

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

TRABAJO DE INTEGRACIÓN CURRICULAR PREVIO A LA OBTENCIÓN
DEL TÍTULO DE ABOGADA

**FACTIBILIDAD DE TRASPASO DE CIERTOS PROCEDIMIENTOS
VOLUNTARIOS PREVISTOS EN EL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE
PROCESOS Y CÓDIGO CIVIL A SEDE NOTARIAL**

VERÓNICA ALEJANDRA GUERRA PAZMIÑO

DIRECTOR: DR. JORGE ENRIQUE MACHADO CEVALLOS

Quito, D.M., 2022

Resumen:

La propuesta del trabajo de investigación se enfoca en la revisión y análisis del traslado de ciertas competencias de conocimiento jurisdiccional a sede notarial como potencial alternativa para la descongestión de un sistema judicial, afectado por la gran carga procesal y el aumento demográfico constante en nuestro país. A partir de la experiencia de las reformas a la Ley Notarial promulgada en el 1966 donde evidenciamos ejemplos claros de cómo puede ayudar este traspaso a la mayor y más rápida resolución de trámite no contenciosos, como el caso de la posesión efectiva. Tomaremos en cuenta desde la jurisdicción como institución procesal la factibilidad o conveniencia de dos trámites que, previstos a ser tramitados por procedimiento voluntario, tienen particularidades a ser analizadas previo a decidir si es necesario enviarlas a conocimiento de un notario.

El uso de casos prácticos y suscitados hace apenas un año, permiten hacer un contraste entre figuras que el legislador entiende como no contenciosas pero que a propósito de su trámite evidencian falencias o atrasos estructurales que perjudican a más de una persona, e incluso al estado mismo pues se entorpece su actuar y no brinda ideas creativas o de innovación frente al desborde de casos que en mucho de los casos son abandonados o archivados cuando han sido tratados como procedimientos voluntarios.

Palabras Claves: jurisdicción voluntaria, sede notarial, eficiencia, procedimiento voluntario, autenticación.

Abstract:

The proposal of the research work focuses on the review and analysis of the transfer of certain competences of jurisdictional knowledge to notarial headquarters as a potential alternative for the decongestion of a judicial system, affected by the great procedural burden and the constant demographic increase in our country. From the experience of the reforms to the Notarial Law promulgated in 1966 where we show clear examples of how this transfer can help to the greater and faster resolution of non-contentious proceedings, such as the case of effective possession. We will take into account from the jurisdiction as a procedural institution the feasibility or convenience of two procedures that, expected to be processed by voluntary procedure, have particularities to be analyzed prior to deciding if it is necessary to send them to the knowledge of a notary.

The use of practical cases and raised just a year ago, allow a contrast between figures that the legislator understands as non-contentious but that, regarding their processing, show flaws or structural delays that harm more than one person, and even the state itself because their actions are hindered and they do not provide creative or innovative ideas in the face of the overflow of cases that in many cases are abandoned or archived when they have been treated as voluntary procedures.

Keywords: voluntary jurisdiction, notary office, efficiency, voluntary procedure, authentication

TABLA DE CONTENIDO

SECCIÓN I.....	6
I. LA JURISDICCIÓN COMO MECANISMO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS	7
II. LA JURISDICCIÓN COMO ACEPTACIÓN	7
II. I. DE LOS CONCEPTOS PRELIMINARES.....	7
III. LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA.....	12
IV. FUNCIÓN NOTARIAL.....	14
V. LA FE PÚBLICA COMO HERRAMIENTA DE CERTEZA	17
VI. REQUISITOS DE LA FE PUBLICA.....	18
VII. LOS PROCEDIMIENTOS VOLUNTARIOS EN ECUADOR.....	19
SECCIÓN II	21
VIII. LOS PROCEDIMIENTOS VOLUNTARIOS EN EL COGEP	21
IX. CASOS DE ANALISIS	24
CONCLUSIONES.....	31
BIBLIOGRAFÍA.....	33

INTRODUCCIÓN

Desde la entrada en vigencia del Código Orgánico General de Procesos y frente a la última reforma del Código Civil ecuatoriano, la justicia ecuatoriana ha vivido un cambio sustancial en cuanto a la tramitación de los procedimientos para alcanzar a materializar o reivindicar sus derechos de carácter sustancial. Es a través de las normas adjetivas que, una vez accionado el andamiaje estatal, se busca la tutela de derechos cuando existe un conflicto entre dos partes sean estas integradas por personas naturales o jurídicas con su debida representación, utilizando al proceso y los procedimientos previstos por la ley.

A todo esto, es importante mencionar que uno de los procedimientos señalados por el legislador es el denominado voluntario, uno contrario a la naturaleza misma de la jurisdicción por no existir el presupuesto de conflicto. Lo cual genera una distorsión hacia esta institución procesal que, en otras legislaciones, es traspasada a conocimiento de los notarios cuando estos no implican transgresión a procedimientos que puedan estar inicialmente mal configurados, y donde efectivamente se requiera de las facultades cognoscitivas y ejecutivas de los operadores jurisdiccionales en derecho.

Entender el alcance la jurisdicción como de la función de los notarios permite entablar parámetros de consideración para evaluar no solo la factibilidad sino la idoneidad del traspaso de funciones, lo cual se propone en este trabajo de investigación con un enfoque tanto procesal como desde el derecho notarial.

SECCIÓN I.

I. LA JURISDICCIÓN COMO MECANISMO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Al ser humano es inherente el conflicto cuando vive en sociedad, por confluir de manera permanente, relaciones e intereses de distintos tipos que, en múltiples ocasiones, resultan incompatibles, ocasionando antagonismo entre dos partes. Las cuales en los inicios de la humanidad, buscaban dirimir sus problemas, mediante la fuerza física ostentada por cada contendor, criterios divinos, costumbres y posteriormente, controvertidos ante una entelequia a la que se le entregó el monopolio exclusivo de resolución de conflictos a través de terceros y el uso de la fuerza legítima en caso de incumplimiento; a la cual hoy conocemos como Estado.

Pasó entonces la humanidad, de solucionar las controversias mediante la autotutela, a un esquema mucho más crítico, para hoy en día alcanzar el objetivo de una sociedad armoniosa mediante el uso e implementación de varios métodos alternativos de solución de conflictos. Uno de ellos el auto compositivo: invocando el arreglo de los problemas sin la intervención de un tercero, y procurando una solución amistosa entre las partes. Por otro lado, también se dio paso a la intervención de un tercero para resolver o decidir esencialmente sobre el fondo del problema existente, bajo el método de hetero composición, y que en nuestro marco normativo abarca no solo a la justicia ordinaria y arbitraje, sino se extiende también a la justicia indígena y jueces de paz, tal como lo detalla el artículo 190 de la Constitución de la República.

En este sentido el Estado cumple con una función pública y social, al administrar justicia a través de operadores especializados y calificados para tal efecto, al menos en la teoría. Mediante un procedimiento estructurado, claro y público los administrados esperan nada sino una solución justa, una apegada al marco normativo vigente de cada estado. Ahora, ¿cómo es posible explicar el monopolio exclusivo de administración de justicia en los casos donde no ha sido posible mediación o transacción alguna? La respuesta que el derecho nos propone es bajo la figura de La Jurisdicción. Una institución procesal que permite hacer efectiva la administración de justicia y ha sido producto de la evolución humana, tal como lo plasman los primeros indicios provenientes de la Antigua Roma, siendo este el referente más próximo por la herencia jurídica romanista que mantenemos.

Desde la magistratura romana de la República, vemos un común denominador: los llamados a ejercer esta facultad pública pertenecían a un aparataje administrativo estructurado. En tal sentido, es menester traer a colación que, precisamente, los Magistrados tenían “derechos de dirigirse por escrito al pueblo (*ius edicendi*); de hablar al pueblo (*ius contine labendi*), y el de imponer multas (*ius multae dictione*)”(Quezada, 1984, p. 201). con lo cual no solo mantenían vigente las normas, sino que denotaban la existencia de un mecanismo con suficiente poder de *imperium* para hacer valer las decisiones tomadas por los representantes del estado en cuestión.

II. LA JURISDICCIÓN COMO ACEPCIÓN

Si bien el Código Orgánico de la Función Judicial vigente en nuestro país, establece que la jurisdicción consiste en “la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, potestad que corresponde a las juezas y jueces establecidos por mandato constitucional y legal, y que se ejerce según las reglas de la competencia.” (COFJ, 2009), tal como reza su artículo 150, esta construcción conceptual obedece al resultado de varios años de discusión en la doctrina. Por ello, es necesario realizar un breve recorrido de las diferentes conceptos propuestos por varios autores, y de esta forma realizar un contraste de los elementos comunes.

II.I DE LOS CONCEPTOS PRELIMINARES

Partimos de la raíz misma de la palabra jurisdicción, un vocablo derivado del latín *ius dicere* que significa la “declaración del derecho” (Quezada, 1984, p 36), aunque:

“en el derecho de países latinoamericanos este vocablo tiene, por lo menos cuatro acepciones: como ámbito territorial; como sinónimo de competencia, como conjunto de poderes o autoridad de ciertos órganos de poder público; y su sentido preciso y técnico de función pública de hacer justicia” (Couture, 2014, p 23)

La diferenciación planteada por el profesor Eduardo Couture en este caso procura, de manera ordenada, llegar a la acepción más técnica posible. En tal sentido, de manera breve, este trabajo de investigación propone el siguiente esquema de cada una de las aproximaciones hacia el concepto de jurisdicción de esta forma:

Cuadro 1.- La Jurisdicción (acepciones)

La Jurisdicción	
Como ámbito territorial	Como competencia
De manera cotidiana el uso de este término restringe a un límite físico e incluso marítimo de actuación, lo cual no examina ni desprende mayor detalle que una aproximación dada por el uso común del lenguaje. Sin embargo, es interesante tomar el desarrollo del <i>Common Law</i> al sostener que se trata del “mapeado rígido de territorios dentro de los cuales se ejercen poderes legales formalmente definidos por instituciones gubernamentales formalmente organizadas”. (Ford, 1999, p 843) Limitar a esta institución procesal únicamente a un concepto por territorios de carácter físico, nos entrega muy pocos elementos de la real implicancia de la jurisdicción.	Ciertamente los conceptos tanto de jurisdicción como competencia han sido utilizados como sinónimos o confundidos por la interrelación estrecha que mantienen. No es sino a partir del siglo XX, como sostiene Couture pag 24 que se superó en la mayoría este equívoco. De esta forma la competencia como institución es en realidad una medida en el ejercicio de la jurisdicción. Es decir, “la jurisdicción es abstracta” y en cambio la competencia es “concreta”. (Agudelo, 2007, p s/n) Hablamos entonces de una relación del todo y la parte, donde hemos de señalar que si bien los jueces por mandato constitucional y legal, están investidos de jurisdicción, no tienen competencia para conocer de un determinado problema, y justamente las condiciones a ser observadas se analizan en cada una de las concretas y específicas reglas de la competencia de los distintos ordenamientos. Como toda potestad pública, así como la mayoría de actuaciones incluso en la esfera privada, existen modulaciones o regulaciones para la institución de la jurisdicción, en este caso hablamos de la Competencia. Así, la Corte Suprema de Justicia a través de su Tercera Sala de lo Civil y Mercantil Gaceta Judicial. Año CII. Serie XVII. No. 6, acogiendo el criterio del Dr. Alfonso Troya Cevallos, establece la correlación entre ambos conceptos y cómo han de coexistir:

	No todos los jueces, por mucho que se encuentren asistidos e investidos de jurisdicción, pueden conocer de todos los asuntos; por el contrario todos deben actuar únicamente en aquellos asuntos para los cuales se reúnen las condiciones que la distribución exige. Juez competente es en consecuencia, aquel que actúa dentro de la circunscripción territorial y en la materia y cuantía que le corresponde, según el grado a que pertenece y respecto a personas que le están sometidas. Fijada la competencia de un juez, no se altera por causa superveniente, y queda además, fijada la competencia de los jueces de grado superior.
Como poder	Como función
La jurisdicción entendida como poder se ve innegablemente conectada a conceptos políticos que la inclinan hacia la “capacidad de hacerse obedecer, de sujetar a los demás a las decisiones adoptadas, y siendo poder político esta capacidad se despliega dentro de la sociedad” como sostiene Montero Aroca citado por Ordoñez en su obra (2007, p 50). Es decir, la jurisdicción como prerrogativa, abarca la investidura o jerarquía que mantiene un órgano determinado, en este caso el Poder Judicial, siendo un concepto insuficiente pues como remarca Couture, estamos frente a un poder-deber (Couture, 2014, p 25) que ciertamente combina la facultad pública de juzgar y el deber administrativo de per se realizarlo.	Partimos de que la jurisdicción es una actividad realizada: “por los órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto jurídico 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 factible de ejecución” como sostiene Couture citado en (Quezada, 1984, p 39) Es precisamente esta actividad la que permite dirimir los conflictos de los administrados y es, uno de los fines principales del Estado como garante de la tutela de derechos. Sin embargo esta función ejecutada por jueces, quienes deben ser competentes, merece la siguiente precisión: “no toda la función propia del Poder Judicial es función jurisdiccional” (Couture, 2014, p 22), y que da paso a preguntarnos,

	¿en qué casos no nos encontramos frente a una función jurisdiccional?
--	---

Fuente: Verónica Guerra, 2022.

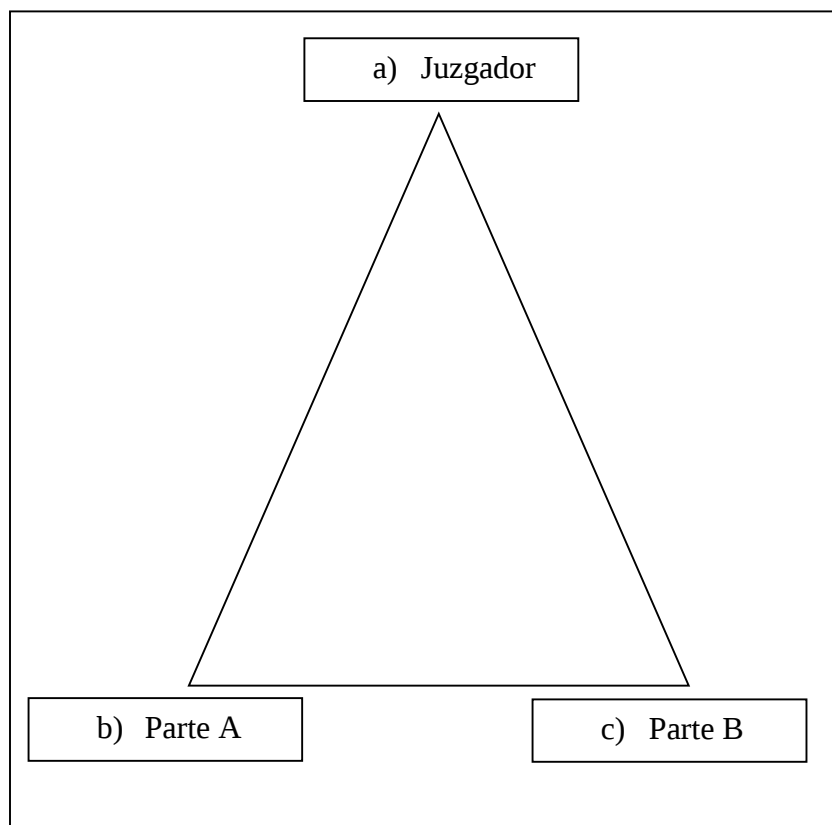
De las ideas que anteceden, y han aportado a la construcción de un concepto mayoritariamente aceptado por la doctrina, solamente cuando hablamos de la jurisdicción como función, nos remitimos a un elemento fundamental: la controversia o el conflicto. Cuya existencia es la piedra angular para accionar al aparataje estatal y buscar la tutela de los derechos de los presuntamente vulnerados, siendo necesaria la actuación de los operadores jurisdiccionales utilizando una herramienta imprescindible como el proceso. Mismo que a decir de Prieto-Castro y Ferrándiz citado por Mejía Salazar (2018) se define como:

“el conjunto de actos regulados por el Derecho procesal, que realizan las partes y el Tribunal, iniciado por una petición de otorgamiento de justicia a la Jurisdicción, para alcanzar una sentencia o acto por el cual el Estado cumple su deber y derecho de defensa del orden jurídico objetivo privado, que implica la protección del derecho o del interés del justiciable que se ampara en tal derecho.”(p 26)

Una verdadera herramienta para la consecución de la función jurisdiccional, pues a través de una serie de actos establecidos previamente en la norma, las partes en conflicto pueden poner ante el juez cuanto elemento sustancial e incluso de carácter formal para que sea considerado, y este emita su resolución.

Establecidos los elementos esenciales dentro de la jurisdicción, podemos entender a la jurisdicción como una relación tripartita que, de faltar uno de los elementos sustanciales, nos lleva a analizar otra institución del derecho procesal, pero que ciertamente no es la facultad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. La ilustración a continuación, con las premisas de descripción que la acompañan, esclarecen de manera gráfica los sujetos y las relaciones de ellos:

Grafico 1. La Jurisdicción



Fuente: Verónica Guerra, 2022.

- i) Tenemos dos partes A y B que, en una relación horizontal, tienen intereses distintos y distantes.
- ii) Tanto A y B se mantienen en una relación vertical con el juzgador, sea este unipersonal o pluripersonal.
- iii) Desde el punto a) donde se encuentra el juzgador, este puede ver de manera panorámica las posiciones de las partes.
- iv) La comunicación que las partes puedan tener entre sí, al ser notificadas recíprocamente de sus actuaciones, y de aquella que emite el juzgador, se dan gracias al proceso.
- v) Si no existen intereses contrapuestos entre A y B, no es necesaria la presencia del juzgador.
- vi) Sin la presencia de un juzgador las partes dirimen entre sí sus conflictos.

vii) Si únicamente hay una parte, sin una antagónica, es innecesaria la presencia del juzgador.

La mayoría de las premisas propuestas en la parte superior parten de la existencia de la función jurisdiccional, pero existe una excepción importante en la doctrina así como en la legislación de muchos países: cuando dos partes que, no necesariamente están en conflicto, comparecen ante el tercero imparcial. Es decir, nos encontramos frente a una jurisdicción en la cual no existe controversia. Sin este elemento fundamental, la denominada Jurisdicción voluntaria ¿evoca la desnaturalización de la jurisdicción tal como ha sido estudiada?

III. LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

Llamada también jurisdicción no contenciosa e incluso graciosa, ha sido a lo largo de los años ampliamente discutida en el foro académico. Tal como anotamos en líneas precedentes, la jurisdicción tiene como condición la existencia de un conflicto de relevancia jurídica, a ser resuelto por un tercero imparcial. Es, precisamente la contienda el punto de partida para accionar un aparataje estructural con facultad suficiente y legítima para hacer cumplir sus determinaciones. Sin embargo, el panorama cambia cuando no estamos frente a una contraposición de intereses, y son precisamente los interesados quienes de común acuerdo solicitan la intervención del tercero imparcial con un fin de solemnizar su actuar.

Vescovi (2006) en su obra *Teoría General del Proceso* desde un inicio apunta a que “ya su propia denominación despierta discusiones” (p 109), esto a propósito de la forzada coexistencia verbal de dos términos que no se relacionan con sus concepciones tradicionalmente aceptadas. Es así que, por un lado, hacemos alusión a una actividad procedimental y administrativa del poder judicial, pero no a la actividad jurisdiccional natural que ejercen los jueces sean unipersonales o pluripersonales, y no obedece a la acepción general de voluntario, pues de no acudir a este procedimiento no existe alternativa alguna para lograr alcanzar el aval judicial sobre un particular.

La denominación de esta institución particularmente obedece a que los Magistrados de la época romana, utilizaban o actuaban de manera *inter volente*, o lo que es igual a “entre personas que no disputan ni litigan, sino que en principio están de acuerdo en lo que quiere. Queda excluida la contienda, el contencioso”. (Vescovi, 2006, p 28) Es, en palabras del profesor Lino Palacio

aquella que “ejercen los jueces con el objeto de integrar, constituir o acordar eficacia a ciertos estados o relaciones jurídicas privadas” esto ante la petición de un interesado o peticionario, esgrimiendo de esta manera otro elemento importante.

De manera previa, se estableció la existencia de una parte procesal y de otra con intereses opuestos o irreconciliables en un proceso donde el operador de justicia ejerce jurisdicción. Guasp citado por Hernández (2012) señala a estos actores dentro del proceso como “quien pretende y frente a quien se pretende o, más ampliamente, quien reclama o frente a quien se reclama la satisfacción de una pretensión” (p 475) . Ahora, si nadie pretende como tal reclamar la satisfacción de una o varias pretensiones, no existen las partes, sino un peticionario sin adversario que frente a ello:

“no pide algo contra alguien, ni tampoco algo que pueda ser perjudicial a alguien. El juez no decide un conflicto; se trata de un funcionario público que controla, verifica, autentica, pero no está frente a un litigio, a una controversia, o una controversia insatisfecha de una frente a otra” (Vescovi, 2006, p 109)

Es decir, sin conflicto o partes el juez no puede hacer una “comprobación de una tesis con una antítesis” (Couture, 2014, p 41) y al emitir su decisión lo efectúa conociendo únicamente los hechos, derechos y material probatorio, o más preciso, comprobatorio de lo que pretende validar. Un acto que hoy en día es muy similar a la función de los notarios, quienes como custodios de la fe pública brindan a la sociedad certeza de carácter preventivo sobre determinados actos, contratos y situaciones delegadas por disposición del Poder Legislativo a ellos, muchas veces para descongestionar un sistema judicial que, con el incremento demográfico constante de los estados, se ve cada día más imposibilitado de atender los requerimientos de todos sus administrados.

Finalmente, previo a analizar esta función accidental de los jueces, es importante retomar un punto clave. El peticionario pretende obtener al final del procedimiento establecido por la ley, la respuesta del juez. Una que no se asimila con los mínimos de una sentencia de un proceso general, pues “la resolución no es una sentencia, ni pasa en autoridad de cosa juzgada. Es simplemente una providencia que constituye una situación jurídica que puede ser modificada si cambian las circunstancias (*rebus sic stantibus*) o se suscita una controversia” como establece de manera clara Vescovi (2006, p 109).

Es decir no se constituyen nuevos derechos, sino que los preexistentes son reafirmados como establece el profesor Couture al señalar que en primer lugar “la sentencia jurisdiccional, cuyo contenido puede ser declarativo, constitutivo, de condena o cautelar, las decisiones que se profieren en la jurisdicción voluntaria son siempre de mera declaración. Ni condenan ni constituyen nuevos derechos.” (Couture, 2014, p 42)

IV. LA FUNCIÓN NOTARIAL

Cada una de las instituciones del derecho han sido y son a la fecha, las respuestas que la sociedad crea para satisfacer sus necesidades, siendo esta una manifestación clara de la expresión romana *ubi societas, ubi ius*. La figura del notario, no es entonces, accidental. Todo lo contrario, esta es el resultado de un proceso lógico y del decantamiento histórico así como social.

Desde el inicio del comercio así como del tráfico mercantil “cuando los hombres necesitaron alguien que les proporcionara seguridad en sus transacciones, ese alguien tuvieron que buscarlo entre las personas con conocimiento en la escritura (pues antaño muy contadas personas, casi solo frailes, sabían escribir)” (Carral y de Teresa, 2007, p 3), esto con un fin aunque evidente, y útil de recordar: buscamos protección en las transacciones que afecten nuestros intereses.

Tal como propone Carral y de Teresa (2007) referirse a la justificación y el génesis mismo de esta labor:

“nuestro estudio tiene que iniciarse con un procedimiento aristotélico, o sea, partiendo de la realidad del hecho, pues abemos que así como la enfermedad precedió al médico y la construcción al arquitecto, el documento precedió al notario.” (p 5)

Un documento con tal importancia que su sola suscripción casera o privada no bastaba para las partes para una real validez. Eran pues, en los primeros momentos de la historia, los denominados “maestros de obras” quienes certificaban cuanto fuera en su conocimiento siempre y cuando cumplan con determinados requisitos. A saber, Francisco Morales, citado por Delgado Viteri (2015), enumera de manera precisa los contenidos mínimos de los primeros documentos validados por los primeros notarios, y en los que usualmente se tratada de un negocio sobre un bien inmueble:

- a) Su contenido era siempre una Transmisión de Propiedad.

- b) El material era papiro, el cual no resiste el paso de los tiempos.
- c) Se expedía un documento para cada objeto, fuese mueble o inmueble.
- d) Se entregaba el documento al titular.
- e) En caso de testamento no se entregaba al heredero hasta el momento del fallecimiento.
- f) Era redactado por un escriba.
- g) Intervenían tres testigos.
- h) Era sancionado por un Sacerdote, el cual imprimía su sello.
- i) No podían hacerse adiciones. (P 21)

Es particularmente interesante analizar que en los tiempos donde la escritura apenas entraba en auge, culturas como la egipcia e incluso la romana entendían que el documento donde se plasmaban contratos (claro reflejo de las obligaciones que acordaban), las personas interesadas tenían un real interés por el perfeccionamiento del documento como instrumento para una exigencia posterior en caso de incumplimiento.

Empero, la sola suscripción e incluso con todas solemnidades dejaba aún una brecha de duda respecto al potencial riesgo adscrito al documento: la posibilidad de una alteración e incluso la pérdida del ejemplar. A lo cual la experiencia misma, en especial de mercaderes y vendedores de tierra, pudo resolver entregar i) el compromiso por escrito como sinónimo de la perdurabilidad, ii) copias o reproducciones del documento en cuestión y finalmente, para mayor seguridad, el escribano quien precedió el acto guardaba para sí un ejemplar adicional como señala Carral y de Teresa (2007, p 6). De esta forma evitamos la pérdida absoluta del ejemplar, una función preventiva que asumían los escribanos a la época.

Es decir, los notarios en función del ejercicio de la fe pública se convirtieron en depositarios de algo más que un archivo, pues tal como señala Luis Recasens Siches:

“Sin un minimum de certeza y seguridad jurídica no podría reinar la justicia en la vida social. No puede haber justicia donde no haya un orden. No es posible llevar a realización en términos generales los altos valores jurídicos de la dignidad personal y de la libertad del individuo en una sociedad en anarquía. Sin orden, el cual implica alguna certeza y seguridad, tampoco se puede promover el bien común.” (Lucas-Baque, S. Albert, J. 2019, p 43)

Es a través de las actuaciones de los notarios que, se ven investidos de una presunción de autenticidad que, los administración se acerca a sus administrados por esta importante herramienta parte de la descentralización.

Una vez que conocemos qué hace un notario en rasgos generales y por qué lo hace, es importante también recordar en nuestro contexto normativo quién es, para lo cual debemos remitirnos al artículo 200 de la Constitución aprobada en Montecristi (CRE, 2008), que reza lo siguiente:

“son depositarios de /a fe pública; serán nombrados por el Consejo de la Judicatura previo concurso público de oposición y méritos, sometido a impugnación y control social. Para ser notaria o notario se requerirá tener título de tercer nivel en Derecho legalmente reconocido en el país, y haber ejercido con probidad notoria la profesión de abogada o abogado por un lapso no menor de tres años.

Las notarias y notarios permanecerán en sus funciones seis años y podrán ser reelegidos por una sola vez. La ley establecerá los estándares de rendimiento y las causales para su destitución.

Así también debemos remitirnos a la ley especial en esta materia: la ley Notarial, expedida mediante Decreto Supremo 1404 (Ley Notarial, 1966) durante el periodo presidencial del ex presidente Clemente Yeroivi Indaburu, cuyas reformas serán analizadas posteriormente y que establece los siguientes aspectos respecto de la figura del notario:

Cuadro 2. El notario en la ley notarial ecuatoriana vigente

Definición de notario	Lugar de ejercicio	Facultades
Art. 6	Art. 6	Art. 18
Deberes de los notarios	Prohibiciones	Organización gremial
Art. 19	Arts. 20 y 21	Art. 49

Fuente: Verónica Guerra, 2022.

Si bien en este capítulo, no se abordará los requisitos específicos y características especiales para la designación de los notarios a nivel nacional, por no ser ese el propósito de la investigación, recordamos que la normativa atinente en esta materia sin duda contempla el Código Orgánico de la Función Judicial como norma orgánica y rectora para entender la naturaleza de las funciones que ejerce la función notarial y el reglamento expedido mediante Resolución 260-2014,

publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 371, de 10 de noviembre de 2014 donde se estableció el Reglamento para la designación y ejercicio de funciones de los notarios y notarias suplementes.

V. LA FE PÚBLICA COMO HERRAMIENTA DE CERTEZA Y PREVENCIÓN

Rodríguez Adrados citado por López Obando (2009, p 39) explica en que esta “consiste en la eficacia jurídica, en el valor, que en la normalidad de la vida jurídica y en el proceso tienen por sí mismos los documentos públicos” y que para Sanahuja y Soler “es la garantía que da el Estado de que determinados hechos que interesen al derecho son ciertos. Por eso se impone coactivamente a todos a la certidumbre de los hechos” (García, 1978, p 8). Esta presunción de legitimidad que la doctrina analiza tiene un origen lógico pues podemos decir:

Entonces que es la convicción del estado acerca de la certeza de un hecho o de una relación jurídica que se impone a los particulares, independientemente de su creencia individual ya que ni las leyes, ni las sentencias judiciales ni los documentos notariales podrían ser eficaces si a cada momento se pusiera en duda la legitimidad o la autenticidad de su contenido. (García, 1978, p 9)

TIPOS DE FE PÚBLICA

Esta fe pública como instrumento de validez encuentra en la doctrina la distinción entre fe pública administrativa, judicial, registral y extrajudicial o notarial como explica de manera sucinta Álvarez-Coca González (1987):

a) El objeto de la fe pública administrativa es dar notoriedad y valor de hecho auténticos a los actos realizados por el Estado o por las personas jurídicas dotadas de soberanía, de autonomía o de jurisdicción.

Se ejerce a través de documentos expedidos por las autoridades que ejercen la función administrativa, en los que se consignan órdenes, comunicaciones y resoluciones de la Administración.

b) Fe pública judicial. Aunque en rigor, las actuaciones judiciales suscritas por el juez deberían producir efecto pleno de autenticidad, la tradición española coloca al lado del juez una especie de notario que autentifica, con su intervención y firma, tanto las actuaciones de las partes, como los acuerdos y resoluciones del juez. Es el secretario judicial.

- c) Fe pública registral. El documento auténtico se hace público por medio de otro que lo copia (más o menos a la letra) para desplegar la autenticidad su fuerza probante del acto a favor o en contra de cualquier interesado desde la fecha de su inscripción.
- d) Fe pública registral o extrajudicial. (P 556)

Es necesario acotar que, al hablar de la fe pública notarial debemos partir de la coexistencia e interrelación del notario no como testigo, sino como quien otorga “un testimonio rogado” Carral y de Teresa (2007, p 6), y que se expresa de manera exclusiva e íntegra en un documento de contenido claro.

VI. REQUISITOS DE LA FE PÚBLICA

Hablamos entonces de una investidura que conjuga la notoriedad con la validez y autenticidad de actos dada por una necesidad de seguridad cuyos cimientos son la evidencia (de manera sensorial el notario tiene una aproximación sensorial con los documentos para el conocimiento directo) y la fe, siguiendo a Núñez Lagos en Carral y de Teresa (2007, 12), el cual también establece las siguientes fases como requisitos:

- a) Una fase de evidencia. De este aspecto hay que distinguir, entre el autor del autor y el destinatario. Si nos referimos a su autor se requiere: que sea persona pública, que vea el hecho ajeno, o que narre el hecho propio.
- b) El acto de evidencia puede producirse llanamente o bien revestido de solemnidad. En el primer caso el acto no tiene fe pública, y en el segundo sí, por haber sido producido dentro de un procedimiento ritual fijado por la ley.
- c) Una fase de objetivización. Si el funcionario que ha de autenticar el hecho histórico no lo fija en la “dimensión papel”, de nada serviría, pues su memoria es tan frágil como la de cualquier otro ser humano. Por eso el hecho percibido debe convertirse en cosa corporal.
- d) Una fase de coetaneidad. Los requisitos de “evidencia”, de “solemnidad” y de “objetivación”, deben producirse al mismo tiempo (coetáneamente). Estas tres fases, evidencia, ceremonia del acto solemne y su conversión en papel, deben producirse en un solo acto; pero la coincidencia tiene que darse de acuerdo con ciertas normas d forma previstas por la ley y obligatorias para el funcionario que interviene.

Todos estos elementos plasman no solo un proceso intelectual, sino de carácter sensorial para otorgar a los solicitantes y sociedad en general tranquilidad respecto a la exactitud e integridad de los actos y contratos que se celebran en un sinnúmero de relaciones jurídicas a diario.

VII. LOS PROCEDIMIENTOS VOLUNTARIOS EN ECUADOR

Ya en el marco normativo ecuatoriano hasta el año 1996 en nuestra norma adjetiva encontramos que varios procedimientos voluntarios, antes en su mayoría tramitados como juicios verbales sumarios, pasaron a ser de conocimiento de los notarios. Bajo los preceptos que la Ley Reformativa a la Ley Notarial publicada en el Registro Oficial No. 64, el 8 de Noviembre 1996 sostuvo para realizar este cambio que, ciertamente buscaba implementar de manera real un mecanismo práctico de aplicación de los principios de celeridad y economía procesal, obedece a la innovación normativa a nivel regional siguiendo el ejemplo de países como España, por ello, trámites como los que se detallan a continuación pasaron a sede notarial, a saber:

1. Constitución y extinción del patrimonio familiar
2. Autorización para donación
3. Posesión efectiva
4. Autorización para venta de bienes del menor con libre administración de bienes
5. Receptar información sumaria y de nudo hecho
6. Sentar razón probatoria de la negativa de recepción de documentos o de pago de tributos
7. Protocolizar capitulaciones matrimoniales, inventarios solemnes, poderes especiales y revocatorias que otorgan los comerciantes a sus dependientes o factores para administrar negocios; y,
8. Practicar diligencias y requerimientos para el cumplimiento de promesa de contratos.

Hoy en día, trámites como el otorgamiento de una posesión efectiva se realizan de manera continua en las notarías de todos los cantones de nuestro país, pero no fue siempre ocurrió de esta manera. Previo a la puesta en vigencia de la Ley Notarial publicada en el Registro Oficial No. 64, el 8 de Noviembre 1996, debíamos remitirnos al Código de Procedimiento Civil (CPC,

2005), norma adjetiva ya derogada, y que preveía lo siguiente para que un juez o notario, dando los primeros indicios de factibilidad en la delegación de ciertos trámites para pueda reconocer tanto a herederos y certificar esta calidad para el ejercicio de sus derechos respecto a la masa hereditaria dejada por la o el causante.

El artículo 674 *ibidem* establecía lo siguiente:

Art. 674.- El heredero se presentará al juez o notario pidiendo la posesión efectiva de los bienes hereditarios. A esta solicitud acompañará copia inscrita del testamento y la partida de defunción del testador, o una información sumaria de testigos, para acreditar que ha muerto la persona a quien se ha heredado, y que el solicitante es heredero. Inmediatamente el juez pronunciará sentencia, con arreglo al mérito del proceso, o el notario levantará la respectiva acta notarial; y se la mandará inscribir, conforme a la Ley de Registro.

Es decir, se accionaba el aparato especial para la verificación de una calidad que nace de un hecho jurídico: la muerte; o podía acudirse ante notario. Ahora cabe cuestionarnos sobre esta alternativa que el legislador da a los interesados, pues habilita dos caminos legales y con los mismos efectos. Esto obedece a una noción de eficiencia del servicio público y aplicación de principios como celeridad y economía procesal. Por más expedito que sea el pronunciamiento de un juez, este siempre tendrá el conflicto de la carga procesal general que mantiene en su despacho del resto de causas a su carga y que, ciertamente muchas veces, pueden ocupar mayor tiempo para su decisión, retardando la respuesta esperada por los herederos de los causantes.

Actualmente, resulta un trámite que ocupa apenas una hora para ser otorgado mediante acta notarial frente a cualquier notario de cualquier circunscripción sin necesidad de un trámite judicial que incluso podía resultar oneroso por la solicitud preparada por un profesional del derecho, lo cual igualmente ocurre en sede notarial, pero la complejidad es distinta. Precisamente el ejemplo de la posesión efectiva es el más evidente para demostrar lo siguiente:

1. Aquellas situaciones que no evidencian conflicto sino más bien requieren de autenticación pueden ser resueltas en un órgano descentralizado.
2. El traspaso de facultades de conocimiento jurisdiccional a notarial cuando no implique un real ejercicio de jurisdicción no solo siguen el espíritu de principios de celeridad y economía procesal, sino que implican un ahorro de tiempo e incluso recursos -dentro de lo posible – a los interesados y el Estado, descongestionando una administración de justicia

que hoy se ve envuelta en problemas administrativos tan graves como la falta de suministros de trabajo en todos sus niveles.

A más de los trámites que las reformas de 1996 y 2006 a la ley notarial traspasaron a conocimiento notarial, el presente trabajo de disertación se enfocará en el análisis de aquellas causas tramitadas por procedimiento voluntario regulado a partir del artículo 334 y siguientes del Código Orgánico General de Procesos que, desde 2016 es la norma procedimental vigente en nuestro país, donde se establece el procedimiento voluntario como aquellos cuyas “pretensiones que por su naturaleza o por razón de estado de las cosas se deben resolver sin contradicción, se sustanciarán a través del trámite reservado para los procedimientos voluntarios” (Guarderas, Cañas & Hernández, 2016, p 25) para evaluar si es que sus características permiten un traspaso a sede notarial.

SECCION II

VIII. LOS PROCEDIMIENTOS VOLUNTARIOS EN EL COGEP

El Código Orgánico General de Procesos (COGEP, 2016) prevé en su artículo 334 una lista no taxativa de las situaciones de relevancia jurídica que son de conocimiento exclusivo de los operadores jurisdiccionales, a saber:

1. Pago por consignación.
2. Rendición de cuentas,
3. Divorcio o terminación de unión de hecho por mutuo consentimiento, cuando haya hijos dependientes y que su situación en cuanto a tenencia, visitas y alimentos no se encuentre resuelta previamente.
4. Inventario, en los casos previstos en este capítulo.
5. Nota: Numeral derogado por artículo 60 de Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 517 de 26 de Junio del 2019 .
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.

Importante recalcar que este cuerpo normativo no es el único que habla de este procedimiento, toda vez que en el código sustantivo civil tenemos remisión expresa en los casos cuyo esquema se expone a continuación:

Cuadro 3. Procedimiento voluntario en el Código Civil

Código Civil	
Terminación Unión de Hecho (artículo 226)	Esta unión termina: a) Por mutuo consentimiento expresado por instrumento público o ante una jueza o un juez de la familia, mujer, niñez y adolescencia. b) Por voluntad de cualquiera de los convivientes expresado por escrito ante la jueza o el juez competente, en procedimiento voluntario previsto en el Código Orgánico General de Procesos. c) Por el matrimonio de uno de los convivientes con una tercera persona; y, d) Por muerte de uno de los convivientes.
Emancipación voluntaria (artículo 309)	La emancipación voluntaria se efectúa por instrumento público en que el padre y la madre declaran emancipar al hijo adulto, y el hijo consiente en ello. La emancipación será autorizada por la o el notario mediante procedimiento voluntario, conforme las disposiciones previstas en el Código Orgánico General de Procesos.
Administración sociedad conyugal (artículo 842 tercer inciso)	Puede la jueza o el juez nombrar administrador cuando la mayoría de los que deben aprovechar de la cosa común, así lo determinare. Para hacerlo, seguirá el procedimiento voluntario previsto en el Código Orgánico General de Procesos.
Guarda y fijación de sellos (artículo 1245)	Desde el momento de abrirse una sucesión, todo el que tenga interés en ella, o se presuma que pueda tenerlo, podrá pedir que los muebles y papeles de la sucesión se guarden bajo llave y sello, hasta que se proceda al inventario solemne de los bienes y efectos hereditarios. No se guardarán bajo llave y sello los muebles domésticos de uso cotidiano; pero se formará lista de ellos.

	La guarda y fijación de sellos deberá hacerse en procedimiento voluntario, según las disposiciones del Código Orgánico General de Procesos.
Declaración herencia adyacente (artículo 1263 primer inciso)	Si dentro de quince días de abrirse la sucesión no se hubiere aceptado la herencia o una cuota de ella, ni hubiere albacea a quien el testador haya conferido la tenencia de los bienes y que haya aceptado su encargo, el juez, en procedimiento voluntario, a instancia del cónyuge sobreviviente, o de cualquiera de los parientes o dependientes del difunto, o de otra persona interesada en ello, o de oficio, declarará yacente la herencia; se insertará esta declaración en un periódico del cantón, si lo hubiere, y en carteles que se fijarán en tres de los parajes más frecuentados del mismo; y se procederá al nombramiento del curador de la herencia yacente.
Autorización de enajenación de efectos hereditarios (artículo 1267)	La enajenación de cualquier efecto hereditario, aún para objetos de administración urgente, es acto de heredero, si no ha sido autorizada por la jueza o el juez en procedimiento voluntario, a petición del heredero, protestando éste que no es su ánimo obligarse en calidad de tal.
Divorcio	Por mutuo consentimiento los cónyuges pueden divorciarse en procedimiento voluntario que se sustanciará según las disposiciones del Código Orgánico General de Procesos.

Siendo varios los trámites sujetos a procedimiento voluntario, se analizará dos de ellos, uno previsto en el Código General de Procesos y del Código Civil, partiendo de la premisa de que el legislador ha estimado conveniente y técnicamente apropiada la tramitación por esta vía. Una que se rige por particularidades procedimentales como la existencia de una petición y no de una demanda, aunque se establezcan los mismos requisitos previstos en el artículo 142 de nuestra norma adjetiva. Petición que, de ser clara, precisa y completa, mediante auto de sustanciación de calificación ordenará, el juzgador, la citación de los interesados, hecho lo cual en el término no menor a 10 días ni mayor a 20 días convocará a audiencia para la práctica de prueba de ser necesario; que en el caso no existir oposición de los interesados le sirve al juzgador para confirmar lo puesto en conocimiento por los peticionarios y no para que exista una confrontación o debate de carácter probatorio.

Como hemos señalado puede ocurrir un escenario particular: la oposición, punto fundamental para dar paso a un proceso dónde debe mediar la jurisdicción por existir conflicto. Está oposición además de ser fundamentada, es presentada cumpliendo los mismos requisitos de la contestación a la demanda y el efecto más importante es el cambio de procedimiento. Presentada que fuere la oposición se convierte en una contienda entre partes procesales y se traslada a un procedimiento sumario con los riesgos que ello implica. Uno de ellos y el más grande es la potencial declaración de una nulidad consecuencia de una vulneración al trámite. Razón por la cuál es sustancial que no solo las partes conozcan las particularidades de los procedimientos, sino que los operadores jurisdiccionales tengan claras todas las reglas del proceso.

IX. CASOS DE ANÁLISIS

AUTORIZACIÓN DE VENTA DE BIENES DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES Y, DE PERSONAS SOMETIDAS A GUARDAS

El trámite seleccionado para esta investigación es la autorización de venta de los incapaces relativos como niños, niñas y adolescentes. Para el derecho patrimonial que muchas veces es analizado únicamente cuando existen dentro de la relación jurídica partes con capacidad suficiente, debemos regresar nuestra mirada a, ¿qué sucede con aquellos que siendo incapaces relativos tienen a su nombre bienes, particularmente inmuebles? Nuestra legislación se refiere a la representación de los niños, niñas y adolescentes en cuanto a actos de negocio en los siguientes términos:

La administración de los bienes del hijo de familia, confiere al padre o a la madre la posibilidad de celebrar en representación del hijo los actos y contratos que no impliquen enajenación ni gravamen de bienes raíces, pero para el último caso se requiere la autorización expresa del Juez (Corrales, 2016, p 82).

Es decir, si bien la administración de bienes otorga una facultad de control esta se ve limitada con respecto a la enajenación con ocasión de precautelar los intereses no solo a mediano, sino largo plazo de los menores de cuyo patrimonio pueda verse afectado por decisiones arbitrarias y negligentes por parte de sus padres. Si bien se busca la autorización de un juez para evitar lo anteriormente anotado, los jueces de familia, quienes son competentes para estos asuntos, muchas veces, frenando el tráfico mercantil, establecen que cada solicitud debe presentarse para cada

contrato a celebrarse en relación a los bienes de un menor o de los derechos reales que ellos tengan fincados respecto a un inmueble.

Un ejemplo práctico sobre lo antes anotado, y bajo el principio de publicidad de los procesos, puede ser revisado en la causa signada bajo el número 17205-2021-00426 sustanciado ante la Unidad Judicial De Familia, Mujer, Niñez Y Adolescencia Con Sede En El Cantón Rumiñahui, Provincia De Pichincha. Un proceso que fue iniciado con la única pretensión de que se autorice en resolución la permuta del 25% de derechos y acciones de la nuda propiedad de dos niñas sobre dos bienes inmuebles ubicados en la provincia de Rumiñahui, tal como se transcribe a continuación:

Con fundamento en lo que dispone el Art. 297 del Código Civil, y el Art. 334 y siguientes del Código Orgánico General de Procesos, acudo ante usted, con el fin de que, en resolución, se conceda a mi mandante la autorización judicial para permutar el 25 % de derechos y acciones de la nuda propiedad que tienen cada una de sus hijas XXXXXXXX y XXXXXXXX (nombres ocultos por tratarse de menores) sobre los siguientes inmuebles: a) lote de terreno situado en el lote A, calle sin nombre, del barrio Selva Alegre, parroquia Sangolquí, provincia de Pichincha, y b) lote de terreno signado con el número 582, situado en la Urbanización Chillo Compañía, parroquia Sangolquí.

A lo cual la juez que conoció de esta causa solicitó, en primer término, se complete y aclare la solicitud, misma que posteriormente fue archivada bajo el siguiente argumento:

3.3.- De la revisión de los escritos se desprende que la parte accionante da cumplimiento parcialmente a lo dispuesto, NO se da cumplimiento a lo que prescribe en los artículos 142 numeral 5, 6 y 9 del Código Orgánico General de Procesos esto es: i) Su demanda es oscura y confusa, la parte actora, realiza una indebida acumulación de pretensiones por un lado solicita autorización de venta de bien de menor y por otra solicita permuta de estos bienes con un familiar, dos acciones de diferente objeto y naturaleza. El art 297 nos dice “ No se podrán enajenar ni hipotecar en caso alguno los bienes raíces del hijo, aún pertenecientes a su peculio profesional, sin autorización del juez, con conocimiento de causa” en concordancia con el art 334 numeral 6 donde dice que los procesos de autorización de venta de bienes de menores se llevara a cabo por procedimiento voluntario. Sin embargo la actora NO solicita únicamente autorización de venta, además de esto solicita una acción de transferencia de dominio, misma que no es de competencia de jueces de Familia Mujer Niñez y Adolescencia conforme el art 233 del Código Orgánico de la Función Judicial, y que no se realiza a través de procedimiento voluntario.- Por lo que ambas pretensiones deben realizarse de forma separada. (...)

Si bien podríamos revisar la motivación planteada por la jueza e incluso analizar si era procedente o no la interposición de un recurso vertical de apelación, cabe cuestionarnos también sobre las consecuencias de este tipo de pronunciamientos, pues no solo existiría mayor carga

procesal en los juzgados, sino que corremos el riesgo que si varios jueces conocen sobre negocios que se darán de manera simultánea y reciproca como en el caso de una donación de usufructo y de nuda propiedad, puedan darse resoluciones contrarias las cuales impedirían la ejecución de las transacciones que muchas veces pueden ser planteadas para mejorar las condiciones del niño e incluso para consolidar la propiedad en casos de copropiedad.

Una alternativa a esto puede darse en sede notarial si es que se realiza el mismo proceso necesario para las donaciones, siendo necesaria la insinuación para receptar las declaraciones juradas de los donatarios sobre la suficiente bienes adicionales para garantizar su subsistencia con la intervención de dos testigos idóneos que acrediten que ellos tienen otros bienes adicionales suficientes que garantizan su subsistencia, como lo prevé el numeral 11 del Art. 18 de la Ley Notarial.

Lo mismo puede ocurrir con la autorización de enajenación de bienes de propiedad de niñas, niños y adolescentes, para lo cual, nuevamente seria necesaria la insinuación e incluso podríamos hablar de la declaración juramentada de representantes, curadores o tutores del incapaz relativo, como requisito previo y habilitante para el negocio jurídico. De esta forma no solo descongestionamos la administración de justicia, sino que agilizamos los actos de comercio que incluso, en una emergencia podrían ayudar a los hijos de familia y a sus padres en casos de necesidad urgente y emergente de liquidez económica, por ejemplo de ser diagnosticado o diagnosticada con enfermedades cuyo tratamiento es realmente oneroso.

Quienes sostienen que el interés superior del niño relega esta posibilidad por tratarse de contratos con repercusiones i) irreversibles y ii) gravosas para los menores e incapaces en general, zanján su criterio a que las autorizaciones sean solo judiciales bajo el riesgo de que sean inadmitidas las peticiones y del retraso prolongado por acudir ante un operador jurisdiccional con casos de complejidad mayor que sí requieren más tiempo para ser analizados.

LA GUARDA Y FIJACIÓN DE SELLOS EN MATERIA SUCESORIA

Al momento de iniciar el proceso de apertura de la sucesión, la aceptación o repudiación e inventario del cual habla el Código Civil, existe una medida inminentemente cautelar que busca

precautar los bienes muebles que hagan parte de bienes muebles. Misma que a partir Disposición Reformativa Quinta, numeral 18 de Ley No. 0, publicada en el Registro Oficial Suplemento 506 de 22 de Mayo del 2015, vigente desde el 22 de mayo del 2016, prevé su tramitación, de manera sorprendente como un procedimiento voluntario, lo que a criterio de la autora no solo es una desnaturalización a las medidas cautelares de carácter real, sino una grave falla en la técnica legislativa utilizada por la Asamblea Nacional.

Previo analizar el procedimiento *per se*, es menester recordar qué es y las implicaciones de una medida cautelar real. Para Calamandrei citado por Jorge Forero en su obra Medidas Cautelares en General (2018, p 30) son:

Providencia (autos, en nuestra terminología) instructorias anticipadas, encaminada a fijar y conservar ciertos elementos probatorios, positivos o negativos, que podrán ser utilizados después en un futuro proceso de cognición y las cuales se adoptan en el curso del proceso ordinario o antes de que se inicie a través de un procedimiento autónomo. Incluyen testimonio para futura memoria; la pericia preventiva, etc.”

En consecuencia nos encontramos frente a un proceso cuya finalidad es precautar la igualdad procesal y la efectiva y ejecutable administración de justicia, pues busca “proteger un derecho o una situación jurídica, así en el momento en que se hacen necesarias sean estos solamente verosímiles o solo presumibles” (García, E., García, J. 2005, p 10). Pensemos entonces en las medidas cautelares como una herramienta de preservación la cual evita “que mientras se tramita el proceso su situación se vea afectada y se complique las expectativas de lograr la satisfacción del derecho” (Forero, 2018, p 2) del cual el interesado se cree legitimante asistido para exigir en el proceso ordinario o principal donde sí se discutirá el estado de los objetos y los derechos que sean necesarios declarar por un juez competente.

Asimismo es importante también ampliar el concepto a sus características particulares y con importantes efectos a ser observados al momento de emplearlas en una estrategia legal. En primer lugar: son instrumentales. De la inferencia deducimos que existe la necesidad inminente de un proceso principal para la subsistencia temporal de las medidas. Es así que:

Las más de las veces se solicitan en la demanda que da curso a un proceso, pero puede ocurrir que se tramiten sin medie proceso alguno pero servirán para uno futuro, como la guarda y aposición de sellos que se aprovecharán para el proceso de sucesión, o el de embargo de un inmueble en el

proceso de ejecución para suscribir una escritura pública que implique la transferencia de dominio. (Forero, 2018, p 3)

Por otro lado, son de carácter provisional esto en clara vinculación con la característica de instrumental que mantienen las medidas cautelares, pues encuentran su razón de existir durante un proceso estrechamente vinculado o al inicio de uno igualmente atinente. Lo cual general que una vez terminado el proceso, sea de manera ordinaria e incluso extraordinaria las medidas puedan ser levantadas cesando así sus efectos.

Son también taxativas o *numerus clausus* pues se establecen de manera expresa y clara en la ley, y solo será ordenada su práctica por un juez si es que la norma procesal así lo prevé para un procedimiento o una circunstancia en particular dentro del tiempo procesal respectivo, pues en atención a principios como los de oportunidad y preclusión la solicitud de medidas cautelares no puede ser invocada frente a cualquier supuesto fáctico.

Ahora, respecto a la guarda y fijación de sellos de la que habla nuestro Código Civil, tiene su similar en Colombia, regulada para los procesos de sucesión en este territorio y denominada como Guarda y Aposición de sellos la cual cabe:

Cuando fallece una persona, sus bienes pueden ser sustraídos por quienes tienen acceso a ellos, debido a sus vínculos con el causante, o por quienes tienen acceso a ellos, o por haber cohabitado con él. Bienes de valor considerable como joyas, alhajas, documentos o títulos valor, dinero en efectivo (en moneda nacional o extranjera), electrodomésticos, serán objeto de la medida cautelar conocida como “guarda y fijación de sellos”, que tiene como propósito evitar su sustracción para luego ser inventariados y avaluados en el proceso de sucesión y adjudicarlos en la partición”. (Forero, 2018 p 70)

Dada la movilidad de este tipo de bienes, evidentemente muebles, esta medida cautelar procura o previene que exista una merma en el valor de la masa hereditaria. De acuerdo a las normas procesales colombianas, a saber: desde el artículo 1279 del Código Civil Colombiano en adelante, todos los documentos o bienes son depositados o llevados a dos lugares, una entidad financiera (si se trata de montos de dinero), entidades de resguardo especial (para joyas) o al despacho del juez, asimilando esto a una función de depositario y la:

Aposición de sellos se aplica a aquellos bienes que no se pueden llevar inmediatamente a otro lugar, por lo que identificados en debida forma, se dejan en una habitación o en el local donde están, como sucede con los electrodomésticos que allí se encuentren.

Lo antes anotado, bajo un marco normativo que viene de la misma tradición jurídica que el nuestro, refleja cuán equivocado es el procedimiento para el fin que se persigue. El procedimiento voluntario, parte de la falta de contienda y la resolución que, en realidad es la autenticación de una cosa o situación, es muy distinta a los autos que otorgan una medida cautelar. Darles el mismo tratamiento provoca: ineficacia e incluso desuso. Es además preocupante que los jueces competentes en esta materia en nuestro país poco conocen de esta medida cautelar y la tramitan de formas peculiares como el caso práctico que se pone a consideración, nuevamente bajo el principio de publicidad de los procesos y con fines netamente académicos.

Ante la Unidad Judicial De Familia, Mujer, Niñez Y Adolescencia Con Sede En la parroquia La Mariscal de la provincia de Pichincha varios herederos a través de sus procuradores judiciales presentaron una solicitud para la guarda y fijación de sellos para precautelar los bienes muebles y papeles que hacen parte de la masa hereditaria de dos causantes: padres de los herederos, para que sean guardados hasta que se proceda con el inventario solemne como en derecho corresponde.

Esta petición signada bajo el No. 17203-2021-04414 preparada bajo las reglas del procedimiento voluntario que, si bien no es el apropiado ni idóneo, en el auto de calificación, una vez que fue cumplida la disposición de la señora juez de completar y aclarar la petición, nos enfrentamos a una mixtura particular de procesos y conceptos.

Con fecha 27 de septiembre de 2021, es decir, hace un año dos meses exactamente, la operadora jurisdiccional decidió tramitar esta petición como una diligencia preparatoria bajo los siguientes término que se transcriben de forma literal omitiendo los nombres de los solicitantes:

En lo principal, el acto de proposición denominado DILIGENCIA PREPARATORIA propuesto por XXXXXXXX, Cédula: XXXXXXXX; XXXXXXXX, Cédula: XXXXXXXX; y, XXXXXXXX, Cédula: XXXXXXXX, con el fin de solicitar la GUARDA Y FIJACIÓN DE SELLOS, prescrito en el artículo 120 y siguientes del Código Orgánico General de Procesos previo a presentar la demanda de INVENTARIO. En lo principal: 1) La petición que antecede, es clara, precisa y reúne los requisitos legales por lo que se le acepta a trámite. 2) En el momento procesal oportuno se sorteará el Depositario respectivo.- 3) Con tal objeto, CITESE a los accionados XXXXXXXX y XXXXXXXX en las direcciones proporcionadas por la parte actora en el libelo de demanda, a tal efecto remítase despacho suficiente a la oficina de citaciones de esta Unidad Judicial.- Se le advierte al demandado de la obligación de señalar domicilio judicial y/o correo electrónico, bajo prevenciones de continuar la causa en rebeldía.- En atención a la directriz emitida por el Dr. Esteban Alejandro Echeverría Carrera, Director Nacional de Gestión Procesal, en Memorando

circular No.: CJ-CNGP-2018-0289-MC, de 18 de julio de 2018, la parte actora en el término de 3 días, acérquese al archivo de esta dependencia judicial y proporcione las copias necesarias para la gestión de citación (3 ejemplares por cada demandado/a).- 4) CITESE con la demanda y este auto a los herederos presuntos y desconocidos de los causantes señores XXXXXXXX y XXXXXXXX, por medio de la prensa, en uno de los diarios de mayor circulación de esta ciudad de Quito, para lo cual por secretaría concédase el Extracto. Se le advierte a los demandados de la obligación que tiene de señalar domicilio judicial y/o correo electrónico, bajo prevenciones de continuar la causa en rebeldía.- 5) DOMICILIO JUDICIAL: Tómesese en cuenta la casilla judicial y correo electrónico señalado por la parte actora para recibir sus notificaciones.- 6) Agréguese al proceso la documentación adjunta a la demanda.- Actúe la Ab. Andrea de la Torre Palomino, en calidad de Secretaria encargada de este despacho.- NOTIFIQUESE.-

De la lectura del auto podemos resaltar tres aspectos realmente relevantes: a) existiendo norma expresa sobre el trámite respectivo, se utiliza otro con implicaciones distintos, b) la finalidad precautoria que se busca, viéndose desvanecida por requerir primero la citación de los demás interesados, y c) se deslinda de acudir al lugar para verificar la situación en las que se encuentran las cosas a un depositario quien sí, es un órgano auxiliar, pero que carece de fe pública. Bajo estas consideraciones se solicitó la reforma el auto en cuestión y en su lugar se ordene primero la diligencia precautoria con la presencia de la señora juez y que la citación sea posterior tanto a los interesados como a los herederos presuntos y desconocidos sin que esto signifique de manera alguna una vulneración al derecho a la defensa. Pues tal como ocurre en los embargos y secuestros de vehículos no se notifica a quien, teniendo acceso a la cosa, pueda realizar actos para afectar el estado de las mismas o simplemente desaparecerlas.

La solicitud de reforma fue negada y al no existir certeza del trámite, además del acercamiento que hubo entre herederos se decidió retirar la demanda, misma que fue incluso desglosada no mucho después. A todo esto podemos concluir puntos importantes:

- 1) Los jueces competentes en esta materia no conocen el procedimiento a llevarse a cabo y en su lugar dictan autos inhibitorios o deforman un proceso al mezclar partes de uno con otro.
- 2) El legislador mal hizo al reformar el procedimiento de esta evidente medida cautelar, provocando desuso de esta figura, pues los profesionales del derecho optarán por una diligencia preparatoria de aquellas que permite el Código Orgánico General de Procesos incluso para mayor facilidad de la apertura de cajas de seguridad. Sin embargo, tornamos ineficaz a la guarda y fijación de sellos.

III. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES

- I. La jurisdicción voluntaria es una función administrativa del Poder Judicial, y que un mucho se asemeja a la labor que realizan los notarios como órganos auxiliares de la misma. Durante años, y hoy en día se ha vuelto mucho más común el procurar traspasar ciertos trámites, que por la falta de controversia real, sean tramitados en sede notarial.
- II. Si bien el fin de traspaso puede resultar en descongestionar a una estructura administrativa que, hoy en día se ha vuelto inoperante, previo a cualquier reforma debe tomarse en cuenta la naturaleza conflictual o no de la situación en particular.

Delegar todos los procedimientos voluntarios a sede notarial se vuelve riesgoso si es que no tomamos en cuenta incluso la naturaleza procesal de cada uno como se evidenció en la guarda y fijación de sellos, el cual, desde su última reforma tiene falencias al no ser considerada una medida cautelar real.

Sin embargo, en casos como los de autorización de venta de bienes de propiedad de niños, niñas y adolescentes, el análisis de la falta de conflicto y de eficiencia que se espera de un servicio público, justifica el traspaso, y acercando la administración a los administrados.

- III. Es de conocimiento público que el servicio notarial se mantiene gracias a las tasas pagadas por los usuarios, y la pregunta final es ¿si el traspaso de facultades puede llegar a afectar el derecho al acceso gratuito a la justicia? O si podría vulnerarse el derecho a la igual material y formal de las personas. De hecho, esta interrogante ya fue planteada a través de una acción de inconstitucionalidad que resolvió el máximo órgano de justicia constitucional, mediante la Sentencia No. 7-16-IN/21 y en un interesante voto salvado la Dra. Teresa Nuques, quien no fue ponente de la causa, mencionó:

El pase de asuntos no contenciosos -en los que no existen conflictos- a los notarios como órgano auxiliar del poder judicial, ciertamente protege los fines de la administración de justicia previstos en el artículo 169 de la Constitución como el principio de simplificación, eficacia, celeridad, economía procesal, etc.

Criterio al cual la autora se circunscribe, y además ponemos en consideración que la justicia como tal, es un servicio casi en su mayoría gratuito. No hay que dejar de lado

u obviar que las partes incurren en honorarios de sus defensores técnicos, gastos varios e inherentes a la consecución del trámite por ejemplo si se requiere de la inspección judicial (los gastos de movilidad y grabación) o al solicitar pericias o de la intervención de depositarios que también, como todo trabajo, pretenden el pago por sus servicios.

- IV. En tal sentido, debería revisarse los procedimientos notariales como la autorización de venta de bienes inmuebles de niños, niñas y adolescentes para que pueda ser de conocimiento exclusivo de notarios, lo cual provocaría, en muchos de los casos que las personas puedan decantarse por el pago de una tasa notarial a cambio de eficiencia y agilidad en obtener la autenticación de un acto, contrato o situación en particular con relevancia jurídica. Tomando en cuenta que la función de los notarios es ejecutada en el ámbito privado pero investidos por la fe pública, lo cual no genera una transgresión al acceso gratuito a la justicia.

BIBLIOGRAFÍA

- Abal, A. (2003). Derecho Procesal. 2da edición. Montevideo, Uruguay: Fundación de cultura universitaria.
- Agudelo, M. (2007). Revista Internauta de Práctica Jurídica. Jurisdicción, núm 19. Recuperado de: https://www.uv.es/ajv/art_jcos/art_jcos/num19/RIPJ_19/EX/19-9.pdf
- Aguirre, V. Tutela jurisdiccional del crédito en Ecuador. Quito: Ecuador. Ediciones Legales EDLE S.A.
- Asamblea Constituyente. (20 de octubre de 2008). Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449.
- Asamblea Nacional del Ecuador. Código de Procedimiento Civil. Codificación 11. (20 de mayo de 2014). Registro Oficial Suplemento 58 de 12 de julio de 2005.
- Asamblea Nacional del Ecuador. Código Civil. Codificación 10 (10 de mayo de 2005). Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio 2005.
- Asamblea Nacional del Ecuador. Código Orgánico General de Procesos. Ley 0. (12 de mayo de 2015). Registro Oficial Suplemento 506 del 22 de mayo de 2015.
- Asamblea Nacional del Ecuador. Ley Notarial. Ley 1404. 11 de noviembre de 1966. Registro Oficial 158 del 11 de noviembre de 1966.
- Asamblea Nacional del Ecuador. Código Orgánico de la Función Judicial. Codificación (4 de marzo de 2009). Registro Oficial Suplemento 544 del 9 de marzo de 2009.
- Asamblea Nacional del Ecuador. Ley Reformatoria a la Ley Notarial. Ley s/n. Registro Oficial Sexto Suplemento 913 del 30 de diciembre de 2016
- Álvarez-Coca González, M. (1987). La figura del escribano. Boletín de la Asociación Española de Archiveros. n 4, p 555-564.
- Carral y De Teresa, L. (2007). Derecho Notarial y Derecho Registral. 18va edición. México DF, México: Editorial Porrúa.

Código Civil Colombiano. (CCC). Ley 57 de 1887. Colombia. Arts 1279 y ss.

Cobos, M., Carrión, M. (2012). La Posesión Efectiva De Bienes Hereditarios Considerada Título De Propiedad Y Las Garantías Constitucionales. (Trabajo de Maestría). Recuperado de: <https://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/4802/1/TUAMDC014-2012.pdf>

Corte Constitucional del Ecuador. (2021). Sentencia No. 7-16-IN/21 [Karla Andrade Quevedo]. Recuperada de https://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcnBldGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOic0MDAxNDkwNi0wNDZlLTRlOWQtYWWRmYi0wYjJlNzJhNTNhMDYucGRmJ30=

Corte Suprema de Justicia Tercera Sala de lo Civil y Mercantil. (2001). Gaceta Judicial. Año CII. Serie XVII. No. 6. P 1606

Corrales, J. (2016). Autorización Para La Venta De Los Bienes De Propiedad De Los Menores De Edad En Sede Notarial. (Trabajo de Maestría). Recuperado de <https://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/5349/1/PIUAMDN007-2016.pdf>

Couture, E. (1978). *Estudios de Derecho Procesal Civil II*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Depalma.

Couture, E. (2014). Fundamentos del Derecho Procesal Civil. 4ta edición. Montevideo, Uruguay. Editorial B de F Ltda.

Delgado, M. (2015). Entre el servicio público y el ejercicio privado: las ambigüedades del notariado en el Ecuador. (Trabajo de Maestría). Recuperado de <https://repositorio.iaen.edu.ec/bitstream/handle/24000/4432/1.%20Tesis%20Ma.%20Laura%20Delgado%20completa.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Forero, J. (1998). Medidas Cautelares. Santa Fe de Bogotá D.C.: Colombia. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda.

Fernández de Buján, A. (2001). Los Principios Informadores De La Jurisdicción Voluntaria: Una Propuesta De Futuro. Recuperado de: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-A-2001-10008900148

- Ford, R. (1999). Michigan Law Review. Law's Territory (A History of Jurisdiction), vol 97. P 843-929. Recuperado de <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3482&context=mlr>
- Forero, J. (2018). Medidas cautelares en el Código General del Proceso. 3ra edición. Bogotá: Colombia. Editorial Temis S.A.
- Gabuardi, C. (2007). Boletín mexicano de derecho comparado. Entre la jurisdicción, la competencia y el forum non conveniens, vol.41 p.121. Recuperado de: https://www.scielo.org.Mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332008000100004
- García, R. (1978). El Contencioso Registral Recursos y Subsanaciones. Buenos Aires, Argentina. Ediciones Depalma.
- García, E., García, J. (2005). Medidas cautelares Introducción a su estudio. 2da edición. Editorial Temis S.A.
- Guarderas, E. Cañas B & Hernández, R. (2016). Manual práctico y analítico. Quito, Ecuador. Ediciones Legales.
- Hernández, R. (2012). Legitimaciones procesales. *Revista Ruptura de la Asociación Escuela de Derecho*, (56), (p. 475)
- López, H. (2009). Los actos de jurisdicción voluntaria ejercidos por los jueces y notarios. (Trabajo de Maestría). Recuperado de: <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/697/1/T757-MDP-L%20c3%b3pez-Los%20actos%20de%20jurisdicci%20c3%b3n%20voluntaria.pdf>
- Lucas-Baque, S. Albert-Márquez, J. (2019). Los principios notariales como aporte a la justicia preventiva y a la seguridad jurídica. *Polo del Conocimiento*, Vol. 4. p 42-66.
- Malaver, R. (2017). La Fe Pública Notarial Como Garantia De Seguridad Jurídica En La Legislación Penal Peruana. (Trabajo de Maestría). Recuperado de <http://repositorio.uigv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.11818/1735/MAEST.DERECHO%20NOTARIAL%20Y%20REGISTRAL%20ROBERTO%20CARLOS%20MALAVER%20DANOS.pdf?sequence=2&isAllowed=y>.

- Mejía, S. (2017). La Oralidad Y Los Recursos En El Proceso Civil Español Y Ecuatoriano. (Tesis doctoral). Recuperado de <https://eprints.ucm.es/id/eprint/47946/1/T40004.pdf>
- Miranda, D. (2017). *Transferencia de la competencia del juez civil al notario para la aprobación del mandato general de administración o poder de factor*. (Trabajo de Grado). Recuperado de:
<http://repositorio.puce.edu.ec/bitstream/handle/22000/14142/TEISIS%20COMPLETA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Navas, O. (2019). Teoría General del Proceso. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Ordóñez, G. (2007). Ratio Juris. Juez, jurisdicción y poder. Vol. 2, núm. 5, pp. 50-55. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/pdf/5857/585761345005.pdf>
- Palacio, L. (2009). Manual de Derecho Procesal Civil. 20ma edición. Buenos Aires: Argentina. Abeledo-Perrottr.
- Quezada, J. (1984). *La Jurisdicción Derecho Procesal Civil Chileno*. Santiago, Chile: Ediar Editores Ltda.
- Sáez, J. (2015). Revista de derecho Coquimbo. *Los Elementos De La Competencia Jurisdiccional*, vol. 22. P.1. DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532015000100014>
- Simon, F. (2009). Derechos de la Niñez y Adolescencia de la Convención sobre los Derechos del Niños a las Legislaciones Integrales. Quito: Ecuador. Editorial Cevallos.
- Pleno del Consejo de la Judicatura. (2019). Resolución 005-2019. Recuperado de <https://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/resoluciones/2019/005-2019T.pdf>
- Valerio, I. (2007). La Actuación Del Notario En Los Asuntos De Jurisdicción Voluntaria. (Trabajo de Grado). Recuperado de:
<http://repositorio.uca.edu.ni/1851/1/UCANI2821.PDF>
- Vescovi, E. (2006). Teoría General del Proceso. 2da edición. Bogotá, Colombia. Editorial Temis S.A

