopción, como institución jurídica, establece vínculos jurídicos entre los adoptantes y el adoptado. En este sentido se ha considerado que la adopción “es la institución en virtud de la cual se crea entre dos personas un vínculo similar al que deriva de la filiación” (Belluscio, 1979, pág. 239).

La aptitud legal que exige la legislación tiene que ver con la edad del adoptado, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 157 del mismo Código de la Niñez y Adolescencia. Se establece que tratándose de personas capaces, es decir mayores de 18 años, solo podrán ser adoptados hasta los veintiún años siempre cuando exista relación parentesco hasta el quinto grado de consanguinidad, cuando ha estado integrado al hogar por acogimiento familiar por más de 2 años, ha estado integrado al hogar desde la niñez o adolescía por más de 4 años. Por último, se menciona el caso de la adopción del hijo del cónyuge.

En consecuencia, la legislación ecuatoriana no distingue un proceso diferente para las personas capaces comprendidas dentro de la edad de 18 a 21 años, además de las condiciones señaladas anteriormente. Por lo tanto, para



cualquier tipo de adopción se debe aplicar una fase administrativa y posteriormente una judicial.

Como corolario de lo todo lo expuesto se colige que es necesario que se realice la diferenciación entre la adopción de menores y la adopción de personas capaces. Otorgando sobre este último tipo de adopción la competencia a los notarios, con lo cual se descongestionaría la carga procesal iniciada por este tipo de procesos.

- Inventario

Al hablar de los procesos de jurisdicción voluntaria se mencionó al inventario como una de las competencias exclusivas de los jueces. Además, se determinó que es un proceso que se realiza previamente a un proceso de partición. Por lo tanto si se entiende al inventario como

El inventario consiste en un acta descriptiva de la existencia de los bienes, documentos, etc., que se encuentran en un determinado momento en posesión-detentación de determinadas personas, o que formen parte de un determinado acervo patrimonial o estén custodiados o aun sólo materialmente colocados en un determinado lugar, se sepa o no quién es en aquel momento el que tiene jurídicamente su posesión o su detentación...> (REDENTI, 1957, Tomo III: 50}

En consecuencia, si no existe oposición por ninguna de las partes el notario podría levantar un acta que contenga la descripción ordenada de los bienes, su estado y características, sin hacer referencia al titular de la propiedad o a la situación jurídica del bien. Dicha acta debería ser suscrita por el notario y por todos los interesados. De esta manera se logra coherencia dentro de la legislación, pues, por un lado el numeral 37 del artículo 18 de la ley notarial otorga al notario la competencia de solemnizar la partición de bienes hereditarios, pero no se otorga la competencia de realizar el inventario. Por lo tanto, si a pesar de poder realizar la partición ante el notario se quisiera hacer el inventario habría que acudir al juez, lo cual significa una carga procesal innecesaria.

Por otro lado queda claro que el proceso de inventario no constituye una acción final, en el sentido que no determina derechos ni transfiere el derecho de propiedad. En este orden de ideas es importante que esta competencia



pase a ser exclusiva del notario y solo en el caso de que se requiera compeler a alguien para que entregue los bienes, o exista oposición de uno de los interesados, el proceso se convierta en sumario y se pase a sede jurisdiccional. En definitiva, este traslado de competencia, descongestionaría en gran medida la carga procesal que tienen los jueces civiles en el medio jurídico ecuatoriano.

- Mediación como competencia notarial

Uno de los objetivos de las reformas introducidas por el COGEP es la de solucionar los conflictos en la fase de conciliación, la misma que esta presenta en todos los procesos. En consecuencia, el juez en esta fase adquiere un rol de mediador, en la que busca que las partes construyan una solución al conflicto. Sin embargo, son pocos los casos que se resuelven en esta fase pues la mayoría de veces no se logra un acuerdo entre las partes. Las principales dificultades para lograr un acuerdo se dan en primera instancia por la falta de capacitación de los jueces para poder mediar. Además, cuando las partes quieren solucionar su conflicto acudiendo voluntariamente a un centro de mediación se presentan obstáculos. El primero es la demora que supone acudir a un centro de mediación de la función judicial y, por otro lado, está el alto costo de acudir a un centro de mediación privado. Por ello, no se ha logrado una cultura de conciliación y de solución de conflictos por acuerdo de la partes.

Ahora bien, en este contexto es importante valorar el rol de los notarios como posibles mediadores. En primer lugar, si se otorga esta competencia a los notarios la cobertura de centros de mediación se ampliaría notoriamente y la ciudadanía tendría la posibilidad de acudir a una notaría para iniciar un proceso de mediación. También, en razón de que las notarías son un órgano auxiliar de la función judicial reguladas por el Consejo de la Judicatura siendo sencillo establecer los costos correspondientes al servicio de mediación, lo cual haría mucho más accesible este método alternativo a la solución de conflictos.

Por último, la capacitación a notarios sería necesaria antes de que se otorgue esta competencia. Con todo esto se conseguiría realmente disminuir la carga



procesal de los jueces pues con el correcto asesoramiento y disponibilidad la mayoría de conflictos encontrarían su solución en este método alternativo, que debe ser trabajado en la cultura jurídica del Ecuador.

- Matrimonio ante notario

El matrimonio como un contrato solemne con fines tan específicos como los de convivir, procrear y auxiliarse mutuamente, debería ser contemplado como una de las competencias notariales. Pues, se trata de un contrato que responde a las características de fe pública que tiene el notario, además queda claro que se trata de un acto voluntario, en donde las partes expresan de común acuerdo su voluntad de contraer matrimonio. A esta competencia notarial habría que añadirle la obligación de emitir una copia para su inscripción en el registro civil y su procedimiento debería ser análogo al que actualmente se tramite ante el registro civil.

Sin embargo, al cambiar la competencia a los notarios lo que se consigue es naturalizar el acto, dado que de acuerdo a las características y la función que cumplen los notarios, se trata de un acto cuya competencia le corresponde. Además, se conseguiría mayor agilidad en los trámites y un grado superior de autenticidad ya que los notarios son los encargados de dar fe pública.

- Homologación de divorcio en el extranjero

El divorcio en el extranjero es un fenómeno cada vez más común en el contexto ecuatoriano, más aún, si se tiene en cuenta el crecimiento de la migración en los últimos años. Por ello, el divorcio tramitado en el extranjero que requiere ser reconocido en el país supone una carga procesal innecesaria para los jueces. Actualmente el trámite que debe darse es un reconocimiento de sentencia por parte de los jueces competentes. En este proceso se comprueba que la sentencia de divorcio emitida en el extranjero cuente con los requisitos exigidos por la legislación ecuatoriana.

No obstante, al fin y al cabo, al ser un procedimiento voluntario no deja de ser más que un mero trámite. Que en razón de disminuir la carga procesal de los



jueces podría ser transferida a los notarios, y solo si existiera oposición o incoherencia, el notario transfiera el proceso al juez competente, de manera que sea este quien administre justicia.



CAPÍTULO III

JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN COMPARADA

3.1 Jurisprudencia relacionada con la competencia en procesos de jurisdicción voluntaria

Resolución No. 0167-2012: EL JUICIO DE INVENTARIOS NO ES UN JUICIO DE CONOCIMIENTO.

La resolución de la corte nacional de justicia se da ante la presentación del recurso de casación en un proceso de inventario. La Corte Nacional determina que el juicio de inventario no es un juicio de conocimiento y, por lo tanto, de acuerdo a la ley de casación vigente en ese momento no procede el recurso de casación. La decisión se fundamenta en que la casación solo procede contra autos o sentencias que pongan fin a un proceso cosa que no ocurre con el juicio de inventarios, pues se trata, de un mero alistamiento de bienes. En este sentido es pertinente revisar un extracto de la sentencia.

Es decir, en nuestra legislación, el proceso de inventarios, no es propiamente un juicio, sino un mero alistamiento de bienes en el que la intervención prevista del Juzgador en este procedimiento es para dar solemnidad y garantizar la fidelidad del inventario. Por lo expuesto, la resolución materia de impugnación no puede considerarse como sentencia o auto dictado dentro de un proceso de conocimiento, en virtud, que no cumple con el requisito de procedencia establecido en el artículo 2 de la Ley de la materia, que dispone: “El recurso de casación procede contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento, dictados por las cortes superiores, por los tribunales distritales de lo fiscal y de lo contencioso administrativo. Igualmente procede respecto de las providencias expedidas por dichas cortes o tribunales en la fase de ejecución de las sentencias dictadas en procesos de conocimiento, si tales providencias resuelven puntos esenciales no controvertidos en el juicio, ni decididos en el fallo, o contradicen lo ejecutoriado”. Consiguientemente, conforme el artículo 2 de la Ley de Casación, éste recurso procede contra sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento, de conformidad a lo analizado el juicio de inventarios no se considera dentro de esta clase de juicios, por lo



que no cabe recurso de casación dada la naturaleza del asunto y la resolución dictada, esto es porque no se trata de un proceso de conocimiento, ni la resolución dictada pone fin al mismo. (Resolución No. 0167-2012, 2012)

Análisis en torno a la jurisdicción voluntaria

Como se ha visto, a partir de la entrada en vigencia del COGEP, los juicios de inventario son competencia exclusiva de los jueces como procesos de jurisdicción voluntarios. En consecuencia, al determinar que no se trata de juicios de conocimiento sino de mero alistamiento añadiendo, además, que no ponen fin al proceso se reafirma el carácter no controvertido que tiene el proceso de inventario. Cabe resaltar que, a pesar que la citada ley de casación en la resolución de la Corte nacional ha sido derogada, el artículo 266 del COGEP fija la procedencia de dicho recurso:

Art. 266.- Procedencia. El recurso de casación procederá contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento dictados por las Cortes Provinciales de Justicia y por los Tribunales Contencioso Tributario y Contencioso Administrativo. Igualmente procederá respecto de las providencias expedidas por dichas cortes o tribunales en la fase de ejecución de las sentencias dictadas en procesos de conocimiento, si tales providencias resuelven puntos esenciales no controvertidos en el proceso ni decididos en el fallo o contradicen lo ejecutoriado. Se interpondrá de manera escrita dentro del término de diez días, posteriores a la ejecutoria del auto o sentencia o del auto que niegue o acepte su ampliación o aclaración. (Código Orgánico General de Procesos, 2016)

En conclusión, cuando la Corte Nacional declara que el juicio de inventario no es de conocimiento determina el ámbito voluntario al que pertenece, destacando el carácter no controversial de este tipo de procesos. Por lo cual, se justifica que para este tipo de procesos el COGEP haya considerado que forme parte de la jurisdicción voluntaria de exclusiva competencia de los jueces. De esta manera, la función del juez no es otra que la de solemnizar el alistamiento de bienes.



Resolución No.0180-2014: EI TRÁMITE DE DESHAUCIO ES DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

La Corte Nacional de Justicia determina que el procedimiento del desahucio no es el verbal sumario. Aclarando, que en el caso puesto a su consideración, el trámite de desahucio no es la acción idónea para resolver la controversia que por su naturaleza corresponde a un juicio de conocimiento. Por estas razones la Corte Nacional dispone la nulidad del proceso, al existir una violación al trámite. Así lo determina un extracto de la sentencia:

En el presente caso existe violación del trámite que corresponde al asunto materia de la solicitud, por cuanto la pretensión de los accionantes no debió tramitarse como juicio contencioso en la vía verbal sumaria, sino seguir el proceso especial de notificación de desahucio; tanto más si los demandados, al contestar la acción se opusieron manifestando tener la calidad de propietarios del bien inmueble y no la de inquilinos, circunstancia que no corresponde sea resuelta en un trámite de jurisdicción voluntaria, como es la petición de desahucio, sino en un juicio de conocimiento, en la materia que corresponda.- Por las razones expuestas, este Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, en ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 1014 del Código de Procedimiento Civil, declara la NULIDAD de todo lo actuado en la presente causa a partir del auto de calificación de la demanda de 8 de octubre del 2012, las 16 h12 (fs. 60 vta. de primera instancia), debiéndose reponer el proceso al estado de ordenar se aclare la pretensión de la actora.- Con costas a cargo de los señores Juez Cuarto de lo Civil de Bolívar y de los Jueces de la Sala Especializada de lo Civil, Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Bolívar, de conformidad con lo previsto en el artículo 356 del Código de Procedimiento Civil. (Resolución No. 0180-2014, 2014)

Análisis en torno a la jurisdicción voluntaria

En cuanto al estudio de la jurisdicción voluntaria esta resolución de la Corte Nacional determina que el desahucio es un trámite especial que pertenece a la jurisdicción voluntaria. Como ya se analizó anteriormente, queda claro que con la disposición reformativa décimo quinta en su numeral 35 del COGEP, la



competencia de solemnizar el desahucio corresponde exclusivamente al notario, disposición que concuerda con la resolución de la Corte nacional al considerar al desahucio en contratos de arrendamiento como un proceso de jurisdicción voluntaria que debe llevarse a cabo en los términos ya expuestos.

Resolución No.0137-2012: JUICIO DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA SE CONVIERTE EN CONTENCIOSA

Esta resolución de la Corte Nacional de Justicia marca los límites de la jurisdicción voluntaria al determinar que esta puede pasar a convertirse en materia controvertida. En este sentido la corte se pronuncia acerca del procedimiento de inventario considerando que sobre el mismo no cabe recurso de casación mientras no deje de ser un procedimiento voluntario. Así lo determina el siguiente extracto:

En la especie, la ex Corte Suprema de Justicia (Primera Sala), en fallos de triple reiteración ha sostenido que en los juicios de inventarios no cabe recurso de casación debido a que no se trata de procesos de conocimiento y sobre lo cual ha expresado: "Respecto a la naturaleza del juicio de inventarios, en nuestro sistema legal, se admite que es un juicio de jurisdicción voluntaria (Alfonso Troya Cevallos, "Elementos del Derecho Procesal Civil", Tomo I, Ediciones de la Universidad Católica, Quito, 1978, Pág. 186), cuyo único fin es el de hacer el alistamiento de bienes en la forma señalada por los artículos 424 y 425 del Código Civil y 646 del Código de Procedimiento Civil, alistamiento de bienes que es de interés común de las personas que intervienen en el proceso; pero este proceso inicialmente de jurisdicción voluntaria se convierte en contencioso el momento en que se produce conflicto de intereses o voluntades. Al respecto el doctor Víctor Manuel Peñaherrera anota: "En el inventario judicial, por ejemplo, interviene el juez en uso de la jurisdicción voluntaria; pero ejerce la contenciosa, cuando, oídos los interesados, se hacen observaciones y surgen desacuerdos entre ellos; o cuando en el curso del inventario, se forman incidentes sobre puntos en los cuales discuerdan las partes" (Lecciones de Derecho Procesal Práctico Civil y Penal, Tomo I. Talleres Gráficos de Impresión, 1943, Pág. 79). Sin embargo, la norma del artículo 2 de la Ley de Casación declara que son impugnables, mediante este recurso extraordinario y supremo, las providencias dictadas en los "procesos de



conocimiento"; cabe entonces preguntar si son sinónimos "procesos de conocimiento" y "procesos de jurisdicción contenciosa". Esta misma Sala, en Resolución dictada el 25 de junio de 1998 dentro del juicio sumario N° 147-98 sostiene que no son sinónimos y que en muchos casos los juicios contenciosos pertenecen a la categoría de los procesos de conocimiento, pero en estos casos no. Para determinar si el juicio de inventarios, cuando se produzca contradicción, se transforma o no en un proceso de conocimiento, se ha de examinar la finalidad que cumple este juicio; según Enrique Véscovi ("Teoría General del Proceso", Temis, Bogotá, 1984, Pág. 112) proceso de conocimiento es aquel que tiene por finalidad "producir una declaración de certeza sobre una situación jurídica" por ello añade que en esta clase de procesos el Juez "juzga" porque, según expresión conocida "dice el derecho" Eduardo J. Couture ("Fundamentos del Derecho Procesal Civil", tercera edición Depalma, Buenos Aires, reimp. 1993, Pág. 81) también dijo que las acciones (procesos) de conocimiento son aquellas "en que se procura tan sólo la declaración o determinación del derecho". Ahora bien, el juicio de inventarios, aunque en nuestro sistema legal se lo trata en un capítulo especial del Código de Procedimiento Civil y bajo la categoría de juicio, es un procedimiento de jurisdicción voluntaria que tiene la finalidad de realizar el alistamiento, avalúo y custodia de los bienes sucesorios y el Juez no puede llegar a resolver cuestiones que se aparten de estos objetivos; según el artículo 647 concluido el inventario y dentro del término común de quince días que concede el Juez pueden presentarse las siguientes situaciones: (a) que no se presenten observaciones ante lo cual queda aprobado el inventario; (b) que se realicen observaciones, ante lo cual convocará el Juez a las partes a junta de conciliación y a falta de acuerdo, sustanciará el Juez sumariamente las objeciones, comenzando por conceder diez días para la prueba, si hubiere hechos justificables, sin perjuicio de aprobar el inventario en la parte no objetada; (c) que la reclamación verse sobre la propiedad o dominio de bienes incluidos en el inventario, lo cual se sustanciará ante el mismo Juez, en cuaderno separado; y, que por no tener procedimiento especial, debe ventilarse en juicio ordinario, conforme ley; queda claro entonces, que "dentro del juicio de inventario no cabe discutirse, previa o incidentalmente, acerca del dominio sobre las cosas que deban o no ser inventariadas" (Gaceta Judicial Serie 3ª N° 150). Este criterio, lo encontramos recogido en abundante jurisprudencia: "No es procedente la excepción sobre la propiedad o dominio del inmueble incluido en el inventario, que formula la actora puesto que la declaratoria de un derecho, debe sustanciarse en juicio ordinario, ante el mismo Juez, pero en cuaderno separado y si fuere aceptada se excluirá del inventario, conforme al inciso tercero, del artículo 675 (647) del Código de Procedimiento Civil" (Juan Larrea Holguín, Repertorio de Jurisprudencia, Tomo XIV, Pág. 164). Aun cuando se suscite controversia en el juicio de inventarios y pase a ser contencioso, su finalidad no se equipara a la perseguida en el juicio de conocimiento, en otras palabras, aunque surja oposición, su finalidad de solemnizar en el alistamiento de bienes no se desvirtúa y menos aún da paso a la posibilidad de declarar en él un derecho." (Gaceta Judicial Serie XVI, No. 13, pp. 3407, 3408, 3409 y 3410). Es decir, en nuestra legislación, el proceso de inventarios, no es propiamente un juicio, sino un mero



alistamiento de bienes en el que la intervención prevista del Juzgado en este procedimiento es para dar solemnidad y garantizar la fidelidad del inventario. Por lo expuesto, la resolución materia de impugnación no puede considerarse como sentencia o auto dictado dentro de un proceso de conocimiento, en virtud, que no cumple con el requisito de procedencia establecido en el Art. 2 de la Ley de la materia, que dispone: “El recurso de casación procede contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento, dictados por las cortes superiores, por los tribunales distritales de lo fiscal y de lo contencioso administrativo. Igualmente procede respecto de las providencias expedidas por dichas cortes o tribunales en la fase de ejecución de las sentencias dictadas en procesos de conocimiento, si tales providencias resuelven puntos esenciales no controvertidos en el juicio, ni decididos en el fallo, o contradicen lo ejecutoriado”. Consiguientemente, conforme el Art. 2 de la Ley de Casación, éste recurso procede contra sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento, de conformidad a lo analizado el juicio de inventarios no se considera dentro de esta clase de procesos, por lo que al no existir recurso de casación, no cabe recurso de hecho, pues este recurso denominado también de queja, lo que busca es que mediante un nuevo examen de los requisitos de procedencia, se admita el recurso de casación, y al hacerlo habilite al Tribunal entrar a conocer el asunto de fondo, cuestión que en la especie no puede darse por la naturaleza del proceso y la resolución dictada, esto es porque no se trata de un proceso de conocimiento, ni la resolución dictada pone fin al mismo. (Resolución No: 0137-2012, 2012)

Análisis en torno a la jurisdicción voluntaria

En referencia a la jurisdicción voluntaria esta resolución marca el límite al determinar que se convierte en un proceso contencioso cuando una vez que e han presentado los intereses las partes se encuentran en desacuerdo. Sin embargo, siguiendo el análisis hecho por la Corte Nacional de Justicia, queda claro que no todos los procesos contenciosos son, necesariamente, procesos de conocimiento. Tal es el caso del proveniente de inventario pues por su naturaleza no pone fin al proceso y, por lo tanto, no se puede interponer el recurso de casación.



3.2 Legislación comparada

3.2.1 España

La legislación española regula la jurisdicción voluntaria en la Ley 15/2015, del 2 de julio. Dicho cuerpo legal trata, en primer lugar, de las competencias que corresponden a los jueces; en un segundo momento se refiere a las competencias de los notarios en materia de jurisdicción voluntaria.

De acuerdo al artículo 1 de la mencionada ley, la jurisdicción voluntaria reviste el carácter de no controversial y se limita al ámbito civil y mercantil. En consecuencia, el rol del juez es la tutela de derechos en el campo civil, disposición que concuerda la idea de que la jurisdicción voluntaria no lo constituyen procesos de conocimiento, como se ha analizado en la jurisprudencia ecuatoriana. Uno de los aspectos importantes de la jurisdicción voluntaria en España es la presentación de pruebas que puede ser a petición de parte previa admisión del juez o de oficio en el supuesto de que exista interés público o se puedan vulnerar derechos de menores o incapaces.

En cuanto a las etapas del proceso de jurisdicción voluntaria la ley dispone que sea el secretario quien califique la admisión de la solicitud. Si la solicitud es admitida se procederá a la citación de todos los interesados continuando con el proceso.

Una de las diferencias más notables respecto a la legislación ecuatoriana es que, dependiendo del tipo de proceso, la competencia perteneciente al órgano judicial puede recaer exclusivamente sobre el juez o el secretario judicial. Muchas de las competencias que la legislación española otorga la función



judicial, en el Ecuador corresponden de forma exclusiva a los notarios, mientras que otras no forman parte de la jurisdicción voluntaria.

Otra de las diferencias significativas respecto a la legislación ecuatoriana es que no solo los notarios tienen determinadas competencias de jurisdicción voluntaria sino que también lo tienen los registradores de la propiedad. Además, es importante señalar que los notarios tienen la competencia para mediar como garantes de la seguridad jurídica preventiva.

Por último, a pesar que en la jurisdicción voluntaria existen competencias exclusivas de los notarios, la legislación española prevé la gratuidad de la justicia aun para estos casos. Esta garantía no existe, en los casos de competencia exclusiva del notario, en la legislación ecuatoriana, por lo cual, en este sentido, se atenta contra un derecho fundamental como es la gratuidad de la justicia. Pues, a pesar de ser casos no controversiales, muchos de ellos pudieran no realizarse por no disponer de los medios económicos suficientes.

3.2.2 Perú

La jurisdicción voluntaria en la legislación peruana se encuentra regulada principalmente en Ley Nro. 26662: o Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos. Esta ley faculta a las personas a acudir discrecionalmente ya sea al órgano judicial o a los notarios en los asuntos no contenciosos:

El procedimiento inicia con la petición por escrito de los interesados o sus representantes. En el escrito deberá incluirse el consentimiento unánime de los interesados, si alguno de ellos manifestara oposición en algún momento el procedimiento dejaría de ser voluntario y pasaría a ser contencioso. De manera



que los notarios perderían su competencia debiendo remitir el proceso al órgano judicial, mientras que los jueces se verían obligados a cambiar el proceso al que corresponda.

En comparación con la legislación ecuatoriana la jurisdicción voluntaria en Perú es muy limitada y no responde al criterio de liberación de carga procesal de los jueces. Pues, permite que los interesados puedan acudir tanto al órgano judicial como a los notarios. Estas características implican que se mantiene el principio de gratuidad en la administración de justicia, pues al no poder pagar los servicios notariales existe la posibilidad de acudir al órgano judicial.

3.2.3 Colombia

La legislación colombiana establece 12 casos de jurisdicción voluntaria en los que los jueces tienen la competencia. Así lo determina el artículo 577 del Código General de Procedimiento colombiano:

El procedimiento inicia con la presentación de la demanda, la misma que debe incluir las pruebas que justifiquen el interés del demandante. Una vez que se presente la demanda el juez ordenara la citación y cuando fuere necesario la respectiva publicación. Después el juez ordenará que se practiquen las pruebas necesarias y se determinará la fecha para la audiencia. Una de las particularidades es que a pesar que el proceso se inicia con la presentación de la demanda esta solo cumple con los requisitos respecto al actor, sin incluir al demandado. Pues al tratarse de un proceso voluntario se considera que no hay demandado. En consecuencia, el objetivo final es obtener la autorización de un juez para realizar un determinado acto.



En comparación con la legislación ecuatoriana las atribuciones de los jueces en materia de jurisdicción voluntaria, resultan más extensas. En la legislación ecuatoriana muchas de estas competencias han sido trasladadas a los notarios, buscando de esta manera la disminución de la carga procesal de los jueces. Por ello, en el Ecuador, es importante resaltar la importancia de los notarios como agentes auxiliares de los órganos jurisdiccionales.

3.2.4 México

La legislación mexicana establece que la jurisdicción voluntaria contempla todos aquellos casos en los que las partes requieren la intervención de un juez, a pesar que no se promueva ninguna cuestión, es decir, no exista conflicto ni oposición. En este sentido la legislación mexicana no establece un gran número de competencias a los notarios, limitándose a aquellas que estrictamente tienen que ver con su característica de dador de fe pública

En consecuencia, la mayoría de procesos que en el Ecuador corresponde al notario como parte de su jurisdicción voluntaria, en la legislación mexicana corresponden a los jueces. Estas diferencias forman parte de otras como la propia constitución del estado, ya que vale aclarar que México es un país federal y, por lo tanto, su sistema judicial es diferente.



CAPÍTULO IV

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1 Conclusiones

Después de la exposición de todos los temas y subtemas de la presente monografía se pueden extraer las siguientes conclusiones.

La jurisdicción es aquella capacidad que tienen los jueces para administrar justicia y hacer ejecutar lo juzgado. En consecuencia, todos los jueces tienen jurisdicción pero no todos tienen competencia. En este sentido, la competencia se presenta como un límite de la jurisdicción y se organiza en razón de la materia, territorio de las personas y los grados. En definitiva, se trata de la medida de jurisdicción otorgada a cada órgano jurisdiccional con la finalidad de que aplique las normas y de solución a las controversias surgidas en la sociedad.

La jurisdicción puede ser considerada como voluntaria o contenciosa. En la primera no existe conflicto por parte de los sujetos procesales, esto es, no hay contraposición de intereses. Por el contrario, la jurisdicción contenciosa se presenta como típicamente represiva, las partes presentan contraposición de intereses y el conflicto se dirime en un proceso en el que, en base a los hechos y al derecho, el juez deberá valorar lo actuado para mediante sentencia resolver y, de esta manera, poner fin al conflicto.

Los procesos de jurisdicción voluntaria consisten en el reconocimiento de un acto por parte del juez o de otro órgano. Lo cual no significa que ese reconocimiento tenga fuerza de cosa juzgada, pues, al verificarse la existencia de intereses contrapuestos el proceso se tornará contencioso. En este sentido, las competencias exclusivas de jueces y notarios pueden considerarse como simple trámites administrativos unidos a la voluntad común de las partes.

Entre las diferencias más notables que existen entre la jurisdicción voluntaria y la jurisdicción contenciosa está la consideración como cosa juzgada. En este sentido, la actuación de los órganos jurisdiccionales en materia contenciosa



tiene el carácter de cosa juzgada, mientras que en materia de jurisdicción voluntaria, el acto siempre puede ser revisado.

A partir de la entrada en vigencia del COGEP la legislación ecuatoriana busca disminuir la carga procesal que tienen los jueces. Por ello muchas competencias de jurisdicción voluntaria se trasladan de manera exclusiva a los notarios, reservando para los jueces procesos muy específicos en los cuales habrá que observarse la prevalencia de determinados derechos.

El notario como dador de fe pública tiene treinta y siete atribuciones. Entre ellas se encuentran las competencias para dar fe acerca de la validez de determinados documentos, actos o hechos que le constan como verdaderos. Otro grupo de atribuciones se relacionan con el derecho de propiedad como la declaratoria de extinción del usufructo o la autorización de venta mediante remate de menores que tengan libre administración de sus bienes. Por último, a modo de recuento, se pueden mencionar aquellas atribuciones vinculadas al derecho de familia atinente a la declaración de la unión de hecho o la disolución de la sociedad conyugal. Estos casos constituyen simples ejemplos de las atribuciones notariales en procesos de jurisdicción voluntaria, sin embargo, hay que considerar que en el momento en que se presenten contraposición de intereses el notario dejara de tener competencia, debiendo remitir todo lo actuado al juez.

La disposición reformativa décimo quinta del COGEP añade nueve atribuciones a los notarios al reformar el artículo 18 de la Ley Notarial. Todas estas nuevas atribuciones tienen como finalidad disminuir la carga procesal de los jueces. En este sentido, el notario tiene competencia para constituir sociedades que no estén reguladas por la superintendencia de compañías, para declarar en mora al deudor, solemnizar la designación de administrador común o el desahucio en contratos de arrendamiento, entre otras. Todas estas atribuciones que antes de la reforma debían ser tramitadas ante los jueces, logran efectivizar el trabajo de la función judicial disminuyendo la carga procesal de los jueces.



En relación a los procesos de jurisdicción voluntaria cuya competencia es exclusiva de los jueces, el artículo 344 del COGEP establece los seis casos en los que opera. Todos ellos a pesar de ser voluntarios, implican la constatación de determinados derechos, en este sentido, el juez se convierte en un observador que verifica que no se vulneren determinados derechos. Estos procesos se inician con la presentación de una petición que contiene los mismos requisitos de la demanda y da lugar a una audiencia en la que puede o no presentarse oposición.

Del análisis de las competencias en materia de jurisdicción voluntaria se consideran algunos casos que debieron haberse incluido como atribuciones notariales. Estas atribuciones se refieren a asuntos no contenciosos como la rectificación de partidas que en la actualidad corresponde a la dirección del registro civil. Otra de las atribuciones se refiere a la adopción de personas capaces que de acuerdo a la legislación serían aquellas cuya edad está comprendida entre los 18 y 21 años de edad. De igual forma el inventario como atribución de los notarios significaría descarga procesal para los jueces, pues no se trata de un juicio que determine derechos, sino, más bien, de un mero alistamiento de bienes. Las atribuciones que contribuirían a la descongestión procesal es la mediación, el matrimonio ante notario con la obligación de inscripción en el registro civil, y la homologación del divorcio de ecuatorianos en el extranjero. Esto podría alcanzar a abarcar a toda la población si suponer costos elevados de tiempo y dinero como ocurre actualmente. De tal forma que muchos casos se pudieran solucionar.

La jurisprudencia existente acerca de la jurisdicción voluntaria se enfoca en la diferencia que hay entre la jurisdicción voluntaria y la contenciosa. En este sentido se determina que el trámite de desahucio es de jurisdicción voluntaria, o el momento en que un proceso de jurisdicción voluntaria se convierte en contencioso. Esas resoluciones de la Corte Nacional ayudan a aclarar el concepto de jurisdicción voluntaria al definir alguna de sus características.

En el estudio de derecho comparado se ha tomado los casos de España, Perú, Colombia y México. Respecto a España la principal diferencia es la



competencia de mediación que tienen los notarios y, además, que muchos de los procesos de jurisdicción voluntaria de exclusiva competencia de los jueces pueden ser sustanciados por los secretarios. Con Perú se destaca como principal diferencia el hecho de que no existen competencias exclusivas, en jurisdicción voluntaria, para el juez o el notario. Pues estas pueden ser presentadas ante cualquiera de los dos de forma discrecional. Respecto a la legislación Colombiana se comprueba que en el caso ecuatoriano las atribuciones de los jueces corresponden a los notarios. Por último, en relación a la legislación mexicana, la principal diferencia es la distribución de la jurisdicción voluntaria, que en el caso mexicano se enfoca en el juez, de manera que, la mayoría de competencias de jurisdicción voluntaria le corresponden; hecho que contrasta con la realidad jurídica ecuatoriana.

En este sentido es resaltable la importancia que tienen las notarías como órganos auxiliares de la función judicial. Este órgano junto a otros permite la operatividad de la función judicial y al asumir determinadas competencias de jurisdicción voluntaria contribuye a mejorar el sistema judicial del país, al liberar de carga procesal a los jueces. Este problema histórico que ha tenido la administración de justicia en el Ecuador intenta ser solucionado no solo a través de los procesos que mejoran la infraestructura y aumentan el número de jueces para atender las causas judiciales, que a pesar de ser muy importantes no son suficientes. Por ello se requería un cambio legal que entre otras reformas planteé la transferencia de competencias en temas de jurisdicción voluntaria a las notarías.

Todo este análisis acerca de la jurisdicción voluntaria tanto notarial como jurisdiccional permite conocer en detalle el tratamiento que da a esta jurisdicción la legislación ecuatoriana. Tema de vital importancia para el conocimiento de los profesionales del derecho, pues, en general se tiende a considerar que todo lo jurídico es necesariamente controvertido.



4.2 Recomendaciones

Como recomendaciones resultantes de este proceso de investigación se pueden mencionar las siguientes.

Con el análisis del caso peruano la legislación ecuatoriana debería implementar un sistema que permita la gratuidad en los procesos de jurisdicción voluntaria de exclusiva competencia notarial. Pues, está claro que los servicios notariales conllevan un costo que muchas personas no pueden pagarlo y, en este sentido, en atención al derecho a la gratuidad de la justicia que se encuentra determinado en la Constitución de la República se debería crear un sistema de subsidio para aquellas personas que no cuenten con los recursos necesarios para realizar los servicios notariales.

Del análisis de los casos que con la reforma del COGEP debieron incluirse como atribuciones notariales, el más interesante resulta ser la competencia de mediación. Sobre esta competencia habría que tomar como ejemplo el caso Español y crear una normativa destinada, en primera instancia, a la capacitación de los notarios del país en temas de mediación. Para en un segundo momento implementar centros de mediación en las principales notarías del país, permitiendo de esta forma extender el servicio de mediación y contribuir a la creación de una cultura alternativa a la solución de conflictos.

En el aspecto metodológico sería interesante, que en futuras investigación acerca de este tema, se incluyan estadísticas acerca de la carga procesal en materia de jurisdicción voluntaria que sustancian los jueces, además, de aquellos procesos que podrían pasar a ser competencias notariales. Todo esto con la finalidad de determinar porcentualmente la disminución de la carga procesal que supondría transferir competencias al notario.



BIBLIOGRAFÍA

- Asamblea Nacional. (2016). *Código Civil*. Quito: Registro Oficial.
- Asamblea Nacional. (2016). *Código de Comercio*. Quito: Registro Oficial.
- Asamblea Nacional. (2016). *Código de la Niñez y Adolescencia*. Quito: Registro Oficial.
- Asamblea Nacional. (2016). *Código Orgánico General de Procesos*. Quito: Registro Oficial.
- Asamblea Nacional. (2016). *Ley Notarial*. Quito: Registro oficial.
- Asamblea Nacional. (2016). *Ley Orgánica de Gestión de Identidad y Datos Civiles*. Quito: Registro Oficial .
- Belluscio, A. (1979). *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires: Depalma.
- CABANELLAS, G. (1996). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Buenos Aires: Heliasta.
- CARNELUTTI, F. (S/FP). *Instituciones del Proceso Civil*. Buenos Aires, Buenos Aires: EDICIONES JURIDICAS EUROPA-AMERICA.
- Congreso de la República de Colombia . (2012). *Código General de Procesos*. Bogota : Registro oficial.
- Corporacion de Estudios y Publicaciones. (2014). *Código de Procedimiento Civil*. Quito: Corporacion de Estudios y Publicaciones.
- Corporacion de estudios Y Publicaciones. (2014). *Código Organico De la Funcion Judicial*. Quito: Corporacion de estudios Y Publicaciones.
- Corporacion de Estudios Y Publicaciones. (2014). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito: Corporacion de Estudios Y Publicaciones.
- Corte Constitucional. (2014). *Resolución No. 0180-2014*. Quito: Registro oficial.
- Corte Constitucional. (2012). *Resolución No: 0137-2012*. Quito: Registro Oficial.
- Corte Nacional. (2012). *Resolución No. 0167-2012*. Quito: Registro Oficial.
- Courtoure, E. (1980). *Vocabulario Jurídico Bs.As.* Buenos Aires: Desalma.
- Couture, E. J. (1958). *Fundamentos De Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Roque Depalma Editor.



Española, Diccionario de Lengua. (06 de Junio de 2016). RAE. Obtenido de RAE: <http://dle.rae.es/?id=A0fanvT|A0gTnnL>

Font, D. M. (1997). *Guía de estudio Procesal Civil Y comercial*. Buenos Aires: Editorial Estudio S. A.

Josef, K. (2007). *Sociedad y cultura en la antigua mesopotamia*. Ediciones AKAL.

Machicado, J. (10 de 05 de 2016). *Apuntes Juridicos*. Obtenido de Apuntes Juridicos: http://jorgemachicado.blogspot.com/2012/02/eaj_28.html

Machuca, D. K. (07 de Marzo de 2013). La Jurisdiccion. *La Jurisdiccion Concepto Y Atributos*. Cuenca, Azuay, Ecuador: S/E.

Megalex.ec Servicios Ielgales, A. y. (06 de 05 de 2016). *Megalex.ec*. Obtenido de Megalex.ec: <https://sites.google.com/site/megalexec/diccionario-juridico/diccionario-juridico-cabanellas/-j>

Mortara. (1947). En A. MALDONADO, *Derecho Procesal Civil Mexico* (pág. 176). S/C: S/E.

Perez, B. (1981). *Derecho Notarial*. Mexico D.F.: Porrúa.

Ripert, G., & Boulanger, J. (1993). *Tratado de Derecho Civil*. Buenos Aires: La ley .

ROCCO, H. (1939). *Derecho procesal Civil*. En F. D. J.. Tena- Mexico: Traducción de derecho.

SADA, C. E. (2000). *Apuntes Elementales De Derecho Procesal Civil*. Nuevo Leon- Mexico: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Colegio de Criminología UANL.

Salvat, R. (1954). *Tratado de Derecho Civil Argentino*. Buenos Aires : Editora Argentina.

Soto, C. (1989). *El notariado y Algunas Reformas a su Ley*. Mexico D.F.: Porrúa.

Valencia, A. (1978). *Derecho Civil*. Quito: Registro Oficial.

VELEZ, D. P. (05 de 05 de 2007). La competencia y sus reglas. *La competencia y sus reglas apunte de estudios unidad 2 prof Diego Palomo Velez*. Talca, Peru: Universidad de Talca facultad de Ciencias Juriicas Y Sociales.