PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO

"TRANSFERENCIA DE LA COMPETENCIA DEL JUEZ DE LO CIVIL AL NOTARIO, PARA LA APROBACIÓN DEL MANDATO GENERAL DE ADMINISTRACIÓN O PODER DE FACTOR"

DIEGO SEBASTIÁN MIRANDA NARANJO

DIRECTOR: DR. MIGUEL ÁNGEL BOSSANO

QUITO, SEPTIEMBRE 2017

Quito, a 28 de agosto de 2017

Doctor
Gonzalo Vaca Dueñas
SECRETARIO ABOGADO DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR.-
Presente.-

De mi consideración:

Con relación a su atento oficio No. 043-SJG-2017 de 23 de mayo de 2017, mediante el que se me comunica que he sido designado como profesor informante de la Disertación de Abogacía titulada **"TRANSFERENCIA DE LA COMPETENCIA DEL JUEZ CIVIL AL NOTARIO, PARA LA APROBACIÓN DEL MANDATO GENERAL DE ADMINISTRACIÓN O PODER DE FACTOR"**, elaborada por el señor **DIEGO SEBASTIÁN MIRANDA NARANJO**, previo a la obtención del título de Abogado, me permito poner a su consideración el siguiente informe:

- La tesis remitida cumple con los requisitos metodológicos y formales necesarios en este tipo de investigaciones académicas.

- La investigación en particular analiza ciertos aspectos de la normativa nacional e internacional respecto a la competencia que poseen los jueces para aprobar el mandato general de administración.

- Además, la tesis analiza la factibilidad y conveniencia de trasladar la competencia de aprobación del mandato general de administración a los notarios públicos, en virtud de la celeridad y practicidad que sus facultades le envisten.

Por los argumentos expuestos, considero que la tesis merece ser aprobada con la nota de 9/10 (NUEVE SOBRE DIEZ).

Atentamente,

Msc. Byron Robayo Arroyo
PROFESOR INFORMANTE

Sony. Por favor agregar a la carpeta del estudiante.
10/07/2017

Quito, 10 de Julio de 2017

Señor Doctor
Gonzalo Vaca Dueñas
SECRETARIO ABOGADO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA DE LA PUCE
En su Despacho.-

Señor Secretario:

Dando contestación a su Oficio mediante el cual me comunica que he sido designado profesor informante de la Disertación titulada **"TRANSFERENCIA DE LA COMPETENCIA DEL JUEZ CIVIL AL NOTARIO, PARA LA APROBACIÓN DEL MANDATO GENERAL DE ADMINISTRACIÓN O PODER DE FACTOR"** elaborada por el señor **DIEGO SEBASTIAN MIRANDA NARANJO** me permito presentar el informe requerido.

El autor en su primer capítulo aborda el mandato en el Ecuador, indicando sus antecedentes y naturaleza jurídica del mismo; además, el autor precisa que es un contrato que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra. En este capítulo se determina las clases de mandato abordando de manera más detenida el mandato mercantil; y para finalizar aborda muy acertadamente el poder de factor, sus requisitos entre otros ámbitos.

El segundo capítulo el autor analiza las diferentes teorías de la jurisdicción voluntaria, su doctrina y jurisprudencia. Así mismo aborda la diferencia entre jurisdicción voluntaria judicial y notarial. En cuanto a la aprobación del poder del factor precisa su procedimiento.

El capítulo tercero está destinado a tratar la función y competencia notarial dando a conocer sus características; además establece algunos principios notariales y procesos que son fortalecidos con la desjudicialización; y para finalizar el autor puntualiza y analiza los procesos de jurisdicción voluntaria que se encontraban estipulados en el derogado Código de Procedimiento Civil.

Por último, en el capítulo cuarto el autor, plantea las respectivas conclusiones y recomendaciones acordes a la investigación realizada por el autor. Además la bibliografía utilizada me parece pertinente.

La presente Disertación cumple con los requisitos que esta clase de trabajos académicos demanda y es aprobada con la nota de 9/10

Atentamente,

Dr. Homero López
PROFESOR INFORMANTE

10 JUL 2017
Recibido 10/07/2017

AGRADECIMIENTO

Doy gracias a la vida por haberme regalado a mis padres Azucena y Germán por sus enseñanzas, su cariño y sobre todo por siempre apoyarme en las victorias y las derrotas.

A mi hermano Francisco por su paciencia, su amistad su cariño y por ser el que me da fuerzas para siempre lograr más.

A mi abuelita Marina y tía Lucia por estar presentes en mis primeros años de vida y educarme.

A mi novia Stephy por su amor, su apoyo y por enseñarme que siempre puedo lograr ser mejor.

A mi director de tesis Dr. Miguel Bossano y al Dr. Efrén Guerrero por haber contribuido con su conocimiento y guiarme en el desarrollo de esta investigación.

DEDICATORIA

Este trabajo va dedicado a mis Padres, lo logramos

ABSTRACT

The legal framework is determinant in the development of foreign investment; most countries have adapted their legal regimes in order to allow the operations of private enterprise. However, there are legal obstacles that delay such operations. This study, therefore, addresses a limitation that exists in the Ecuadorian legislation: the approval of the general power for administrative acts or "*poder de factor*". This formality that stipulates the Code of Commerce of Ecuador represents an obstacle due to the temporality that entails to substantiate this act by judicial route. This investigation, therefore, begins analyzing the Mandate in Ecuador, its antecedents and legal nature. Then, it presents different theories of voluntary jurisdiction, its doctrine and jurisprudence; it contrasts the voluntary judicial and notarial jurisdiction in relation to the general power for administrative acts or "*poder de factor*"; it deals with the function and notarial competence. Finally, this dissertation suggests as an alternative to this limitation, the transfer of the jurisdiction of the Civil Judge to a Notary, so that the Notary is the one who approves the general power for administrative acts or "*poder de factor*" by virtue of the powers granted to substantiate and provide legal certainty to this act. In addition, a path is open for more acts of voluntary jurisdiction, respecting their administrative substance, to be processed and approved by the Notary, and to recognize once and for all that the acts of voluntary jurisdiction are not in themselves controversial and do not fall within the jurisdiction of the judicial function but of the Notary Public.

RESUMEN

El marco legal es determinante en el desarrollo de la inversión extranjera, la mayoría de los países han adaptado sus regímenes legales a efectos de permitir las operaciones de la empresa privada. Sin embargo, se presentan obstáculos legales que retrasan dichas operaciones. Este estudio, a propósito de estas limitaciones, aborda una que existe en la legislación ecuatoriana: la aprobación del mandato general de administración o poder de factor. Esta formalidad que estipula el Código de Comercio ecuatoriano representa una traba debido a la temporalidad que conlleva sustanciar este acto por vía judicial. La investigación, por lo tanto, comienza con el análisis del Mandato en el Ecuador, sus antecedentes y naturaleza jurídica; presenta diferentes teorías de jurisdicción voluntaria, su doctrina y jurisprudencia; contrasta la jurisdicción voluntaria judicial y notarial en relación con el poder de factor; trata la función y competencia notarial; finalmente, esta disertación sugiere como alternativa a esta limitación, la transferencia de la competencia del Juez de lo Civil a un Notario, para que sea éste quien apruebe el mandato general de administración o poder de factor en virtud de las facultades que le envisten para sustanciar este acto y dotar de seguridad jurídica a la aprobación del mandato general de administración o poder de factor. Por último se abre un camino para que más actos de jurisdicción voluntaria sean tramitados por la vía notarial respetando la sustancia administrativa de los mismos y reconociendo de una vez por todas que los actos de jurisdicción voluntaria al carecer de controversia no son competencia de la función judicial sino del Notario Público.

TEMA: Transferencia de la competencia del Juez Civil al Notario, para la aprobación del Mandato General de Administración o Poder de Factor.

TABLA DE CONTENIDOS

CAPITULO I: EL MANDATO

1.1. Antecedentes del Mandato y su naturaleza jurídica

1.2. El Mandato en el Ecuador.

1.3. Clases de mandato

1.4 El Mandato Mercantil

1.5 El Poder de Factor, requisitos, legitimación y terminación

CAPITULO II: LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

2.1 Sustanciación del procedimiento: aprobación poder del factor o mandato general de administración

2.2. Jurisdicción Voluntaria Judicial y Notarial

2.3. Teorías de la Jurisdicción Voluntaria y su naturaleza jurídica

2.4. Doctrina y Jurisprudencia

CAPITULO III: LA FUNCIÓN Y COMPETENCIA NOTARIAL

3.1. Función Notarial

3.2. La Seguridad Jurídica Preventiva y la Fe Pública

3.3. La desjudicialización de los actos de jurisdicción voluntaria

3.4. Principios Notariales y Procesales que se fortalecen con la desjudicialización

3.5. Análisis de la aprobación del mandato general de administración o poder de factor sustanciado por el Código de Procedimiento Civil; y por el Código Orgánico General de Procesos.

CAPITULO IV

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

I. INTRODUCCIÓN

La presente investigación propone la optimización de uno de los procedimientos de jurisdicción voluntaria: la administración de una compañía a través de un tercero mediante la aprobación de un poder general de administración expedido por un Notario. Este procedimiento está regulado en el artículo 30 del Código de Comercio que establece "los factores deben estar investidos de un poder especial otorgado por el dueño del establecimiento cuya administración se les encomiende...".[1] El representante legal que desea que una compañía sea administrada por un tercero, debe conceder un poder general de administración, éste es un procedimiento de jurisdicción voluntaria. (Jarrín, 2015:9). El procedimiento de aprobación de este mandato lo lleva a cabo el Juez de lo Civil en las unidades judiciales civiles. Una vez aprobado el poder de administración, se lo inscribe en el Registro Mercantil.[2] La propuesta del presente trabajo sugiere la transferencia de la aprobación del poder general de administración a un Notario con el propósito de reducir el tiempo que toma su aprobación por vía judicial.

Ecuador en los últimos años ha impulsado una reforma judicial para lograr eficacia y efectividad. (Jarrín, 2015: 6-10) El Código Orgánico General de Procesos (COGEP) es el resultado de dicha reforma, el mismo entró en vigencia plena el 23 de mayo de 2016, un año después de su publicación en el Registro Oficial del 12 de mayo de 2015. Dentro de la sección de disposiciones transitorias del COGEP, [3] se agregó nuevas competencias a los Notarios.[4] Entre las atribuciones asignadas, se agregaron trece trámites de jurisdicción voluntaria para que el depositario de fe pública conozca y apruebe estos actos (Telegrafo, 2015, págs. 15-16). La reforma fue impulsada con el propósito de descongestionar las causas que se presentaban en las unidades judiciales civiles y agilizar los procesos voluntarios (Granizo, 2015: 4-5).

De acuerdo a (Gil, 2002: 40)

> "La década de los años noventa llegó a la mayoría de los países de América Latina acompañada de aires de refundación democrática.

---

1. Código de Comercio Ecuatoriano, artículo 117, publicado en el Registro Oficial No. 1202
2. Registro Mercantil, Tramites Frecuentes, Poderes, Requisitos para la inscripción de poderes (esta es una práctica mercantil, para la aprobación del poder general de administración, se necesita sentencia aprobatoria del Juez de lo civil)
3. Código General de Procesos, publicado en el Registro Oficial Suplemento 759 de 20 de Mayo del. 2015
4. Ley Notarial publicada, artículo 18, publicada en el Registro Oficial No. 406 el 28 de Noviembre del 2006

> Éstos se materializaron en un conjunto de reformas constitucionales que exhibieron una gran preocupación por introducir mejoras en el área de la justicia. Bien se tratara de justicia transicional o de justicia social, era evidente que las transformaciones requeridas pasaban por el cambio institucional, razón por la cual se propagaron dos tipos de entes públicos: los Consejos de las Magistraturas y los Tribunales Constitucionales. Los primeros fueron creados para mejorar los mecanismos de designación de los jueces y lograr una mayor independencia del poder judicial y los segundos, para ser los nuevos guardianes de la constitucionalidad y asegurar un mayor control sobre el poder político".

La política que se ha establecido para la administración de justicia ha sido incrementar el número de jueces, crear nuevas salas y judicializar procesos no contenciosos (Ubidia, 2008: 3-4). De esta forma se trató de reforzar la Justicia, sin embargo producto de esta política, Jarrín, (2015: 10) nos dice que "nuestro sistema es una larga letanía jurídica, un proceso engorroso, escondido, oficinesco, parsimonioso".

Así mismo, se reforzó el poder judicial con la última reformas impulsadas por el Consejo de la Judicatura[3], en consecuencia se implementó una política de judicialización de la justicia en gran parte de las democracias contemporáneas de todo el mundo (Guarnieri, Pederzoli, 2012: 50-57); esto incluyó que el Juez cumpla una doble función, la primera es la de administrar justicia para las controversias y la segunda conocer y aprobar procesos de jurisdicción voluntaria (Couture, 1976: 16-21).

Desde una perspectiva jurídica económica se trata de demostrar que los obstáculos legales en los actos societarios de las empresas son complicados y toman muchos días. Esto genera que el inversionista no se interese en el país porque no hay un escenario fructífero donde pueda realizar sus actividades de forma ágil (Prado, 2010: 1-2). El Banco Central del Ecuador en su índice de Inversión Extranjera Directa nos da en detalle las variables de los últimos diez años y podemos observar que la inversión ha disminuido.

Prado, (2010 :5) señala:

> "El consejo de la Judicatura, ha implementado una infraestructura para la designación de más jueces, se creó más salas judiciales. Las empresas, la inversión y el emprendimiento privado, germinan cuando el terreno de juego es adecuado. Mientras más atractivas sean las condiciones macroeconómicas, microeconómicas, sociales, jurídicas, políticas, etc., más alta será la probabilidad de tener actividades empresariales fuertes y productivas, altamente encadenadas y con gran generación de riqueza".

El Estado Ecuatoriano, a través del Consejo de la Judicatura, ha incurrido en ingentes gastos para montar toda una infraestructura, física y humana, para lograr una administración de justicia mucho más ágil y eficaz (Guzman, 2012: 2-6), es por esto que se propone, como una alternativa válida en esta disertación, la reforma a la Ley Notarial[5], con el fin de que sean los Notarios Públicos quienes tengan la competencia exclusiva de aprobar y ordenar la inscripción de los poderes generales de administración de compañías por tratarse de un acto de jurisdicción voluntaria (Jarrín, 2015: 9).

Los actos de jurisdicción voluntaria en el Ecuador se los resuelve por vía judicial. El COGEP en el capítulo IV indica de forma taxativa los procedimientos voluntarios.[6] En el artículo 334 inciso segundo se establece: "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."[7]

La aprobación del poder general de administración es uno de los procesos que se deben tramitar por vía judicial como señala el inciso segundo porque es una autorización que se solicita al Juez de lo Civil. Este procedimiento dura alrededor de tres meses.[7] Esta investigación puntualiza que el tiempo que toma la aprobación de este trámite de jurisdicción voluntaria es demasiado largo para los representantes legales que necesitan que un tercero administre en representación de ellos.

Surge entonces la pregunta de ¿por qué no se incluyó el procedimiento de aprobación del mandato general de administración dentro de los procedimientos voluntarios que puede conocer el Notario? El Código de Comercio Ecuatoriano determina una serie de actos formales dentro del derecho mercantil, estos procedimientos establecen una mayor seguridad jurídica para con los terceros, porque se trata de un tema que acarrea un mayor nivel económico que podría afectar a más personas. Sin embargo, el COGEP ya ha dado un paso para que el depositario de fe pública, el Notario pueda conocer este tipo de trámites mercantiles. ¿Por qué no incluir entonces dentro de estas nuevas competencias el de la aprobación del poder general de administración?

---

5. Ley Notarial publicada, publicada en el Registro Oficial No. 406 el 28 de Noviembre del 2006
6. Código General de Procesos, Capitulo IV, Sección I, artículo 334, publicado en el Registro Oficial Suplemento 759 de 20 de Mayo del. 2015
7. La práctica mercantil proporciona el dato de cuánto dura un procedimiento de aprobación de mandato de administración en el Ecuador, esta aprobación tarda entre un plazo de 3 a 5 meses.

La alternativa que propone esta disertación es que el depositario de fe pública cumpla con la función del Juez para aprobar y conocer actos de jurisdicción voluntaria (Lopez Obando, 2009: 20-25). Construir un modelo eficaz y fácil de usar para los peticionarios es la motivación que tuvo el Consejo de la Judicatura para implementar el COGEP, sin embargo los procedimientos voluntarios deberían ser competencia exclusiva del notario o por lo menos dar la alternativa al usuario para que él decida por que vía tramitar su procedimiento.

La teoría de los sistemas sociales desarrollada por Luhman (2009: 10-16) manifiesta que "el término función notarial comprende varios aspectos, uno de ellos es la libertad que en Derecho Privado se lo conoce como principio de la autonomía de la voluntad". Por otro lado, Gonzalo (2014: 30-34) explica que "esta manifestación de libertad es constante y se ve reflejado en la celebración de actos jurídicos". Por su parte, Lopez Obando (2009, 50) expone que actos jurídicos se manifiestan por este principio son "la redacción del testamento, actos meramente económicos como la libertad contractual y societaria, pasando por una variedad de actos, en que ambos están o pueden estar mezclados como la autotutela y los poderes.

La función del Notario va encaminada a la seguridad y certeza jurídica a través de la fe pública notarial Burniol, (2011, pág. 60) dice "el notario es el autor del instrumento público, es el elemento clave del sistema de seguridad jurídica, estando presente al momento preciso en que el individuo emite su declaración de voluntad, en el mismo instante de la perfección de los actos o contratos, dándole a estos actos forma pública, en beneficio del individuo, de los terceros y del interés público". (Obaldía, 2004:145-147) expone que "el Notario, aparte de dar fe pública, brinda asesoramiento, control de legalidad, redacción para que el documento goce no sólo de autenticidad formal y autenticidad de fondo para el pleno reconocimiento por el sistema" Así mismo, La Ley Notarial[8] y la Constitución[9] facultan al Notario para el cumplimiento de ciertos actos, le asignan competencias.

Braschi,(2012: 67) "dice la competencia es la capacidad legal que se le otorga a una profesión, y que enmarca el elemento núcleo de la función pública".

8. Ley Notarial del Ecuador publicado en el Registro Oficial No. 158 el 11 de noviembre de 1966
9. Constitución del Ecuador 2008 publicado en el Registro Oficial No. 449, 20 de octubre del 2008.

Dentro de las competencias asignadas al notario encontramos la competencia funcional, ésta abarca todo el contenido de la fe pública notarial y su instrumentación, además de diversos actos que hacen al Notario y al escribano como profesional y redactor de documentos, así como otras intervenciones que integran el oportuno asesoramiento (Villegas, 2006: 20-27).

Uno de los actos que el Notario debe conocer es el que se encuentra en el código civil en el artículo 2020 que estipula: "el mandato es un contrato mediante el cual una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera"[10]. El mandato general de administración se encauza en la teoría de los sistemas sociales, por el cual el Notario puede conocer todo acto de derecho privado, de acuerdo al principio de la autonomía de la voluntad (Luhman, 2009: 50). Ésta se redacta a través de un instrumento público para conferirle de autenticidad formal y de fondo y que es oponible ante terceros (Zamorategui, 2010: 90).

El procedimiento de aprobación del mandato general de administración se realiza a través del otorgamiento de la escritura de poder general de administración en la notaría, después se debe presentar dos copias de las escrituras al Juez de lo Civil, él revisa y dicta sentencia aprobatoria, además notifica al Registrador Mercantil para que inscriba la sentencia.[11] En el caso de que el poder sea otorgado en el extranjero se necesita sello del Cónsul del Ecuador en el país extranjero autentificando la firma de la persona que otorga o apostilla a los actos que sean otorgados en los países que han ratificado en convenio de la Haya.[12]

¿Por qué el Notario siendo competente para conocer el acto, no puede aprobarlo por su cuenta y se necesita un Juez de lo civil para la aprobación del mismo? Se debe señalar que, dentro de la competencia funcional, el Notario a través de la fe pública, da seguridad y certeza jurídica al acto o contrato, volviéndose innecesaria la formalidad de aprobación por parte del Juez de lo civil. Por lo tanto, el presente trabajo sugiere que el trámite de aprobación del mandato general de administración debería ser otorgado en la notaria, posteriormente el Notario da fe pública del acto, lo aprueba y por último debe notificar al Registrador Mercantil para que sea publicado el instrumento.

---

10. Código Civil Ecuatoriano publicado en el Registro Oficial No. 46 24 junio del 2005.
11. Práctica mercantil ecuatoriana los requisitos los encontramos en la página del Registro Mercantil, trámites frecuentes, aprobación de poderes.
12. Convenio de la Haya, articulo 3 la apostilla del documento público, realizado el 5 de octubre de 1961.

De acuerdo a la teoría de la jurisdicción voluntaria para el Notario, el tratadista (Couture, 1976: 76) dice que:

> "la Jurisdicción propiamente dicha, es la función estatal que se encarga de aplicar las normas de orden jurídico abstracto a un caso concreto formulado en relación con una demanda. La jurisdicción voluntaria es de naturaleza eminentemente administrativa y subsidiaria en los órganos que administran justicia, a tal grado que se considera como "actividad anómala de jueces y tribunales".

Con la Función Notarial lo que se hace es dar realidad efectiva al derecho privado; y si al Notario competen estos actos de administración pública de los derechos privados y por consecuencia es natural que él sea el funcionario ante quien se hagan realidad esos derechos privados (Lopez Obando, 2009: 35-39)

La transferencia de la competencia del Juez de lo civil al Notario para que conozca actos de jurisdicción voluntaria es un desarrollo jurídico porque genera nuevas opciones procedimentales. Fortaleciendo los principios notariales de agilidad procesal, asesoramiento, calificación, publicidad además de aportar con principios procesales como el principio de economía procesal y principio de publicidad en actos que no implican pretensiones contenciosas.

Finalmente, la presente investigación se llevará a cabo a través de un método empírico casuístico y analítico. El método empírico porque se intenta identificar un hecho, un fenómeno. Además de ser el apropiado en la investigación de las ciencias sociales para establecer nuestra hipótesis (Monroe, 2010: 80). Se empleará este método empírico porque se ha tomado un hecho que se presenta en nuestro sistema judicial. Es un fenómeno producto de algo que acontece en el trámite de aprobación del mandato de administración (Monroe, 2010:15).

Nuestro problema se halla en el tiempo que toma la aprobación del mandato como lo hemos explicado anteriormente. Ahora tomando este hecho, se realizará el estudio a través de casos especiales que presenten el fenómeno del tiempo que toma su aprobación, estos casos serán investigados en las unidades judiciales civiles de la ciudad de Quito.

Esta investigación de campo se la realizará a través del método casuístico que nos permitirá observar el hecho particular que se presenta en el trámite de aprobación del mandato de administración. Método muy utilizado por la ciencia jurídica para resolver de forma crítica mediante un razonamiento basado en principios y reglas.

Durante la recopilación de información de casos se procederá a analizarlos a través del método analítico porque desglosaremos los elementos comunes que se presentan en todos los casos de aprobación del mandato jurídico; todo este procedimiento nos ayudará a comprobar la existencia del problema: el trámite de aprobación del poder general de administración presenta una gran falencia por el tiempo que toma su aprobación y perjudica el desenvolvimiento de las compañías porque el administrador no puede conferir poder a un tercero para que administre.

II. CAPÍTULO I: EL MANDATO DE PERSONAS JURÍDICAS

1.1. Antecedentes del Mandato y su naturaleza jurídica

La disertación va a profundizar en el contrato del mandato, porque la figura del poder de factor se encuentra dentro de esta institución del Derecho. El origen de este negocio jurídico se remonta al periodo de la Republica Romana 509 A.C (Ruiz, 1965:44). Esta institución se la reguló en el *Ius Gentium (*antiguo sistema jurídico romano*)*; el antecedente para su aparición fue debido al gran crecimiento y expansión del territorio, los ciudadanos de la capital tenían que encargar negocios a personas de las provincias como resultado del mismo se produjo un mayor desarrollo del tráfico jurídico económico (Buján, 1994: 427). Los textos de los juristas romanos Paulo y Gayo manifiestan que antes de la creación de este contrato las personas encargaban sus negocios a personas de confianza los cuales se comprometían a realizar el encargo y daban su palabra de realizar el acto encargado. Existía solo la buena fe, era un compromiso honorable donde las partes se estrechaban las manos (Branover, 2009: 7-8). El mandato se deriva de este compromiso simbólico de estrecharse las manos de ahí su término *manun dare, manu data* (Branover, 2009: 8-9).

Lacantinerie (1905:17) expresa que "el mandato nació como un acto de confianza, basado en la amistad, por el cual una persona encomendaba a otra la ejecución de un negocio cuyos beneficios o pérdidas debían afectar exclusivamente a la primera". Al contrario, la acepción jurídica menciona que el mandato es un contrato por el cual la persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera. Esta definición es la que se encuentra en el código civil ecuatoriano en el artículo 2020[13] y es la que compete desarrollar a esta disertación. No se debe relacionar al mandato como un poder que una persona confiere a otra para que la represente en la ejecución de un acto o celebración de un contrato porque de esta forma se habla del poder de representación y no del mandato. Asimismo, no se debe confundir al mandato con la figura del Edicto[14] que en el Derecho Romano era la orden emanada de autoridad competente para la ejecución de un acto o de un hecho cualquiera.

[13.] Código Civil Ecuatoriano publicado en el Registro Oficial No. 462 del 4 junio del 2005.

[14.] Edicto Es el mandato, orden o decreto de una autoridad, Actualmente se reduce a un llamamiento o notificación de índole pública hecha por un juez o tribunal, mediante escritos ostensibles en los estrados del juzgado, audiencia o corte. Guillermo Cabanellas, Diccionario Jurídico Elemental, Heliasta, 2006.

La figura del mandato evolucionó en varias legislaciones empezando por la legislación visigoda en el año 416 D.C. (Pérez Martin, 1994: 221). Las normas visigodas señalan: "el mandato está configurado como contrato consensual, se constituye y perfecciona por simples palabras y el acuerdo de las voluntades". Este convenio podía ser por escrito, por nuncio, ante el juez y el magistrado y se podía constituir entre ausentes. En el Derecho Visigodo existe una confusión entre la institución de la procuración y el mandato Levy (1951: 33-36) expresa "la procuración se desvalorizó socialmente, ésta era considerada deshonesta y torpe; esta figura jurídica solo podía ser ejercida con un mandato previo". El uso reiterado de este requisito para el procurador produjo el remplazo de la procuración por el mandato y surgió la confusión. Pérez Martin (1994: 16-19) cita a Isidoro de Sevilla quien manifiesta "la sustancia del mandato cambia, la gratuidad deja de ser esencial, ya no es una característica propia de este negocio jurídico, se vuelve un elemento natural, es decir que es propio del mandato, pero la falta de éste no produce la inexistencia del convenio, además se configura un nuevo componente: la gratuidad".

Posterior al derecho visigodo la figura de este contrato fue regulado por la costumbre del derecho alto medieval del siglo VIII –XII (Fernández, 1869: 230) durante este periodo de la historia el mandato fue practicado por la costumbre y no existió normas positivas escritas que le regulen. Sin embargo, se conoce de su existencia por medio de antiguos escritos y por el anuncio de esta figura en el fuero de Aragón, Alcaraz y fuero de las familias de Cuenca (Sánches, 1981: 204). Durante esta evolución de la figura del mandato, se configuraron nuevos elementos como son: la gratuidad y la representación (Branover, 2009:11-15).

Luego, el Derecho Francés en el artículo 1984 del código civil francés señala que "el mandato o procuración es un acto por el cual una persona da a otra el poder de hacer alguna cosa para el mandante y en su nombre. El contrato no se forma sino por la aceptación del mandatario".[15] (Vieira, 2002: 5-9) cita a los tratadistas Laurent, Aubry et Rau, Baudry y Lacantinerie quienes afirman "la representación es un elemento esencial para el contrato de mandato; en cuanto al componente de la remuneración, señalan que no es una característica esencial porque este elemento no altera la existencia del contrato".

15. Código Civil Francés, Título XIII, Del mandato, artículo 1984, actualización 04 de abril del 2006.

La legislación francesa construye su concepto de mandato, incluyendo los elementos de representación y remuneración esto ha generado cierta confusión en países donde el mandato es un contrato sin representación y gratuito (doctrina romana). En las legislaciones latinoamericanas que tienen fuerte influencia del código civil de Napoleón como manifiesta Fernández Rozas (2005:151-154). En relación a este tema los legisladores han incluido el elemento de la representación en el Mandato. Por ejemplo, la legislación Argentina establece que hay mandato con representación y sin representación de acuerdo al artículo 1320[16] del código civil argentino; el código civil uruguayo en el artículo 2051 señala "El mandato es un contrato por el cual una de las partes confiere a otra, que lo acepta, el poder para representarla en la gestión de uno o más negocios por cuenta y riesgo de la primera".[17]

Por otro lado, la legislación alemana ha conservado la figura del mandato romano y enuncia en el artículo 662 del código civil alemán "la aceptación del mandato obliga al mandatario a cuidar gratuitamente el asunto que el mandante le haya encargado".[18] Este concepto deja de lado el elemento de la representación, indicando que no es un componente esencial ni natural del mandato. Al contrario, el elemento de la gratuidad debe estar incluido en este acuerdo de voluntades de otra forma se hablaría de arrendamiento de servicios. Branover (2009: 19) hace una crítica a esta definición y manifiesta "desconocer el elemento pecuniario en el contrato de mandato es errado porque no toma en consideración las relaciones económicas y sociales de la actualidad; se debe entender que la gratuidad no es un elemento esencial y la falta de estipulación de la misma no altera la existencia de este negocio jurídico".

Por lo tanto, identificar los elementos esenciales del contrato de mandato permite a esta disertación limitar el tema que va a tratar, además sirve para no confundir la figura de mandato con la procuración judicial[19] así como diferenciar el mandato civil del mandato mercantil.

---

16. Código Civil Argentino, Capítulo 8, El mandato, artículo 1320, promulgado según decreto 1795/2014.
17. Código Civil Uruguayo, Titulo VIII, Del mandato, artículo 2051actualizado 26 de febrero del 2010.
18. Código Civil Alemán, artículo 662, última reforma del 2008
19. Gaceta Judicial, PROCURACION JUDICIAL, 30 de agosto de 1930

Para hacer la distinción de estas figuras jurídicas, se debe remitir a la doctrina para entender cuáles son los elementos naturales, esenciales y accidentales del contrato de mandato. Alessandri (1976:30) expone "elemento esencial es aquella figura indispensable para la existencia del contrato; elemento natural es el que se encuentra habitualmente en el contrato y es previsto por leyes supletorias; y, elemento accidental es el que normalmente no corresponde a un contrato, pero puede ser incluido por los contratantes".

En referencia a los elementos de los contratos en general, el código civil ecuatoriano en el artículo 1460 establece que "en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no surte efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que, no siendo esenciales en él se entiende pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen y que se le agregan por medio de cláusulas especiales".[20] En lo que respecta a los elementos del mandato, Branover (2009: 48-55) explica "los elementos esenciales del contrato de mandato son: el objeto que consiste en el encargo que realiza una de las partes llamado mandante, al otro mandatario quien corre en beneficio o la pérdida que acarrea la gestión del negocio que se le encarga".

El objeto del mandato establecido en el artículo 2036 del código civil ecuatoriano abarca: "a) la conservación de un patrimonio, pagar deudas, cobrar los créditos, perseguir en juicio a los deudores, intentar las acciones posesorias e interrumpir las prescripciones, b) administración de una industria, comprar los materiales necesarios para el cultivo o beneficio de las tierras, minas, fábricas u otros objetos de industrias; y, c) la ejecución de un negocio jurídico, ejecutar un acto o contrato o celebrar un acto o contrato a nombre propio o ajeno".[21] Además, del objeto contenido en el artículo 2036, existe la posibilidad de encargar facultades más amplias si el mandante confiere el mandato con una cláusula de libre administración[22] de sus bienes; esta figura jurídica está estipulada en el artículo 2037 del código civil.

[20.] Código Civil Ecuatoriano, Artículo 1460 publicado en el Registro Oficial No. 462 del 4 junio del 2005.
[21.] Ídem, Artículo 2036
[22.] Ídem, Artículo 2037

Otro elemento esencial del contrato de mandato es: la confianza. Este componente está contemplado dentro de la definición del artículo 2020 del código civil ecuatoriano que afirma "mandato es un contrato en que un persona confía la gestión de uno o más negocios a otra".[23] La confianza caracteriza al mandato, en el sentido de que el mandatario realizará el negocio con la diligencia y honestidad que emplearía si el negocio que realiza fuese suyo. Al mandato no le interesa el servicio que se contrata, lo que interesa a este contrato es la confianza al depositar el encargo de un negocio jurídico o económico y saber que el mandatario va a realizar todo lo necesario para su correcta ejecución.

La última característica esencial de este convenio es la gestión de negocio. El mandatario se hace cargo del negocio jurídico o económico por cuenta y riesgo del mandante, la falta de diligencia acarrea responsabilidad jurídica y pecuniaria que se derivan de la mala ejecución del objeto encargado al mandatario. Vieira (2002: 9-11) cita a Lenel quien manifiesta: "la expresión por cuenta y riesgo en Derecho significa bajo su responsabilidad y que sólo a esa persona que se le encargo corresponden los beneficios y pérdidas". Este elemento no se encuentra establecido en la doctrina alemana; es una característica de la doctrina romana. Guzmán B. A. (2004, págs. 27-30) expresa que "la doctrina francesa adoptó el componente la gestión de negocio la cual fue incluida posteriormente en las legislaciones latinoamericanas con la expedición del código de Andrés Bello que tuvo gran influencia del código civil napoleónico".

Una vez analizado los componentes esenciales del mandato, corresponde hablar de los elementos naturales del mismo. Coviello (1938, págs. 431-438) sostiene "la representación es un característica natural del mandato, este componente dejó de ser un elemento esencial cuando Andrés Bello se alejó de la doctrina francesa y se adelantó a todas las legislaciones vigentes, al reglamentar la representación como una figura jurídica independiente del mandato". Al respecto, el artículo 2020 del código civil ecuatoriano en su definición de mandato no incluye el elemento de la representación. La legislación ecuatoriana ha normado la representación en el artículo 1464 "lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, surte respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo".[24]

[23.] Código Civil Ecuatoriano, Artículo 2020 publicado en el Registro Oficial No. 462 del 4 junio del 2005.
[24,] Ídem, Artículo 1464

El artículo 1464 regula a la representación como una institución jurídica autónoma, razón por la cual puede existir un mandato sin representación y de la misma forma una representación sin mandato porque son dos figuras jurídicas distintas la de una de la otra. El hecho de que la representación sea regulada de forma autónoma, no significa que no sea inherente al mandato, esto quiere decir que las dos figuras están ligadas por regla general según lo establece el artículo 2055 del código civil ecuatoriano "el mandatario puede, en el ejercicio de su cargo, contratar a su propio nombre o al del mandante. Si contrata a su propio nombre, no obliga al mandante, respecto de terceros".[25]

Otro elemento natural es la remuneración porque no se necesita establecerlo en una clausula especial y se entiende que pertenece al mandato (Confianza y fidelidad son elementos subjetivos del mandato, 2013: 1-4). La legislación ecuatoriana indica en el artículo 2021 del código civil "el mandato puede ser gratuito o remunerado".[26] La regla general ha sido acogerse a la remuneración y a falta de estipulación de la misma se presume pactada salvo en contrario sensu (Presunción del mandato remunerado , 2008 , págs. 1-5). Por otro lado, el elemento de la gratuidad se fundamenta como excepción a esta regla general por consiguiente, el legislador ecuatoriano señala que la gratuidad es un componente accidental el cual debe ser establecido en un cláusula especial y manifestado por voluntad de las partes. Branover (2009: 55-58) indica "la gratuidad y la remuneración no son elementos esenciales como acogen otras doctrinas ya que por sí solos, estos elementos no sirven para establecer la existencia del mandato".

1.2. El mandato en el Ecuador.

El mandato en el Ecuador de acuerdo a lo establecido en el artículo 2020 señala "mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera".[27] Además señala en su segundo inciso los nombres de los mandatos que existen en la legislación ecuatoriana "la persona que confiere el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta apoderado, procurador, y en general, mandatario".[28] La alusión del segundo inciso enumera las figuras de: mandato civil, mandato mercantil y mandato judicial.

[25.] Código Civil Ecuatoriano, Artículo 2055 publicado en el Registro Oficial No. 462 del 4 junio del 2005.
[26.] Ídem, Artículo 2021
[27.] Ídem, Artículo 2020
[28.] Ídem, Artículo 2020

Cuando se realiza un encargo mercantil y no hay administración se conoce como el mandato de comisión, [29] en cambio, un encargo mercantil con administración se refiere al mandato mercantil de poder o dependiente, [30] y por último si se establece un mandato civil con representación se denomina procuración judicial.[31] Estos tipos de mandato serán desarrollados más adelante para poder identificar el mandato general de administración o poder de factor que compete a esta disertación. De las figuras jurídicas mencionadas que estipula el inciso segundo del artículo 2020 del código civil ecuatoriano, existen elementos comunes presentes en todo tipo de mandato, sea judicial, civil o mercantil.

Al respecto Ramos (2015: 3-4) expone las caracteristicas del mandato en general y manifiesta lo siguiente: "a) es un contrato consensual porque se forma con el acuerdo de la voluntad de las partes, b) es un contrato sinalagmático imperfecto, es decir que nace como acto unilateral, pero en su proceso de ejecución genera obligaciones para el mandatario como es el pago por la gestión del acto o negocio jurídico que se le encarga; y c) es un negocio jurídico, el cual por el objeto del encargo puede ser a título gratuito u oneroso. La naturaleza consensual del mandato permite que este convenio se perfecciona con la expresión del mandate y la aceptación del mandatario (acuerdo de voluntades). Esta declaración puede ser verbal o por escrito como lo señala el artículo 2027 del código civil que establece: "el encargo que es objeto del mandato puede hacerse por escritura pública o privada, por cartas, verbalmente o de cualquier otro modo inteligible, y aún por la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra".[32]

El enunciado del artículo señala que basta el consentimiento de las partes para que exista el mandato; sin embargo, cuando se debe probar la existencia de este negocio jurídico, el inciso segundo del mismo artículo estipula que "no se admitirá en juicio la prueba testimonial sino de conformidad con las reglas generales, ni la escritura privada cuando las leyes requieran un instrumento auténtico".[33] Así mismo el artículo 1715 dispone "incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o ésta. Las pruebas consisten en instrumentos públicos o privados".[34] Para probar la existencia del mandato solo se acepta el instrumento público.

[29.] Código de Comercio Ecuatoriano, artículo 374, publicado en el Registro Oficial No. 1202
[30.] Código de Comercio Ecuatoriano, artículo 117, publicado en el Registro Oficial No. 1202
[31.] Gaceta Judicial, PROCURACION JUDICIAL, 30 de agosto de 1930
[32.] Código Civil Ecuatoriano, artículo 2027, publicado en el Registro Oficial No. 46 24 junio del 2005.
[33.] Ídem, Artículo 2027
[34.] Ídem, Artículo 1715

La legislación ecuatoriana da la posibilidad de manifestar el mandato por medio verbal o escrito, cuando se realiza un mandato por escrito, éste se lo debe realizar por instrumento público o instrumento privado. Kawabil Ixquiac (2008: 77) explica que la documento público es " el soporte que acredita un hecho o derecho frente a tercero, por otro lado, Carmona (1996: 13-14) expone que documento privado es "el instrumento testimonial que deja constancia de un hecho otorgado por particulares y no tiene intervención de un funcionario público". Sin embargo para probar no la manifestación verbal o escrita del mandato, sino el acto de apoderamiento del mandate al mandatario se necesita que la figura del mandato sea conferido con las solemnidades que establece el artículo 1726, a través de un escritura pública que se conoce como poder (Ramos, 2015: 5-6).

Con la intención de determinar el concepto de poder, Castillo (2003: 50-55) expone que "es una declaración unilateral receptiva, ya que normalmente se otorga como consecuencia de la existencia de un acto jurídico previo o simultáneo como puede ser el contrato de mandato". Por otra parte, Juárez (2012: 8-10), lo define "como instrumento público que acredita la relación de representación entre dos personas; es el hecho por el cual una persona queda facultada por otra para actuar en su nombre y representación, es la institución por medio de la cual se deriva un acto de autonomía de la voluntad". De acuerdo a los enunciados de ambos autores, se deduce que el poder es el medio por el cual se hace efectivo la institución del mandato, no se debe aceptar lo estipulado por la doctrina francesa que sostiene que el poder y el mandato son una misma institución jurídica, a diferencia de la legislación ecuatoriana que declara que el poder y mandato son dos conceptos distintos porque la legislación civil estipula que éstas son autónomas.

A propósito de esta diferenciación, Martinez (2002: 23) expresa que "mandato significa que uno debe o está obligado a ejecutar el acto encargado, mientras que el poder es un declaración unilateral que faculta a realiza algo en nombre de otro. Por consiguiente, existe la posibilidad de que se estipule un mandato sin poder, asimismo se puede convenir un poder sin mandato, con relación, Chávez Pérez (2009: 305-315) explica "que el poder es la delcaración unilateral de la voluntad, es un instrumento para otorgar a facultades, por el contrario el mandato es un contrato del cual nacen derechos y obligaciones.

En lo relativo a la diferenciación entre poder y mandato, el código civil ecuatoriano no desarrolla normas expresas donde se elabore una distinción entre estas figuras. Pero queda claro que siempre que se quiera probar la existencia del mandato, éste debe ser estipulado en un instrumento público llamado poder como lo señala el artículo 2027 "el mandato se debe hacer a través de documento público"[35]. Una vez hecha la diferenciación entre el poder y el mandato, resulta pertinente mencionar que existen dos tipos de poderes: a) poder general; y, b) poder especial. Lafuente (1992: 40-45) define al primero como:

> "el instrumento público por el cual el poderdante otorga facultades al represente para actuar en todos o en algunos ámbitos, con carácter general, que deberán quedar especificados en el poder los cuales son: a) Poder general propiamente dicho, por el que se concede al apoderado amplio facultades, incluso de disposición sobre todo el patrimonio, incluida la compraventa de inmuebles y la hipoteca de los mismos, b) Poder para pleitos, cuando se faculta a un procurador o un abogado a personarse en un pleito en nombre de otra persona, y; c) Poder para administrar bienes, que permite al apoderado gestionar el patrimonio del representado, pero quedando normalmente excluidos los actos de disposición, como la compraventa o la hipoteca".

El poder especial, siguiendo el concepto de Lafuente es: "el instrumento público mediante el cual se faculta al apoderado para un tipo de acto jurídico concreto sobre el que va a recaer la acción por ejemplo la compraventa de un bien, aceptación de una herencia, realizar una transferencia, un cobro, contraer matrimonio.

La legislación ecuatoriana no posee una definición de poder general y poder especial, estos conceptos son incluidos en el artículo 2034 del código civil ecuatoriano que habla del mandato "es especial el mandato que comprende uno o más negocios especialmente determinados. El mandato general se confiere para todos los negocios del mandante y será igualmente general si se establece una o más excepciones, es el caso que se prohíbe actos de dominio como hipotecar bienes o venta de bienes inmuebles"[36]. Aunque no haya una definición estipulada en el código civil, el legislador toma como referencia el artículo mencionado para dar a conocer el alcance del poder general y especial. La doctrina expone que, el poder tiene carácter general, porque el principio de la preminencia de la generalidad prevalece sobre la especialidad en el otorgamiento de poderes.

---

35. Código Civil Ecuatoriano, artículo 2027, publicado en el Registro Oficial No. 46 24 junio del 2005.
36. Código Civil Ecuatoriano, artículo 2034, publicado en el Registro Oficial No. 46 24 junio del 2005.

Juárez (2012: 221-222) manifiesta que "la regla general en los poderes se otorgan con carácter de generales, esto significa que se otorga una facultad muy amplia si se desea limitar se debe establecer la limitación por expreso o debe conferirse a través de poder especial. En lo que se refiere a este principio de preminencia, el artículo 2036 señala "el mandato no confiere naturalmente al mandatario más que el poder de efectuar los actos de administración; como son pagar las deudas y cobrar los créditos del mandante, perteneciendo unos y otros al giro administrativo ordinario; perseguir en juicio a los deudores; intentar las acciones posesorias e interrumpir las prescripciones, en lo tocante a dicho giro; contratar las reparaciones de las cosas que administra; y comprar los materiales necesarios para el cultivo o beneficio de las tierras, minas, fábricas, u otros objetos de industria que se le hayan encomendado. Para todos los actos que salgan de estos límites, necesitará de poder especial."[37]

En resumen, este artículo otorga amplias facultades al mandatario (poder de administración), pero se necesita del poder especial para actos de dominio así lo indica el artículo 2035 que estipula "cuando se da al mandatario la facultad de obrar del modo que más conveniente le parezca, no por eso se entenderá autorizado para alterar la sustancia del mandato, ni para los actos que exigen poderes o cláusulas especiales".[38]

1.3. Clases de Mandato

Branover (2009: 59-62) explica que "cuando se desarrolla el tema amplísimo de mandato se debe señalar a qué tipo de mandato se hace referencia, debido a que existen dos tipos de mandato, éstos son: civil, mercantil". Estas figuras se diferencian unas de otras por el objeto de la naturaleza del negocio que se encomienda al mandatario. Para conocer las diferencias de estas figuras se va a desarrollar a breves rasgos sus elementos, la primera figura es el mandato civil, para reconocer al mandato civil se debe realizar un proceso de exclusión mediante la identificación de todos los actos mercantiles que establece el artículo 3 del código de comercio ecuatoriano, si el objeto que se exceptúa, no se encuentra establecido dentro de esta lista taxativa, se entiende que el mandato es civil.

[37.] Código Civil Ecuatoriano, artículo 2036, publicado en el Registro Oficial No. 46 24 junio del 2005.
[38.] Código Civil Ecuatoriano, artículo 2035, publicado en el Registro Oficial No. 46 24 junio del 2005.

Esta figura comprende varios contratos; prestación de servicios profesionales y la procuración judicial. La prestación de servicios profesionales es una figura jurídica que se encuentra en el artículo 2022 código civil ecuatoriano que estipula: "los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios, o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato".[39] La legislación hizo supletorias las reglas de la prestación de servicios inmateriales con las de mandato, porque en el uno y el otro hay una prestación de servicios y en ambas situaciones se toma en consideración las cualidades morales y la aptitud del mandatario (Capitant, 1992: 226).

Branover (2009: 60-65) señala que "el mandato y la prestación de servicio inmateriales son completamente distintos, porque en el contrato de servicio profesionales, la persona que se obliga es la que presta el servicio profesional, en cambio en el mandato la persona no se obliga personalmente y obra por un tercero." Al respecto, la legislación ecuatoriana se ha inclinado a la posición de definir a la prestación de servicios profesionales como mandato; por regla general este contrato debe estipularse de acuerdo a las reglas, que se encuentran establecidas a partir del artículo 2022 del código civil que manifiesta "Los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios, o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato".[40]

Una de las características del contrato de prestación de servicios profesionales es su remuneración. Al respecto el artículo 2021 dispone "la remuneración, llamado honorario, determínase por convección de las partes antes o después del contrato, por la ley, la costumbre o el juez".[41] En este tipo de contrato la remuneración es una regla general debido al principio de la no gratuidad del trabajo, el cual está consagrado en el artículo 3 del código de trabajo que expresa "ninguna persona puede ser obligada a realizar trabajos gratuitos".[42]

---

[39] Código Civil Ecuatoriano, artículo 2022, publicado en el Registro Oficial No. 46 24 junio del 2005.
[40] Código Civil Ecuatoriano, artículo 2022, publicado en el Registro Oficial No. 46 24 junio del 2005
[41] Código Civil Ecuatoriano, artículo 2021, publicado en el Registro Oficial No. 46 24 junio del 200518
[42] Código de Trabajo Ecuatoriano, artículo 3, publicado en Registro Oficial No. 167

El código civil ecuatoriano en cuanto a la remuneración, dispone en el artículo 1931 que "la fijación de precios del contrato de servicios materiales se configura por el concierto de las partes contratantes, si no se ha convenido entre las partes, se fijará por perito De igual manera el artículo 1941, dispone "para el arrendamiento de servicios inmateriales se aplica la misma regla de la fijación de precios del contrato de servicios materiales, además, el artículo 1946 estipula que "para el contrato de servicio de profesiones liberales se aplicará los artículos 1931 y 1941 para la fijación del precio, de todo este análisis se asevera que la remuneración en el contrato de servicios profesionales es obligatoria.

Por otro lado, la procuración juridicial es otra de las figuras que se encuentran dentro del mandato civil. Meléndez (1984: 285) expresa que "procuración judicial es la autorización que faculta para ejercer acciones, oponer defensas o cumplir cualquiera de los trámites que las causas requieran en representación de una de las partes". Este contrato es una aquiescencia que confiere un cliente a un abogado, para que los represente en su nombre y redacte escritos en un proceso arbitral u ordinario.

Pacheco Lupercio (2007: 28-32) expone cuales son las características de la procuración judicial y manifiesta que es "a) un contrato, ya que es un convenio en el cual el mandatario se obliga para con el mandante a hacer alguna cosa y el mandante se compromete a sufragar determinadas prestaciones y a remunerar al apoderado, b) bilateral, c) oneroso, porque el abogado, es el único que podrá ejercer las funciones de mandatario judicial y siempre tendrá derecho a percibir honorarios, d) un contrato principal, porque subsiste por sí mismo, aun cuando no se presente la ocasión de actuar, y; e) su objeto se refiere a intervenciones judiciales".

La legislación estipula los requisitos para otorgar la procuración judicial, éstos se encuentran a partir del artículo 41 del Código Orgánico General de Procesos que estipula "la procuración judicial se constituirá únicamente a favor de una o un defensor que no se encuentre inserto en alguna de las prohibiciones previstas en la ley". Como primer requisito: el mandante debe conferir un mandato a un defensor que no se encuentre inhabilitado del ejercicio profesional, segundo: el mandante debe tener capacidad de ejercicio, por último la procuración debe otorgarse por escritura pública es decir por un poder emanado por autoridad competente o por escrito reconocido ante el juez de la causa, y por manera verbal en la respectiva audiencia (Pacheco Lupercio, 2007: 31-33).

La duración del contrato inicia cuando el abogado acepta el encargo que ha sido designado por el mandatario o cliente así lo manifiesta el artículo 42 del COGEP "la procuración judicial podrá conferirse por: 1. oficio, en el caso de entidades públicas o mediante escrito reconocido conforme con la ley, ante la o el juzgador del proceso. 2. poder otorgado en el Ecuador o en el extranjero ante autoridad competente; y, 3. de manera verbal en la audiencia respectiva. La aceptación que debe hacer el mandatario puede ser expresa o tácita, se puede manifestar cuando el defensor comparece a juicio a nombre del mandante, señalando casillero judicial o realizando actos que demuestren que obra como procurador".[43]

En lo que se refiere a la terminación de la procuración, Lupercio (2007, 36-38) expresa las siguientes causales por: "a) ejecución del encargo que era objeto del mandato, hasta que el juicio haya recibido sentencia definitiva con autoridad de cosa juzgada, y haya sido, además, ejecutada en su totalidad. b) revocación que haga el mandante de acuerdo a lo establecido en el artículo 2069 del código civil ecuatoriano que manifiesta "el mandante puede revocar el mandato a su arbitrio, y la revocación, expresa o tácita, surte efecto desde el día en que el mandatario ha tenido conocimiento de ella; sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 2076".[44] El proceso de revocación surte efecto en juicio cuando el mandante comparece al juicio con su nuevo apoderado, con poder suficiente y haciendo constar en uno u otro caso expresamente dicha revocación, c) por renuncia del mandatario en virtud del artículo 44 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP) que estipula "las o los defensores podrán renunciar o negarse a prestar defensa por objeción de conciencia o por incumplimiento contractual de su cliente. Presentada la renuncia, deberá ser informada a la o al juzgador con la constancia de que ha sido comunicada a la o al mandante, quien contará con un plazo de quince días para nombrar nuevo procurador o procuradora. Este cambio no suspende los términos del proceso. La o el procurador judicial que haya aceptado o ejercido el poder, está obligado a continuar desempeñándolo en lo sucesivo sin que le sea permitido excusarse de ejercerlo para no contestar demandas nuevas, cuando está facultado para ello, salvo que renuncie al total ejercicio de dicho poder o que comparezca en el proceso el poderdante, personalmente o por medio de nuevo procurador",[45]

43. Código Orgánico General de Procesos, artículo 42, publicado en el Registro Oficial No. 506
44. Código Civil Ecuatoriano, artículo 2069, publicado en el Registro Oficial No. 46 24 junio del 2005.
45. Código Orgánico General de Procesos, artículo 44, publicado en el Registro Oficial No. 506

La ultima causal que da fin al mandato de procuración judicial es por la muerte del mandante de acuerdo al artículo 45 del COGEP que manifiesta "si fallece la o el poderdante después de presentada la demanda, la o el procurador judicial representará a la sucesión en el proceso hasta que se nombre curador de la herencia yacente o comparezcan el o los herederos. En caso de que no se haya presentado la demanda, el abogado debe abstenerse de ejecutar el encargo".[46] Una vez expuestos los casos de mandato civil, sus elementos, características y requisitos establecidos en la legislación ecuatoriana para su estipulación, es pertinente profundizar en el tema que desarrolla esta disertación: el mandato mercantil, y dentro de esta figura tan amplia, se discutirá el poder de factor que compete al tema de esta disertación

1.4. El Mandato Mercantil

El mandato mercantil se diferencia de la figura del mandato civil por el objeto; para identificar si el objeto es de naturaleza mercantil, se debe realizar un proceso de comparación, es decir remitirse a los actos estipulados en el artículo 3 del código de comercio ecuatoriano; [46] si el objeto se encuentra dentro de las lista taxativa del referido artículo, el mandato es de naturaleza mercantil. Además, la jurisprudencia ecuatoriana (Actos de Comercio: 2001: 1-2) ha declarado que:

> "El artículo 3 del Código de Comercio, que define los actos de comercio, es taxativo, pero con una particularidad: cada fracción contiene criterios o géneros que permiten una interpretación lógica extensiva, no hay un concepto único de acto de comercio que pueda servir de base para sostener que una operación no mencionada por la Ley Mercantil"

[46.] Código de Comercio Ecuatoriano, artículo 3, publicado en el Registro Oficial No. 1202 "Son actos de comercio, ya de parte de todos los contratantes, ya de parte de alguno de ellos solamente: 1.- La compra o permuta de cosas muebles, hecha con ánimo de revenderlas o permutarlas en la misma forma o en otra distinta; y la reventa o permuta de estas mismas cosas. Pertenecen también a la jurisdicción mercantil las acciones contra los agricultores y criadores, por la venta de los frutos de sus cosechas y ganados, más no las intentadas contra los comerciantes para el pago de lo que hubieren comprado para su uso y consumo particular, o para el de sus familias; 2.- La compra y la venta de un establecimiento de comercio, y de las acciones de una sociedad mercantil; 3.- La comisión o mandato comercial; 4.- Las empresas de almacenes, tiendas, bazares, fondas, cafés y otros establecimientos semejantes; 5.- El transporte por tierra, ríos o canales navegables, de mercaderías o de personas que ejerzan el comercio o viajen por alguna operación de tráfico; 6.- El depósito de mercaderías, las agencias de negocios mercantiles y las empresas de martillo; 7.- El seguro; 8.- Todo lo concerniente a letras de cambio o pagarés a la orden, aún entre no comerciantes; las remesas de dinero de una plaza a otra, hechas en virtud de un contrato de cambio, y todo lo concerniente a libranzas entre comerciantes solamente, o por actos de comercio de parte del que suscribe la libranza; 9.- Las operaciones de banco; 10.- Las operaciones de correduría; 11.- Las operaciones de bolsa; 12.- Las operaciones de construcción y carena de naves, y la compra o venta de naves o de aparejos y vituallas; 13.- Las asociaciones de armadores; 14.- Las expediciones, transportes, depósitos o consignaciones marítimas; 15.- Los fletamentos, préstamos a la gruesa y más contratos concernientes al comercio marítimo; y, 16.- Los hechos que producen obligación en los casos de averías, naufragios y salvamento.

Con relación, para distinguir los actos de comercio y los actos civiles, no basta realizar la comparación entre la lista taxativa del artículo 3 del Código de Comercio. Es así que, Molina (2008:52) manifiesta que

> "se debe observa si el acto de comercio presenta una de las 3 carateriticas que son: lucro, es decir la obtención de una utilidad o ganacia por medio de la especulación; intermediación en el cambio, esto implica que lo que se intercambia no es para su uso o consumo personal, pues el beneficio que se busca es aprovechar las variaciones de los precios que se dan con las transacciones mercantiles, y, por último, la masividad del acto, esto significa la cantidad de actos llevados a cabo por una persona y cantidad de personas que llevan a cabo un determinado tipo de acto con respecto a una sola persona".

De manera que para poder diferenciar al acto civil y mercantil, se necestia realizar una operación de comparación en el artículo 3; y, en caso que un acto no se encuentre dentro de esta lista taxativa, se debe realizar una interpretación en la cual se va a determinar si el acto presenta uno de los 3 elementos señalados la finalidad del lucro, la intermediación en el cambio y la masividad del acto.

Por otro lado, Branover (2009, 167) señala que "el código chileno en el artículo 234 del código de comercio chileno reconoce 3 tipos de mandato: la comisión, el mandato de factores y mancebos o dependientes de comercio y la correduría". Estas figuras son igualmente reconocidas por la legislación mercantil ecuatoriana; en ambas legislaciones se ha estipulado que, estas figuras se deben regular por las mismas reglas del mandato.

La legislación ecuatoriana es clara y reconoce al mandato mercantil en todas sus formas: la comisión, el poder de factor, dependiente y el corretaje y ha indicado que estas figuras se deben diferenciar del mandato civil, ya que su naturaleza de encargo corresponde a actos mercantiles. Estas figuras son reguladas en diferentes artículos del Código de Comercio, [47] sin embargo en lo que se refiere a la comisión, no existen normas especializadas que desarrollen su concepto, alcance, características y requisitos. En su defecto, el código de comercio señala que cuando se habla de comisión mercantil, ésta se sujeta a las normas del mandato civil que se encuentran en los artículos 2020 y siguientes del código civil ecuatoriano[48]. En consecuencia, el trato que se da a la figura de la comisión, es la misma que se da al mandato civil, pero con ciertas diferencias: a) el objeto, y; b) la terminación del mandato.

Existen varios criterios desarrollados por la doctrina con el fin de identificar las diferencias entre la comisión, el mandato civil y los arrendamientos de servicios. El primer criterio expresa que la disconformidad radica en la remuneración; si el contrato es oneroso corresponde a la comisión, asimismo ocurre con los arrendamientos de servicios; el elemento de la gratuidad es un elemento que caracteriza al mandato civil. Sin embargo, Leiñena (2008: 37-42) al respecto señala que "el elemento de la remuneración es un criterio errado para diferenciar estas figuras, porque el mandato civil puede ser oneroso o gratuito; el elemento de la gratuidad no es suficiente para diferenciar la comisión del arrendamiento de servicios". A pesar de esta crítica, se debe tomar en consideración que el elemento de la remuneración, es un elemento esencial del contrato de comisión, en caso de no ser acordada, se presumirá la misma salvo pacto en contrario.

Con respecto al segundo criterio, Berdejo (1951, 28-30) expone "la distinción radica en el objeto, en el contrato de arrendamiento de servicios el contenido son los actos materiales e inmateriales que terminan con la ejecución de la obra. Por el contrario, en el mandato y la comisión, el propósito radica en la ejecución de actos jurídicos y económicos; esto implica que el objeto del mandato como de la comisión, son actos jurídicos relevantes que consisten en la realización de contratos.

Por último, existe un tercer criterio desarrollado por Uría/Menéndez (1999, 50-54) quienes sostienen que "la diferencia radica en la actividad que constituye el objeto de arrendamiento de servicios, ésta es una actividad cooperativa, mientras que en la comisión mercantil, la actividad es de sustitución". Esto significa que el comitente o mandante es sustituido por el mandatario o comisionista quien se pone al frente de la actividad encargada y la ejecuta de acuerdo a sus intereses. En este sentido, se realiza una gestión que caracteriza al mandato y a la comisión. La comisión para diferenciar de mandato civil se debe considerar que: esta figura debe siempre versar sobre actos u operaciones de comercio, siempre lo ejercerá un comerciante o agente mediador; y, la persona quien ejerce el encargo debe ser un profesional especialista en el comercio, quien hace uso de sus servicios y su experiencia.

[47.] Código de Comercio Ecuatoriano, publicado en el Registro Oficial No. 1202, 26 junio de 2012
[48.] Código Civil Ecuatoriano, artículo 2020, publicado en el Registro Oficial No. 46 24 junio del 2005.

Por otra parte, Leiñena (2008: 60-67) manifiesta que los mandatos mercantiles "se pueden ejecutar de dos formas: a) bajo un conjunto de intereses de carácter jurídico privado como son: el mandato, la comisión, la agencia oficiosa y la mediación, b) un carácter jurídico laboral a manera de contrato de representantes comerciales o viajantes, factor de comercio y otros auxiliares del empresario". Para tener una mayor compresión de las figuras jurídicas que componen al mandato mercantil es pertinente mencionar a breves rasgos que es la comisión mercantil para proceder a desarrollar el factor de comercio tema que compete a esta disertación.

El mandato mercantil de comisión está regulado por las reglas del código civil como se mencionó anteriormente. Las características de este contrato expone, Leiñena (2008, 45-60) que son: "a) es un contrato consensual que no tiene ningún requisito formal para su celebración ni para su eficacia; éste se perfecciona por el mero consentimiento de los contratantes, el mismo puede ser manifestado de forma expresa verbal, por escrito o tácitamente, b) es de naturaleza oneroso, c) es sinalagmático imperfecto, d) es principal, y; e) su objeto versa sobre actos mercantiles". La comisión así como el mandato civil se prueban a través de una escritura pública como lo estipula el artículo 2027 del código civil ecuatoriano.

En lo que se refiere a la aceptación del mandato de comisión, el artículo 2028 del Código Civil estipula que "el mandato se reputa perfecto por la aceptación del mandante, éste puede ser expreso o tácito. La aceptación tácita es todo acto en ejecución del mandato".[49] Si el comisionista realiza algún acto mercantil como la venta de algún bien o servicios que pertenecen al mandato, se presumen que el mandatario aceptó el encargo. Si el mandatario no ha expresado la voluntad de aceptar el encargo y se da un silencio por parte del mismo, el artículo 2029 del Código Civil manifiesta que "las personas que por su profesión u oficio se encargan de negocios ajenos, están obligadas a declarar lo más pronto posible si aceptan o no el encargo que una persona ausente les hace; y transcurrido un término razonable, el silencio de aquellas se tendrá por aceptación".[50]

---

49. Código Civil Ecuatoriano, artículo 2028, publicado en el Registro Oficial No. 46 24 junio del 2005.
50. Código Civil Ecuatoriano, artículo 2029, publicado en el Registro Oficial No. 46 24 junio del 2005.

Finalmente, Leiñena (2008: 87-90) señala que " el objeto del encargo siempre es un acto comercial, mediante el cual el comitente encarga un acto o contrato a un colaborador profesional e independiente, estos dos sujetos deben ser comerciantes, el comisionista debe ser una persona especializada en el comercio de la gestión que se encarga."

El contenido del contrato de comisión genera al comisionista genera ciertas obligaciones que son: a) la ejecución de los actos jurídicos de comercio, y; b) rendir y liquidar las cuentas del encargo recibido. Con respecto a las obligaciones del comisionista. Mora (1981:20-21) expone que: "el comisionista debe realizar el encargo por sí mismo porque éste es un contrato *intuitus personae* y no puede delegar a otra persona si no ha sido autorizado". La prohibición de delegar el mandato a un tercero se encuentra establecido en el artículo 2039 del código civil ecuatoriano.

En cuanto a la terminación de este contrato, se ajusta de igual manera a las reglas establecidas en el mandato civil. Sin embargo, existe una diferencia con éste cuando se refiere a la causal de muerte del mandante. En la comisión, la causal de muerte no extingue este contrato, se entiende que el cónyuge sobreviviente, los hijos del causante o los socios comerciales se hacen cargo del mandato de comisión. Este supuesto no surte efecto para el mandato civil donde la causal de muerte extingue la relación contractual con el mandatario. A continuación, se tratará del poder de factor o poder general de administración, tema que concierne desarrollar a esta disertación.

1.5. El Poder de Factor, requisitos, legitimación y terminación

El contrato de preposición en la legislación ecuatoriana, se lo define como factor de comercio o poder general de administración para actos mercantiles. Antes de analizar los elementos y características de este contrato. Se va desarrollar brevemente su reseña histórica. Peña Nossa (2003:187) expone que "la expresión preposición, viene del latín procuratio onis, que significa procuración, que es el cuidado o diligencia con que se trata y maneja un negocio; es un comisión o poder que uno da a otro para que en su nombre haga o ejecute una cosa". Por otro lado, (Copete Delgadillo, 1983, 69) explica que "la expresión factor, proviene del latin factoris. Es el encargo entre comerciante apoderados con mandato mas o menos extenso para traficar en nombre y por cuenta del poderdante, o para auxiliante en los negocios".

La institución en Roma relacionada era la *institor,* el jurista romano Ulpiano explica que esta figura " es un mandato donde se encarga a un factor ponerse al frente de un tienda o despacho de compras o de ventas, su objeto es el manejo y la dirección del establecimiento de comercio". La legislación ecuatoriana por su parte, define al poder de factor mercantil en el artículo 117 del Código de Comercio y señala "factor es el gerente de una empresa o establecimiento mercantil o fabril, o de un ramo de ellos, que administra por cuenta del dueño".[51]

Con relación a la funcion de la preposición, (Perez Vives, 1975, 239) manifiesta que "este negocio jurídico es útil para conservar y dar impulso a la empresa, es un auxiliar del empresario para ampliar su actividad, ayuda al establecimiento de nuevas sucursales gracias al factor". Esta figura jurídica es muy útil para el empresario, quien desea realizar actividades mercantiles en territorio nacional u extranjero. Este contrato se lo estipula por medio de un mandato general de administración, sin embargo han surgido varias posturas doctrinales, las cuales afirman que el poder de factor es un contraro de trabajo y no un mandato. A próposito de la idea anterior, Peña Nossa (2003:188) explica que "existen dos tendencias definidas en la doctrina:

> "la primera es la doctrina francesa que manifiesta que el factor es un representante mercantil no autónomo muy cercano al dependiente de comercio; la segunda es la doctrina angloamericana, la misma que considera que "este contrato es un mandato por el cual se autoriza a una persona la administración de la empresa, quien ejecuta el encargo de forma independiente sin relación de subordinación con el mandante".

En lo que respecta a estas doctrinas, el Código de Comercio ecuatoriano toma la postura francesa y señala en el el artículo 136 que "las relaciones entre los factores y dependientes y sus principales se reglan por el Código de Trabajo"[50]. Esto significa que el factor es un subordinado del principal y se debe regular este contrato por las leyes laborales. La doctrina que se recoge en Ecuador es la de concebir al agente de comercio como dependiente del principal. Sin embargo, de este artículo citado, la jurisprudencia ecuatoriana, (Apoderado General o Factor , 1973, págs. 1-3) ha explicado que "pese a lo estipulado en el artículo 136 del código de comercio, el principal debe especificar en el contrato de factor si el mandatario es un apoderado general (independiente)"

[51.] Código de Comercio Ecuatoriano, artículo 374, publicado en el Registro Oficial No. 1202

Ademas, "si el mismo es un dependiente del empleador, agrega que, se debe interpretar las facultades que se otorgar al factor, se debe tomar en consideración si éste es un apoderado general o un subordinado del empleador".[52]

Como consecuencia de la jurisprudencia de triple reiteración mencionada, se infiere, que la figura del factor se rige por las leyes del código de trabajo, pero si el mandato es muy amplio, es decir si se le confiere un poder general de administración con abundantes atribuciones, éste se debe regular por las reglas comunes a este tipo de contratos que son el código civil y código mercantil, así lo dispone el artículo 308 del código de trabajo cuando expresa que "cuando una persona tenga poder general para representar y obligar a la empresa, será mandatario y no empleado, y sus relaciones con el mandante se reglarán por el derecho común. Más si el mandato se refiere únicamente al régimen interno de la empresa, el mandatario será considerado como empleado".[53]

Despúes de haber examinado la definición de este contraro, es importante identificar los sujetos que intervienen en el factor mercantil para tener una mejor comprensión de este tipo de contrato. Peña Nossa (2003, 188) manifiesta que " los sujetos del contrato de poder de factor son: el preponente quien es la persona, natural o jurídica que encarga la administración del establecimiento de comercio; no es necesario que esta persona sea titular del establecimiento; y, el factor quien es el comerciante que obrando en calidad de representante del preponente, realiza todos los actos jurídicos que demanda el giro ordinario de la administración del establecimiento de comercio a nombre de éste".

En lo que respecta a las características del poder de factor, (Schelsinger Velez, 1982) expone que son los siguientes: "a) es un contrato principal porque subsiste por sí mismo, b) es bilateral y oneroso, c) es consensual, d) es de ejecución sucesiva, se ejecuta a través de actos sucesivos como la administracion; y e) representativo. Además, el objeto de este contrato radica en el encargo del agenciado al agente, que consiste en la administración de la empresa, establecimiento mercantil o fabril (Vallejo García, 1999, 64).

---

51. Código de Comercio Ecuatoriano, artículo 136, publicado en el Registro Oficial No. 1202
52. Jurisprudencia de Casación, Triple Reiteración, Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Laboral
53. Código de Trabajo Ecuatoriano, artículo 308, publicado en Registro Oficial No. 167

Por otro lado, (Perez Vives, 1975) manifiesta que "las obligaciones que nacen del contrato de poder de factor son las misma que atañen al mandato". En otras palabras, las obligaciones del preponente son las mismas del mandante y de igual forma las responsabilidades del factor corresponden a las del mandatario.

Estos deberes se encuentran establecidos en el código civil ecuatoriano en el artículo 2026 que estipula "el mandante está obligado: 1. a proveer al mandatario de lo necesario para la ejecución del mandato; 2. a satisfacerle los gastos razonables causados por la ejecución del mandato; 3. a pagarle la remuneración estipulada o usual; 4. a pagarle las anticipaciones de dinero, con los intereses corrientes; y, 5. a indemnizarle de las pérdidas en que haya incurrido sin culpa, y por causa del mandato. No podrá el mandante exonerarse de cumplir estas obligaciones, alegando que el negocio encomendado al mandatario no ha tenido buen éxito, o que pudo desempeñarse a menos costo; salvo que le pruebe culpa".[54]

En lo relativo a las obligaciones del mandatario, se encuentran establecidas en los artículos 2035 que manifiesta "el mandatario se ceñirá rigurosamente a los términos del mandato, fuera de los casos en que las leyes le autoricen para obrar de otro modo".[55] Además el artículo 2059 que estipula "el mandatario está obligado a dar cuenta de su administración. Las partidas importantes de su cuenta serán documentadas, si el mandante no le hubiere relevado de esta obligación. La relevación de rendir cuentas no exonera al mandatario de los cargos que contra él justifique el mandante".[56]

Aparte de las obligaciones que menciona la ley civil ecuatoriana (Peña Nossa, 2003) indica que "el factor debe cumplir con todas las normas fiscales y reglamentos administrativos que tengan que ver con el establecimiento que administra; además el gerente no podrá negociar por su cuenta sin autorización del proponente; y, debe llevar la contabilidad del establecimiento de comercio y cumplir con las exigencias legales a ellas referentes". Respecto a la última obligación que expone Peña Nossa, ésta regulada en el artículo 122 del código de comercio ecuatoriano, que estipula "Los factores observarán, respecto del establecimiento que administren, todas las reglas de contabilidad prescritas a los comerciante en general".[57]

[54.] Código Civil Ecuatoriano, artículo 2026, publicado en el Registro Oficial No. 46 24 junio del 2005.
[55.] Código Civil Ecuatoriano, artículo 2035, publicado en el Registro Oficial No. 46 24 junio del 2005.
[56.] Código Civil Ecuatoriano, artículo 2059, publicado en el Registro Oficial No. 46 24 junio del 2005.
[57.] Código de Comercio Ecuatoriano, artículo 120, publicado en el Registro Oficial No. 1202

Con respecto al proceso de otogamiento del poder general de administración o factor mercantil, la legislación ecuatoriana señala en el artículo 120 del código de comercio que "los factores deben estar investidos de un poder especial otorgado por el dueño del establecimiento cuya administración se les encomiende. El poder será registrado y publicado en la forma prescrita en la Sección I del Título I del Libro Primero".[58] Es decir, que el mandato de poder debe ser estipulado a través de un documento público; este instrumento debe contener un poder especial que confiera amplias facultades de administración al factor. El título I del libro primero del código de comercio, señala los casos en los cuales se necesita autorización del Juez de lo Civil para el ejercicio del comercio. Dentro de los supuestos que establece el artículo 14 de este código, se encuentra la autorización que debe conferir el juez para que el poder de factor sea autorizado e inscrito.

Muchos doctrinarios han discutido si el poder de factor es un poder especial o es un poder general, señalando que existe una contradicción que puede apreciarse en el artículo 120 del Código de Comercio. Esta contradicción surge si se advierte que los factores se entienden autorizados para todos los actos que abrace la administración, pero la disposición de los artículos del Código de Comercio que estipulan las normas para la figura del poder de factor señalan que se debe investir de un poder especial que es incompatible con la amplitud de facultades de conlleva el encargo de la administración. Con referencia a esto, la Superintendencia de Compañías en la doctrina no. 72 ha expuesto que:

> "En efecto, en la concepción civilista, el mandato que comprende uno o más negocios especialmente determinados, se llama especial, así lo estipula el artículo 2061 (actual 2034) del Código Civil, y el conferido a los factores de comercio, por su amplio alcance, según esa misma concepción, es exactamente lo contrario, vale decir, un mandato general, pues, se lo ha dado para todos los actos que abrace la administración del establecimiento y para todas las facultades necesarias al buen desempeño de su cargo. De lo que se concluye que la contradicción de marras es aparente, siempre que el carácter especial del poder no se aprecie desde el punto de vista del Código Civil, sino que tal especialidad se la entienda como sinónimo de singularidad, de modo que el poder de que se halla investido el factor de comercio sea especial en la medida de que se distingue de cualquier otro poder y no porque comprende "uno o más negocios determinados".

[58.] Código de Comercio Ecuatoriano, artículo 14, publicado en el Registro Oficial No. 1202

Para explicar mejor la especialidad que posee el poder de factor, Salgado Valdez (1982:70) expone que "el criterio civilista de Poder General ha sido trastocado en lo comercial al hablarse, en el presente caso, de que el factor debe encontrarse investido de un poder especial. Se afirmar que el Factor se encuentra investido de un Poder Típico es decir que, es especial no en cuanto a su raíz jurídica, sino en cuanto al ámbito total de sus atribuciones ya que prácticamente tiene bajo su responsabilidad todas las facultades del representante legal de la compañía, menos las que se le hayan restringido" En otras palabras, cuando el artículo 120 menciona que el Poder de Factor debe estar investido de un poder especial, no se debe entender al poder desde la concepción civilista, sino se hace referencia a que es un poder distinto de otros, porque se encarga toda la administración de la empresa o la sucursal de la compañía, de forma que no es una administración común que se encarga al mandatario. Por otro lado, para completar la validez del contrato de factor de comercio, se necesita la inscripción del mismo. (Registro Mercantil, aprobación de poderes, 2016) establece los siguientes requisitos:

> "Para la inscripción de poderes en el Registro Mercantil se presentarán: a) por lo menos dos copias certificadas del testimonio de la escritura pública o de la protocolización cuando se haya realizado el otorgamiento en una notaría pública. b) si el otorgamiento se efectúa vía judicial, se presentará el proceso original, a falta de este se aceptará la copia certificada del proceso acompañada de un oficio emitido por el juzgado de lo civil correspondiente notificando la sentencia al Registro Mercantil del respectivo cantón, c) en todo caso, el proceso deberá contener sentencia aprobatoria del Juez de lo Civil, d) notificación al señor Registrador Mercantil del Cantón respectivo, e) copia certificada adicional del proceso; y, f) si el poder es otorgado en país extranjero: sello del cónsul del Ecuador en el país extranjero autentificando la firma de la persona que otorga o apostilla".[59]

Finalmente, en lo que se refiere a la terminación del contrato de factor de comercio, éste termina por las mismas causales del mandato (Peña Nossa,2003, 200). La legislación ecuatoriana en el artículo 2067 estipula que "el mandato termina por: 1. el desempeño del negocio para que fue constituido; 2. la expiración del término o por el cumplimiento de la condición prefijados para la terminación del mandato, 3. la revocación del mandante; 4. la renuncia del mandatario; 5. la muerte del mandante o del mandatario; 6. la quiebra o insolvencia del uno o del otro; 7. la interdicción del uno o del otro; y, 8. la cesación de las funciones del mandante, si el mandato ha sido dado en ejercicio de ellas".[60]

[59.] Procedimiento de inscripción de poderes, Registro Mercantil, consultado en www.registromercantil.gob.ec/
[60.] Código Civil Ecuatoriano, artículo 2067, publicado en el Registro Oficial No. 46 24 junio del 2005.

Con la finalidad de alcanzar un mayor discernimiento de la figura de poder general de administración, es importante establecer las diferencias de este contrato con la comisión mercantil, al respecto Copete Delgadillo (1983: 73) expone que "la comisión excluye la generalidad en la actuación pues la gestión se limita a una forma exclusiva de operaciones mercantiles individuales; el factor en cambio se encarga de administrar en forma amplia o general un establecimiento o empresa comercial que requiere una atención y una actuación continuada por razón de la unidad económica que la empresa significa". Esto implica, que la comisión es un contrato de ejecución instantánea a diferencia del poder de factor que es de ejecución sucesiva.

Otra diferencia que expone Copete Delgadillo (1983: 73) es "al factor se le prohíbe traficar por su cuenta o tomar interés en su nombre o ajeno, en negociaciones del mismo género o que las haga por cuente de su patrón, a menos que fuere expresamente autorizado para ello, por otro lado la comisión implica que el comisionista está autorizado a realizar varias actividades mercantiles mientras ejecuta el encargo de comitente." Esto significa que el factor solo puede ejercer actos de administración y durante su ejercicio no puede contratar con otro por su cuenta; al contrario del comisionista que puede ejecutar su comisión y además celebrar contratos de su interés por su cuenta y a nombre propia sin afectar la autorización que el comitente le ha conferido.

La última diferencia que expone (Copete Delgadillo, 1983: 73) es "al factor se lo considera como un órgano interno de la empresa, es un gerente cuya actividad es vital para el buen funcionamiento de la empresa; el comisionista es un órgano externo del empresario, su profesión es aislada e independiente del principal, el ejercicio de su actividad implica un servicio." Estas diferencias evidencian que la comisión y el factor de comercio son mandatos mercantiles distintos, además el proceso para la aprobación es más estricto para el factor en comparación con la comisión.

En este capítulo se ha discutido los antecedentes del mandato y su naturaleza jurídica, los tipos de mandato en el Ecuador, la figura del mandato mercantil; y, el poder de factor o mandato general de administración, sus requisitos, legitimación y terminación, donde se concluye que el mandato es un figura muy amplia que puede generar confusión con los conceptos jurídicos de representación y poder.

Por consecuencia, es necesario distinguir al mandato de su naturaleza civil y mercantil, por el objeto del encargo; entender que dentro del mandato mercantil existe varías figuras como la comisión y el poder de factor, que estas dos figuras se regulan por normas distintas; y, el procedimiento del mandato general de administración posee formalidades como la autorización del juez de lo civil. Se explicó además que la formalidad establecida en el artículo 120 del Código de Comercio, hace referencia a un poder especial, único al encargar todas las actividades que abrazan la administración, sin que exista una limitación que obstaculice al mandatario a desenvolverse de la mejor forma la actividad objeto del mandato que se le confirió. Finalmente se realizó una comparación entra la figura jurídica de la comisión mercantil y el poder de factor, concluyendo que son figuras completamente distintas, autónomas y que posee reglas distintas para su aprobación.

El siguiente capítulo de este proyecto de investigación, versará sobre el procedimiento por el cual se debe sustanciar la autorización del mandato general de administración o poder de factor; y, se explicará la naturaleza jurídica, los elementos y las características de los procesos voluntarios, demostrando que estos actos al carecer de controversia, son de naturaleza administrativa, concluyendo que el trámite de poder de factor debería ser aprobado por un Notario y no por el Juez de lo Civil.

CAPÍTULO II: LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

Este capítulo procura explicar que el trámite de aprobación del mandato general de administración o poder de factor es un proceso de jurisdicción voluntaria, además, se expondrá que en el antiguo Código de Procedimiento Civil, al no existir la vía del juicio de procedimiento voluntario contemplado hoy en el Código Orgánico General de Procesos (COGEP), a este trámite se lo sustanciaba por el juicio verbal sumario como una diligencia preparatoria; se manifestará que los doctrinarios han considerado a la diligencia preparatoria o previa como una acto de jurisdicción voluntaria. Actualmente con la expedición del Código Orgánico General de Procesos, se creó la vía para sustanciar actos no contenciosos, estos actos se los sustancia mediante el juicio de procedimiento voluntario establecido en el art. 334 del COGEP. Así mismo, se demostrará que la jurisdicción voluntaria es una institución diferente a la jurisdicción en sentido estricto (jurisdicción contenciosa).

De esta forma se afirmará que administrar actos que necesitan de legalidad y reconocimiento de algún derecho o hecho por parte del Juez es una función anómala del mismo. Esta afirmación se justificará con varias teorías doctrinales y jurisprudencia que demostrarán que la función de jurisdicción voluntaria debe ser transferida al Notario, quien al estar dotado de fe pública cumple con la función de dar legalidad y reconocer actos y derechos de las relaciones entre particulares que ejercen su derecho de autonomía de la voluntad.

Adicionalmente, se explicará la clasificación de los procesos de jurisdicción voluntaria manifestando que los trámites que tratan de dar legalidad y autenticidad de documentos públicos asimismo los que dan reconocimiento de relaciones jurídicas son diligencias que deben ser tramitadas por el Notario quien es el funcionario más especializado en el tema.

Finalmente se encausará el trámite de aprobación de mandato general de administración dentro de los trámites de jurisdicción voluntaria que puede conocer el Notario, de tal forma que pueda descongestionar los despachos judiciales, dotar de un procedimiento ágil y eficaz que fortalezcan los principios de economía y celeridad procesal.

2.1 Sustanciación del procedimiento: aprobación poder del factor o mandato general de administración

El trámite para la aprobación del mandato general de administración era sustanciado por el proceso verbal sumario así lo estipulaba el anterior Código de Procedimiento Civil en el art. 828 sección veintitrés (del juicio verbal sumario) que manifiesta:

> "están sujetas al trámite que esta Sección establece las demandas que, por disposición de la ley o por convenio de las partes, deban sustanciarse verbal y sumariamente; las de liquidaciones de intereses, frutos, daños y perjuicios, ordenadas en sentencia ejecutoriada; las controversias relativas a predios urbanos entre arrendador y arrendatario o subarrendatario, o entre arrendatario y subarrendatario, y los asuntos comerciales que no tuviesen procedimiento especial".[61]

Es necesario recalcar que la última enunciación del artículo menciona los temas comerciales que no tuviesen procedimiento especial, estos actos se tramitaban por el juicio verbal sumario, la aprobación del mandato general de administración se encuentra dentro de esta clasificación, al no tener un procedimiento especial para su sustanciación.

En relación con lo anterior, Sarmiento (2009:373) expone que el juicio verbal sumario "es un proceso introducido en nuestro sistema procesal, con el propósito de implementar algunas fórmulas de caracter oral; pero en la práctica han resultado absolutamente contraproducentes; pues no tiene nada oral y todo sigue perteneciendo al sistema escrito"; razón por la cual el trámite verbal sumario para la aprobación del mandato general de administración en la práctica judicial duraba entre 5 a 8 meses.[62] Lo cual resulta desfavorable para las compañías nacionales y extranjeras que necesitaban encargar la adminsitración a un tercero, a proposito de esto Drucker (1979:14) manifiesta que:

> "el director o gerente es el elemento dinámico y vivificante de todo negocio. Sin su guía los recursos de la producción siguen siendo recursos y no se convierten nunca en producción. En un sistema económico de competencia, sobre todo, la calidad y el desempeño de los gerentes determinan el éxito de un negocio y, más aún, su supervivencia, porque constituyen la única ventaja que puede tener una empresa dentro de ese sistema".

El autor además explica que dentro de los principios de la gerencia, la realización económica es la más importante para desarrollar este principio en plenitud, el administrador o gerente general debe estar dotado de todas las herramientas necesarias para encargar la dirección del establecimiento mercantil.

61. Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano, art. 828 publicado en el R.O. No. 58 del 12 de julio del 2005
62. Caso Judicial No. 17320-2013-0991, Aprobación Poder para la Compañía Familia Sancela S.A.

De la mano con la anterior afirmación, al encargar la diligencia de la administración, el gerente general o administrador puede viajar al exterior a conseguir nuevas inversiones, clientes y gestionar importantes negocios. Producto de esta necesidad, el legislador estableció la figura del mandato general de administración para que una tercera persona en ausencia del administrador o gerente sea quien se encargue de todos los actos de la administración. Sin embargo, las compañías nacionales y extranjeras tenían un gran problema con esto, ya que tomaba demasiado tiempo la aprobación de este trámite por el juicio verbal sumario. El tiempo no se ajustaba a las necesidades de las compañías las cuales necesitan de procedimientos ágiles y versátiles que se ajusten al ritmo dinámico y competitivo de los negocios.

Por otro lado, si se realiza el análisis de qué tipo de trámite es el procedimiento de aprobación de mandato general de administración se comprende que es un proceso de jurisdicción voluntaria. Al respecto, de la Oliva Santos (2002:545) explica que "en los procesos de jurisdicción voluntaria no hay conflicto, carece de litigio, se trata de una situación jurídica que requiere la solemnidad de intervención del Juez para confirmarla, este proceso solo interesa al peticionario, no hay contraparte que se oponga".

Es decir, el trámite de aprobación del mandato general de administración es un proceso donde no existe la controversia (proceso voluntario). El trámite se lo realiza en varios pasos a saber:

1. un peticionario es quien solicita al Juez de lo Civil el reconocimiento del documento de escritura pública del poder general.
2. el magistrado da legalidad al instrumento y oficia la publicidad del mismo en un periódico de mayor circulación para que los interesados conozcan del asunto y en caso de oposición se manifiesten.

Realizado estos dos pasos se cumple con la solemnidad establecida en el art.120 del Código de Comercio ecuatoriano que estipula "los factores deben estar investidos de un poder especial otorgado por el dueño del establecimiento cuya administración se les encomiende. El poder será registrado y publicado en la forma prescrita en la Sección I del Título I del Libro Primero".[63]

[63.] Código de Comercio Ecuatoriano, artículo 120, publicado en el Registro Oficial No. 1202

Por lo que se refiere a las solemnidades que se establecen dentro de esta sección, el Juez debe conoce el asunto y autorizarlo. Se debe agregar que la Superintendencia de Compañías expidió en 1997 Doctrinas que interpretaban los vacíos legales del Código de Comercio y el Derecho Societario ecuatoriano; la doctrina 60 habla acerca de las solemnidades que debían ser resueltas por el juez, al respecto ésta manifestaba que "los poderes de las compañías nacional o extranjeras se inscribían, fijaban y publicaban de conformidad con los artículos 30 numeral 8, 33, 120 y 270 del Código de Comercio, previa la correspondiente providencia judicial que hubiere calificado la legalidad de la forma y la autenticidad del documento respectivo, según la Ley de Registro e Inscripciones". La Superintendencia expresamente reconocía el trámite para la calificación del poder de factor, además señalaba que este es un procedimiento de jurisdicción voluntaria.

De igual forma el Código Civil ecuatoriano en el art. 437 establece que "por regla general, ningún acto o contrato en que directa o indirectamente socios de comercio se vean involucrados, podrá ejecutarse o celebrarse, sin autorización del juez".[64] Estas solemnidades que la ley señala deben ser sustanciadas a través de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, considerando la naturaleza del trámite el cual lo amerita, de esa forma se reduce el tiempo que toma la aprobación del mismo por juicio verbal sumario como diligencia preparatoria.

Por otra parte, el Código de Procedimiento Civil (CPC) no contemplaba un juicio de procedimiento voluntario como hoy lo estipula el Código Orgánico General de Procesos, no obstante, el CPC reconocía la jurisdicción voluntaria, así lo manifiesta el art. 4 "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".[65]

64. Código Civil Ecuatoriano, artículo 437, publicado en el Registro Oficial No. 46 24 junio del 2005.
65. Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano, artículo 4 publicado en el Registro Oficial No. 58 del 12 de julio del 2005

En otras palabras, el artículo 4 del CPC opera cuando no existe controversia, además el artículo explica todo lo ordenado en el ejercicio de la jurisdicción voluntaria valdrá para la parte que solicitó hasta que exista una contradicción, volviendo al proceso contencioso. Si finalizó el proceso voluntario mediante auto o sentencia no cabe contradicción así que el interesado puede hacer efectivo su derecho hasta que se acepta la contradicción de la otra parte que alegó. Pese a que el anterior Código Adjetivo Civil contemplaba la jurisdicción voluntaria, no existía una sección que explique cuáles son los trámites de jurisdicción voluntaria que debían sustanciarse por este tipo de juicio como actualmente establece el Código Orgánico General de Procesos.

En lo que concierne al Código Orgánico General de Procesos (COGEP) que entró en vigencia plena el 23 de mayo de 2016, un año después de su publicación en el Registro Oficial del 12 de mayo de 2015, Jarrín (2015: 6-10) indica que "se eliminaron la mayoría de juicios, alrededor de 80 procesos que establecía el Código de Procedimiento Civil ecuatoriano; ahora todos los procesos se concentran en 4 procedimientos, evitando la redundancia de prácticas, buscando la economía procesal, la eficiencia y eficacia de la administración de justicia". En cuanto a los 4 procedimientos a los que Jarrín menciona, que son el juicio ordinario, el juicio sumario, el juicio de jurisdicción voluntaria y el procedimiento ejecutivo; cabe aclarar que existen otros juicios que contempla el COGEP: el juicio monitorio y el juicio concursal.

En relación con lo anterior, surge la pregunta cuál de los mencionados juicios es la vía correcta para sustanciar el trámite de aprobación del mandato general de administración, a sabiendas de que se eliminó el trámite verbal sumario por el cual se sustanciaba la aprobación del mandato general de administración o poder de factor como una diligencia preparatoria antes de la vigencia del COGEP.

Al respecto de este problema, Díez Picazo (2012:229) manifiesta que "las diligencias preliminares son actuaciones de jurisdicción voluntaria porque presentan las características esenciales de este tipo de procedimientos". Al no existir el juicio de procedimiento voluntario en el CPC, la aprobación del poder de factor se tramitaba como diligencia preparatoria o preliminar.[66]

[66.] Caso Judicial No. 17320-2013-0991, Aprobación Poder para la Compañía Familia Sancela S.A.

De conformidad con la anterior interrogante, García Falconí (2014:1-3) explica que "las diligencias preparatorias o preliminares son: de jurisdicción voluntaria, pues no existe una controversia tal, que si existen en los juicios de jurisdicción contenciosa; pueden ser presentadas por cualquier persona que le interese; es de cuantía indeterminada; se puede presentar ante un Juez, y en algunos casos ante un Notario Público; tiene por regla general una sola instancia".

Por consiguiente, al no existir el juicio de jurisdicción voluntaria en el Código de Procedimiento Civil, el trámite de aprobación del poder de factor o mandato general de administración se sustanciaba como una diligencia preparatoria respetando así la naturaleza jurídica de este tipo de procesos (jurisdicción voluntaria), y se tramitaba por el juicio verbal sumario porque así lo estipulaba el art. 828 del anterior Código Adjetivo Civil "se tramitarán por juicios verbal sumario los actos de comercio que no posean una vía especial para su sustanciación" de esta manera se daba un vía para poder sustanciar estos procesos de jurisdicción voluntaria. Esta práctica judicial ha sido eliminada puesto que el Código Orgánico General de Procesos (COGEP) ha creado la vía de los juicios de jurisdicción voluntaria donde se sustancian este tipo de trámites no contenciosos. En definitiva, la vía que resulta pertinente para conocer el trámite de aprobación del mandato general de administración, sería a través de un procedimiento de jurisdicción voluntaria.

Con el propósito de abordar más ampliamente la idea anterior, el COGEP en el art. 334 manifiesta que "se consideran 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 dependientes,
4. Inventario, en los casos previstos en este capítulo,
5. Partición; y,
6. Autorización de venta de bienes de niñas, niños y adolescentes y, de personas sometidas a guarda".[67]

[67]. Código Orgánico General de Procesos, artículo 334 inciso primero, publicado en el Registro Oficial No. 506

El artículo menciona una lista taxativa de los procedimientos voluntarios que conoce el Juez, dentro de éstos no se encuentra la aprobación del mandato general de administración o poder de factor. No obstante, el segundo inciso de este artículo es de carácter general y señala que "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",[68] de tal forma que el procedimiento se encauza dentro del art. 334, inciso segundo del cuerpo legal mencionado.

Una vez identificada la vía de sustanciación del procedimiento, es importante mencionar que el COGEP dentro de las disposiciones transitorias facultó a los notarios a conocer veintitrés trámites de jurisdicción voluntaria con competencia exclusiva. Aquí nace la interrogante ¿bajo qué criterios el legislador asignó estos trámites al notario y optó por dejar unos para que tenga competencia exclusiva el Juez? La falta de lineamientos y criterio jurídico del legislador produce inseguridad jurídica, para comprender mejor esta afirmación, la Corte Constitucional del Ecuador expone (Sentencia N.° 030-15-Sep-CC:2015:7-8) que la seguridad jurídica:

> "es la certeza que tiene el individuo de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares y conductos establecidos previamente. El derecho a la seguridad jurídica encuentra su fundamento en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes, por expresa disposición constitucional del Estado, como ente del poder público de las relaciones en sociedad, no sólo establece los lineamientos y normas a seguir, sino que en un sentido más amplio tiene la obligación de establecer "seguridad jurídica" al ejercer su "poder" político, jurídico y legislativo".

La seguridad jurídica es un principio fundamental dentro del Estado de Derecho, no solo está para asegurar el correcto actuar del Juez, sino que también se establece la seguridad jurídica al ejercer las demás funciones del estado, por tal razón el legislador debe crear normas claras, precisas, públicas que tengan el fundamento jurídico adecuado y se ajuste a la necesidad social.

De conformidad con esta premisa el legislador debería fundamentar ¿Por qué designó más de veintitrés procedimientos de jurisdicción voluntaria al notario con competencia exclusiva y se reservó seis trámites para el Juez?

[68.] Código Orgánico General de Procesos, artículo 334 inciso segundo, publicado en el Registro Oficial No. 506

¿Por qué no dar la competencia al Notario para que conozca todos los procedimientos voluntarios? Sería importante conocer el razonamiento lógico jurídico que hizo el legislador al establecer esta división de los procedimientos voluntarios. Puede que la sapiencia del legislador ecuatoriano haya identificado que los trámites de jurisdicción voluntaria que atribuyó al Notario están libres de cualquier controversia, mientras que los que reservó para el Juez presentan controversia y existe un riesgo en los intereses de las partes, por tal motivo para asegurar los derechos de los interesados, el legislador mantuvo estos seis trámites como competencia exclusiva del Juez. Si este fue el buen juicio del legislador, se debe manifestar que el trámite deja de ser de procedimiento voluntario y se vuelve contencioso.

Al respecto Sarmiento (2009: 368) indica que "los procesos voluntarios en nuestro sistema pueden generar controversia en el decurso de su tramitación; en ese caso se daría paso a un juicio contencioso y evidentemente dejaría de ser voluntario. De manera que los trámites de jurisdicción voluntaria reservados para el Juez debieron ser incluidos dentro del paquete de los veintitrés trámites conferidos al Notario o por lo menos señalar expresamente que estos trámites pueden ser tramitados por el Juez o el Notario sin reservar la competencia exclusiva al Juez.

En definitiva, el legislador no ha considerado uno de los principios generales del derecho el "*Qui potest plus potest minus*" (quien puede lo más puede lo menos). Jañez Barrio (1999:468) manifiesta que "este principio consiste en tener por ordenado o permitido de manera explícita, que se haga algo menor de lo que está ordenado o permitido expresamente por la ley". Si se transfirió la competencia para que el Notario conozca veintitrés trámites de jurisdicción voluntaria significa que el legislador ha contemplado dar la competencia más amplia al Notario que al Juez. Por lo cual se infiere que, el Notario estaría facultado para conocer los demás procedimientos de jurisdicción voluntaria que se contempla en el art. 334 del Código Orgánico General de Procesos. Si se entiende el alcance que tiene este principio general del derecho a fin de que, el Notario, de seguridad jurídica preventiva a los actos jurídicos de reconocimiento de derechos o hechos de los particulares del derecho privado y con el propósito de fortalecer los principios procesales de desconcentración, economía procesal y celeridad de tal forma que los procesos voluntarios se desjudicialicen por completo del sistema de administración de justicia ecuatoriano.

2.2 Jurisdicción Voluntaria Judicial y Notarial en el régimen ecuatoriano

Antes de profundizar en esta institución del Derecho que compete desarrollar a esta disertación, es necesario conocer cómo surgió la jurisdicción voluntaria, al respecto Lopez Obando (2009: 13-16) expone la reseña histórica de la jurisdicción voluntaria arguyendo que "la jurisdicción nace y se va consolidando en los tres períodos de la Antigua Roma que comprenden la etapa de la Monarquía, la República y el Imperio. Fue durante la República (376 AC) que nace la figura del pretor urbano, quien entendía los litigios de los ciudadanos. Las funciones del pretor urbano y peregrino se fueron segmentando a favor de otros funcionarios a los ediles, el prefecto del pretorio, los gobernadores, el legado del emperador y el precónsul quien tenía jurisdicción en las provincias, similares a las del cónsul en Roma". Se debe agregar a la reseña histórica que Arguello (1988:541) manifiesta "los Recuperatores tuvieron al principio competencia en asuntos de carácter internacional, para actuar más adelante en los juicios entre ciudadanos, subsistiendo para asuntos de jurisdicción voluntaria, como los relativos a la manumisión de esclavos, en época de la cognitio extra ordinem".[69]

Con respecto a lo anterior, Alburquerque Sacristán (2005:1286) explica que:

> "la jurisdicción voluntaria fue ejercida por varios funcionarios, pero fue con el Magistrado quien dotado de *imperium* interviene ejercitando su actividad entre particulares, la actuación del magistrado se limita a ratificar, legitimar un acto o negocio jurídico y, con la expedición del Digesto (compilación de cincuenta libros de la jurisprudencia clásica romana) fue la primera vez que se hacía mención a la expresión jurisdicción voluntaria, que se emplea para referirse a las partes que libremente y de forma voluntaria solicitan la participación del magistrado".

La jurisdicción voluntaria en la Antigua Roma comprendía actos en los cuales el Juez intervenía para: otorgar validez a negocios jurídicos, producir actos de autoridad, acreditar ciertos actos o hechos como auténtico, a su vez Prieto-Castro y Ferrándiz (1986:177) señalan que los actos mencionados surgen de la necesidad de establecer seguridad jurídica a ciertos actos y hechos legalizados por los magistrados. A falta de otro funcionario que pueda dar solución a los requerimientos señalados se dio la competencia exclusiva al Juez.

[69] *Cognitio extra ordinem es un procedimiento que surge en la época de Octavio, en la época del principado, éste sistema se consolida como el único procedimiento judicial romano*, María Eva Fernández, Procedimiento Civil Romano, Universidad de Granada, página 17

Posterior a la época romana, Chiovenda (1992:384) expone que en la edad media se mantuvo el sistema mediante el cual la competencia de jurisdicción voluntaria era exclusiva del juez, recién en la época Alta Edad Media surgió un cambio y se atribuyó competencias en la materia a los notarios por su especial vinculación con los Jueces y Tribunales. Es así que en el Código de las Siete Partidas de Alfonso X[70] se atribuyó competencias a los escribanos para redactar instrumentos que contenían negocios jurídicos, emancipaciones, inventarios además de otros trámites. A los asuntos señalados se los conocía como actos de *voluntariae iurisdictions*.

La jurisdicción voluntaria es una antigua institución del Derecho que ha sido asumida por una sola figura: el Juez. Poco o nada se ha otorgado la competencia a otro funcionario, es así que en la legislación ecuatoriana, la jurisdicción voluntaria fue una atribución exclusiva ejercida por los jueces hasta el año de 1996 así lo establecía el Código de Procedimiento Civil de 1987.[71]

Posteriormente, con la expedición de la Ley Reformatoria a la Ley Notarial, se asignaron trámites de jurisdicción voluntaria[72] al Notario. Ahora, la tendencia de mantener la jurisdicción voluntaria como función única del Juez se ha modificado con las nuevas reformas introducidas por el Código Orgánico General de Procesos (COGEP); el modelo a seguir ha sido dotar de mayor competencia al Notario.

Esta inclinación ha surgido en varias legislaciones, como la española que en el año del 2005 expidió la Ley de Jurisdicción Voluntaria, la cual asignó amplias facultades en la rama del derecho sucesorio, además la conciliación es ejercida por el Notario; y, la legislación colombiana que facultó a los Notarios para que reciban declaraciones extraproceso con fines judiciales (Medidas en Materia de Descongestión Judicial: 2012:43).

---

[70] Código de las siete partidas de Alfonso X es un código normativo redactado en el Reino de Castilla, su función fue la unificación jurídica del reino, este código es un legado para la historia del Derecho Hispano.

[71] Código de Procedimiento Civil de 1987 publicado Registro Oficial No. 687, 18 mayo de 1987, artículo 1066, "todos los asuntos de jurisdicción voluntaria serán conocidos por el Juez"

[72] La Ley Reformatoria a la Ley Notarial, publicada en el Registro Oficial No. 64, viernes 8 de Noviembre 1996, el preámbulo manifiesta que "es necesario descongestionar los despachos judiciales confiando a los notarios la autorización de algunos actos de jurisdicción voluntaria" Los actos que se introducen son: 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.

Después de haber estudiado la reseña histórica es momento de desarrollar la definición de la jurisdicción voluntaria. A propósito de esto, Palacio (2004:87) expone que "se designa jurisdicción voluntaria a la función que ejercen los jueces con el objeto de integrar, constituir o acordar eficacia a ciertos estados o relaciones privadas". La función que realiza el Juez es una función administrativa ajena a la jurisdicción contenciosa. Por otra parte, Echandía (1978:70) explica que "la jurisdicción voluntaria se ejercita a solicitud de una persona que necesita darle legalidad a una actuación o certeza de un derecho, o por varias pero sin que exista desacuerdo entre ellas al hacer tal solicitud y sin que se pretenda vincular u obligar a otra persona con la declaración que haga la sentencia". Por su parte, Calamandrei (1943:64) manifiesta que "la función que se ha encomendado al juez, jurisdicción voluntaria es sustancialmente administrativa, es subjetivamente ejercida por órganos jurisdiccionales y por eso se designa tradicionalmente con el nombre equívoco de jurisdicción, si bien acompañado del atributo de voluntaria que tiene la finalidad de distinguirla de la verdadera y propia jurisdicción".

Dentro de las definiciones que establecen estos doctrinarios del Derecho es interesante identificar que los 3 autores señalan que la jurisdicción voluntaria es una función ajena al Juez. Además, describen las características y naturaleza de la jurisdicción voluntaria, manifestando que la misma es de carácter administrativo. Para comprender más la función anómala que tiene el magistrado, debemos identificar que es la jurisdicción.

Al respecto, Couture (1976:100) expresa que "la jurisdicción es la función pública, realizada por órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la ley, virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución".

Otros autores, como Chiovenda y Calamandrei, concuerdan con Couture y manifiestan que "la función de la jurisdicción consiste en la resolución de controversias o conflicto de intereses". Es interesante las características que señala Couture, la jurisdicción tiene ciertos elementos que la definen y son: la determinación de un derecho, es una función ejercida por un órgano competente que es el Juez a quien se le ha encargado la administración de justicia, el objeto de la jurisdicción es la resolución de una controversia y por último existe sentencia con efecto de cosa juzgada.

Todos estos elementos señalados no se encuentran dentro de la jurisdicción voluntaria, a propósito de esto Lopez Obando (2009:47-48) enumera las características de la misma y dice "1. la jurisdicción voluntaria carece de partes en sentido estricto, elemento de forma de la jurisdicción, es decir, el peticionario no solicita nada contra alguien o algo, 2. el juzgador solo conoce la verdad en parte, sobre todo de quien la presenta y no de una contraparte que puede oponerse; por ello no juzga, no prejuzga; y, 3. la sentencia con la cual se pronuncia el Juez sobre los asuntos de la jurisdicción voluntaria carece de los elementos fundamentales que tiene cuando opera sobre asuntos contenciosos. Así lo manifiesta Couture, quien al respecto manifiesta por oposición a la sentencia jurisdiccional, cuyo contenido puede ser declarativo, constitutivo, de condena o cautelar, las decisiones que se profieren en la jurisdicción voluntaria son siempre una declaración. Ni conceden ni constituyen nuevos derechos".

Una vez identificado los dos conceptos de jurisdicción y jurisdicción voluntaria al comparar su naturaleza y sus elementos que les caracteriza a cada uno de ellos, se cae en cuenta que son dos instituciones muy diferentes. Por una parte, la jurisdicción que es propia del Juez es siempre la resolución de controversia; en cambio, la jurisdicción voluntaria consiste en dar legalidad y conocimiento a ciertos actos jurídicos donde no existe el conflicto. De tal forma que ésta se vuelve una función anómala que posee el Juez, esto debido a la evolución de la jurisdicción voluntaria que se desarrolló anteriormente, al no existir en la antigua Roma otro funcionario a quien se le pueda encargar esta función administrativa, se concentró todo en una sola figura: el Juez del imperio.

Para desarrollar más la idea de la diferencia entre la jurisdicción y la jurisdicción voluntaria, el Código Orgánico General de Procesos estipula en el art. 334 "la jurisdicción voluntaria es la que se ejerce en los asuntos que, por su naturaleza o por razón del estado de las cosas, se resuelve sin contradicción".[73] De igual forma esto se establecía en art. 4 del anterior Código de Procedimiento Civil.

Por otra parte, la jurisprudencia ecuatoriana (Jurisdicción Voluntaria:1960:1-2) manifiesta que:

[73.] Código Orgánico General de Procesos, artículo 334 inciso primero, publicado en el Registro Oficial No. 506

"la jurisdicción voluntaria no puede ejercerse sino en los casos taxativamente determinados por la ley y en los casos en que sin lesionar derechos ajenos, se trata de llenar ciertos requisitos de forma, como se prevé en el art. 54 de la Ley de Registro Civil. La sentencia dictada en la jurisdicción voluntaria no surte efecto alguno, porque no tiene autoridad de cosa juzgada y porque se ha pronunciado sin legítimo contradictor".

En cuanto a esta contraposición, Ponce Martínez (1999:173-176) expone que "la función esencial del Juez es la de administrar justicia. El poder Judicial se ha instituido para reparar la violación del derecho; entendiendo por violación todo ataque, toda resistencia, toda contradicción positiva o negativa. La intervención del Juez supone, por tanto, dos elementos; el derecho de que una persona se considera asistida y la violación de ese derecho por otra. La misión del Juez redúcese entonces a reconocer y declarar la existencia o no existencia del derecho y de la violación, y aplicar la ley correspondiente".

De tal forma que la jurisdicción voluntaria es una función administrativa que se aleja del verdadero ideal y papel que tiene el Juez: la resolución de conflictos. A propósito, Monroy Cabra (1998:216) manifiesta que "la función de administración que se conoce como jurisdicción voluntaria no es propia de la jurisdicción contenciosa, no hay un conflicto que resolver por ende no es jurisdicción además no es voluntaria porque el Juez está obligado a resolver".

En definitiva, la jurisdicción voluntaria es una función anómala en sentido de que el Juez realiza actividades judiciales y administrativas y su verdadero rol es la de dirimir asuntos judiciales con controversia, la actividad administrativa ha sido encargada de mala manera al Juez, esta función debe ser transferida como consecuencia a lo que se expuso anteriormente a otro funcionario que pertenezca al órgano judicial. La alternativa de que el Notario sea el encargado de la tramitación de los procesos de jurisdicción voluntaria es válida, siendo él, un funcionario auxiliar del órgano judicial como lo establece el art. 38 del Código Orgánico de la Función Judicial que estipula: "integran la Función Judicial y se denominan, en general, servidores de la Función Judicial: 5. las notarías y los notarios y los demás servidoras y servidores de la Función Judicial que prestan sus servicios en los órganos auxiliares de la Función Judicial".[74]

[74.] Código Orgánico de la Función Judicial, artículo 38 numeral 5, publicado en el Registro Oficial No. 544, lunes 9 de marzo del 2009

Similarmente, la Constitución del Ecuador en el art.199 manifiesta que "las notarías y notarios son depositarios de la fe pública; serán nombrados por el Consejo de la Judicatura".[75]

En resumen, al ser una actividad anómala del Juez, López Obando (2009:32) señala que "los legisladores vecinos tomando en cuenta las exposiciones de los tratadistas y doctrinarios del Derecho, han optado por darle otra denominación acorde a su naturaleza y características llamándolo actos no contenciosos". La legislación chilena y peruana en sus Códigos de Procedimiento Civil han incluido una nueva sección: "actos no contenciosos"[76] y "actos judiciales no contenciosos".[77] Así se puede identificar que la jurisdicción voluntaria es completamente distinta a la jurisdicción en sentido estricto.

Para entender mejor la anomalía de la jurisdicción voluntaria, se desarrollará la teoría europea que trata esta materia, y se profundizará en la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria con fin de demostrar que la función de jurisdicción voluntaria debe ser transferida al Notario, quien al estar dotado de fe pública cumple con la función de dar legalidad y reconocer actos y derechos de las relaciones entre particulares que ejercen su derecho de autonomía de la voluntad.

2.3 Teorías de la Jurisdicción Voluntaria y su naturaleza jurídica

Identificar el concepto exacto de qué es la jurisdicción voluntaria ha sido un tema muy difícil para los tratadistas. Egea (2015:48) expone que "el contenido heterogéneo de la jurisdicción voluntaria dificulta no sola la delimitación de su concepto y sus caracteres, si no que trasciende a su muy discutida naturaleza jurídica, lo que nos lleva afirmar que sólo un análisis detallado y casuístico de la jurisdicción voluntaria puede coadyuvar a extraer conclusiones generales en aras de su adecuado tratamiento".

Para comprender el alcance que tiene este tema, se ha desarrollado doctrina europea que aborda tres teorías que explican la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria, éstas son: de actividad jurisdiccional, de naturaleza administrativa, y como categoría autónoma o *tertium genus* entre administración y jurisdicción.

[75.] Constitución del Ecuador 2008, artículo 199, publicado en el Registro Oficial no. 449, 20 de octubre del 2008
[76.] Código Procesal Civil peruano, sección sexta, título I: Procesos no contenciosos publicado en el Registro Nacional, publicado el 23 abril de 1993
[77.] Código de Procedimiento Civil Chileno, libro cuarto, de los actos judiciales no contenciosos, publicado en el Registro Público el 26 de Octubre de 2010

Una de las teorías que manifiestan que la jurisdicción voluntaria es un acto jurisdiccional es el posicionamiento organicista; al respecto Delgado (1998:734), expone que "la jurisdicción voluntaria es función del juez de acuerdo a limitación de los poderes del estado". Es decir, que esta actividad es propia del juez debido a que el órgano que desempeña la administración de justicia corresponde al poder judicial. Otra de las teorías que defienden el criterio jurisdiccional es la del prestigio del Juez (Egea, 2015) explica que "la naturaleza de la jurisdicción voluntaria es jurisdiccional porque esto supone dotar de carácter decisivo, determinante y absoluto al prestigio, autoridad y garantías que rodean a la actuación de Jueces y Tribunales".

La teoría que pretende afirmar que la jurisdicción voluntaria es una actividad netamente jurisdiccional ha sido superada. Orbaneja (1979:362-368) explica que "rechaza la distinción entre la función jurisdiccional y la administrativa que puede establecerse orgánicamente; la división de los poderes jamas se ha realizado de forma tajante de tal forma que la función legislativa tiene potestad para fiscalizar, la función ejecutiva se ha dotado de la facultad para legislar reglamentos y la función judicial con plena autonomía tiene competencia para administrar y legislar; la jurisdicción voluntaria es un claro ejemplo de que no existe separación de poderes en sentido estricto como lo manifestaba Montesquieu, esto debido a que esta función que ha sido atribuida a los jueces no es una función jurisdiccional sino administrativa".

En consecuencia, la jurisdicción voluntaria no es un tema eminentemente judicial, al ser de carácter administrativo puede ser delegada la competencia a otro órgano del Estado u a otro funcionario que pertenezca a la función judicial, en este caso al Notario. En el mismo sentido, Castañan Povedas (1946:16) explica que "la teoría de la división de poderes, entedíendose que cada órgano no debía tener sino una función y no podía injerirse en la actividad de los otros, ni siquiera revisarla o corregirla, ha cambiado y se admite hoy que los órganos realizan entre sí actividades de cordinación".

Es así, que la antigua doctrina promulgada por Monstesquieu ha sido superada, y se admite que los distintos órganos del estado realizan actividades en conjunto. Así, por ejemplo, en la Constitución del Ecuador se estipula que los órganos legislativo, judicial y ejecutivo realizan actividades en conjunto, existe una coordinación y cooperación interestatal.

Inicialmente la tesis que propuso Monstesquieu la teoría clásica de la división de poderes ha sido cuestionada en la actualidad por diversos doctrinarios quienes arguyen que esta teoría no se ajusta a la realidad socioeconómica y jurídica del siglo XXI (Berning Prieto: 2009:1-2). Monstesquieu producto de su realidad social introdujo la teoría de la división de poderes que debían enfrentar al poder absoluto que tenía la monarquía distribuyendo el poder en los distintos sectores sociales de su época la monarquía, la burguesía y el pueblo. Hoy con el cambio de la estructura social la antigua constelación de poderes entres esos tres sectores señalados ha desaparecido de la esfera política, y de conformidad a la idea de la democracia vigente en la actualidad, el pueblo es la única esfera con poder político.

Es así, que ya no se habla de una separación de poderes en sentido estricto, se trata de una distribución de funciones del Estado. La tesis de separación de poderes ya no es aplicable en nuestro tiempo, los hechos sociales políticos y jurídicos y el surgimiento de órganos del Estado que son paralelos a las tres ramas del poder público han generado la necesidad de un nuevo lineamiento de las ramas de la función pública (Arias:2014:94-95).

Por otra parte, (Peruzzotti, 2002) manifiesta que "la división de poderes se debe entender como una distribución de funciones del poder público. Las distintas funciones del Estado realizan actividades de coolaboración y cooperatividad, asimismo las instituciones del control horizontal emprenden acciones para prevenir, cancelar o reparar o castigar acciones de una agencia estatal que se presumen ilegales, por supuestos de transgresión al orden establecido como de corrupcción de tal forma que no exsite funciones estrictamente independientes como lo manifestó en su tiempo Monstesquieu".

Se debe entender que de acuerdo al nuevo contexto social y político la teoría clásica de división de poderes no se adapta a la realidad, hoy se habla de que los distintas funciones del estado realizan actividades interestatales, exsite una coolaboración dentro del Estado. De la idea con esta afirmación, la jurisprudencia Colombiana ha expuesto que "la cooperación de los poderes y órganos públicos independientes es necesaria para la ejecución de las políticas públicas, en la prevención y solución de sus conflictos, ejecución de programas y proyectos que construyan una sociedad más democrática y menos autoritario, propios de una sociedad abierta, horizontal y participativa"

Como resultado de la idea de que lo organos comparten actividades la Constitución del Ecuador ha estipulado que la función Legislativa en el art. 120 "fiscalizará los actos de las funciones Ejecutiva, Electoral y de Transparencia y Control Social, y los otros órganos del poder público, y requerirá a las servidoras y servidores públicos las informaciones que considere necesarias".[78] Asimismo, a la función Ejecutiva se le atribuyó la potestad reglamentaria art. 147 "son atribuciones y deberes de la Presidenta o Presidente de la República, además de los que determine la ley: 13. expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes, sin contravenirlas ni alterarlas, así como los que convengan a la buena marcha de la administración".[79] Además, la Constitución del Ecuador atribuyó a la función Judicial potestad administrativa así lo establece el art. 181 que declara "serán funciones del Consejo de la Judicatura, además de las que determine la ley 4. administrar la carrera y la profesionalización judicial, y organizar y gestionar escuelas de formación y capacitación judicial".[80] Se infiere entonces que los órganos del Estado comparten y coordinan actividades en conjunto por lo cual resulta simplista señalar que la jurisdicción voluntaria es de carácter eminentemente jurisdiccional debido a que es competencia del órgano judicial. Al respecto el Plan Nacional para el Buen Vivir (PNBV) explica que para estructurar este proyecto fue necesario la coordinación y articulación interestatal para conjugar, las políticas y las visiones sectoriales con los grandes intereses nacionales, se debe entender el alcance del PNBV, la Constitución del Ecuador en el art. 280 manifiesta que:

> "EI Plan Nacional de Desarrollo es el instrumento al que se sujetarán las políticas, programas y proyectos públicos; la programación y ejecución del presupuesto del Estado; y la inversión y la asignación de los recursos públicos; y coordinar las competencias exclusivas entre el Estado central y los gobiernos autónomos descentralizados. Su observancia será de carácter obligatorio para el sector público e indicativo para los demás sectores".[81]

Conforme a esto el PNBV 2009-2017 dentro del objetivo 9.3 expone que "para impulsar una administración de justicia independiente, eficiente, eficaz, oportuna, imparcial, adecuada e integral se generará espacios de coordinación entre el poder judicial y otros sectores para crear políticas de transformación de la justicia".[82]

78. Constitución del Ecuador 2008, artículo 120, publicado en el Registro Oficial no. 449, 20 de octubre del 2008
79. Constitución del Ecuador 2008, artículo 147, publicado en el Registro Oficial no. 449, 20 de octubre del 2008
80. Constitución del Ecuador 2008, artículo 181, publicado en el Registro Oficial no. 449, 20 de octubre del 2008
81. Constitución del Ecuador 2008, artículo 280, publicado en el Registro Oficial no. 449, 20 de octubre del 2008
82. Plan Nacional para el Buen Vivir, Objetivo 9.3 aprobado mediante resolución No. CNP0001- 2009 el 5 de noviembre del 2009

Por lo anterior, se concluye que la teoría del posicionamiento organicista ha sido superado en la doctrina y en la práctica se ha aceptado la coordinación y cooperación que realizan los órganos del estado. A su vez, la teoría que manifiesta la jurisdicción voluntaria que solo puede ser ejercida por el Juez debido al prestigio que posee este funcionario, dado que él da seguridad jurídica y precautela los intereses de los individuos, ha sido muy discutida, debido a que en la actualidad el prestigio se ha implementado a otros funcionarios del estado. Este elemento de prestigio ha dejado de ser exclusivo del Juez.

Con respecto a lo anterior, Micheli (1970:145) expone que "junto a la potestad jurisdiccional concurre la *auctoritas* como superioridad moral, prestigio o dignidad social que se viene reconociendo desde el Derecho Romano. Así, las decisiones del órgano judicial se imponen, pero no solo por la existencia de un procedimiento de ejecución que las respalda, sino por la autoridad o prestigio del sujeto del que emanan". Afirmar que la jurisdicción voluntaria es ejercida por el Juez por el *auctoritas* que posee es erróneo porque no hay una distinción entre qué es la jurisdicción voluntaria y la jurisdicción en sentido estricto, no conoce el asunto de fondo y se limita a indicar la posición social que tiene el Juez dentro de la sociedad.

A propósito, Ortíz (2005:167) señala que "el juez al tener autoridad y estar investido de prestigio no es suficiente para fundamentar la distinción entre jurisdicción y administración por ende, no resulta suficiente para atribuir carácter jurisdiccional a la jurisdicción voluntaria". Ortiz además hace una distinción entre el *potestas* y la *auctoritas*, el primero se refiere al poder legalmente establecido o, en otros términos la fuerza legítima; la segunda es el prestigio o reconocimiento social que opera por persuasión de la bondad de los dictados y veredictos del que la ostenta.

De lo mencionado anteriormente, el autor explicó que el *potestas* que posee el Juez no se puede cambiar, pero es distinto la *auctoritas*, este elemento en la actualidad se le reconoce a otros profesionales del Derecho que son los Notarios, los Registradores de la Propiedad e, incluso, a los funcionarios de la Administración Pública.

En definitiva, Egea (2015:51) sostiene que "las tesis jurisdiccionales han sido superadas hoy en día; los mismos defensores de estas teorías han aceptado que en la jurisdicción voluntaria no existe un pretensión procesal entre partes ni controversia relevante razón por la cual han aceptado la diferencia que existe entre jurisdicción y jurisdicción voluntaria". Como resultado de la aceptación de la diferencia entre la jurisdicción voluntaria y jurisdicción, se ha promulgado una nueva teoría que explica que la jurisdicción voluntaria al ser de carácter administrativa puede ser delegada a otro funcionario que no sea el Juez debido a que en la jurisdicción voluntaria no existe controversia, elemento fundamental de la jurisdicción en sentido estricto, es decir la jurisdicción contenciosa, la cual es competencia exclusiva del Juez.

En relación con lo anterior, la doctrina más aceptada por los procesalistas ha sido considerar a la jurisdicción voluntaria de naturaleza administrativa. A propósito, Egea (2015:52) manifiesta que:

> "dentro de las tesis que mantienen la esencia administrativa de la institución, se han advertido matices o variantes que van desde la defensa de su naturaleza administrativa con carácter general, pasando por su consideración como actividad administrativa desarrollada bajo forma jurisdiccional, hasta entenderla como actividad situada en una zona intermedia o límite entra la función jurisdiccional y la función administrativa a modo de una administración pública del derecho privado e incluso se ha llegado a defender que estamos ante una compleja actividad jurídica del Estado, múltiple en su fines, en sus formalidades y en su campo de acción, fuente de actividades tan heterogéneas que han de ser atribuidas y ejercidas por todos los poderes del Estado".

Con el fin de proporcionar una mayor aprehensión se va a profundizar en el posicionamiento administrativista. Al respecto Calamandrei (1962:192-196) expone que:

> "la jurisdicción voluntaria es una forma de actividad del Estado que pertenece con carácter general a la función administrativa, si bien ello no obsta para que parte de su contenido se atribuya a los órganos judiciales, por tratarse de actos que requieren, para la adecuada consecución del fin que con ellos persigue, de una especial aptitud y especiales garantías de autoridad en los órganos a que se confían".

Dicho de otra manera, la verdadera naturaleza de la jurisdicción voluntaria es de carácter administrativo, la misma es conocida por Jueces por razones históricas que se explicó anteriormente. No existe un criterio jurídico fuerte que pueda defender la concepciones jurisdiccionalista, de manera que no basta una razón histórica para justificar porque el Juez conocer de los procedimientos de jurisdicción voluntaria.

En la antigua Roma, no existía otro funcionario que conociera los procesos de jurisdicción voluntaria, solo existía el Magistrado, quien acumuló todas estas competencias. La explicación histórica carece de relevancia jurídica en la actualidad, en definitiva, no se puede mantener la postura de que el Juez es el único funcionario capaz de conocer trámites de jurisdicción voluntaria, es así que se ha superado las doctrinas jurisdiccionales que atribuían la competencia al Juez por el argumento histórico. En la actualidad esta tesis es débil, ya que no puede refutar la verdadera esencia jurídica de la jurisdicción voluntaria.

La teoría que manifiesta la naturaleza administrativa de la jurisdicción voluntaria afirma que es de carácter administrativa, por ende debe ser ejercida por otros funcionarios, en este caso: los Notarios y Registradores. Además la tesis expone que los procesos de jurisdicción voluntaria son actos más propios de la función notarial o registral que de la función judicial. Estos procesos se convierten en una función anómala del Juez porque no existe controversia que deba dirimir el mismo, son actos donde se da legalidad y autenticidad a los hechos y derechos razón por la cual es una función inherente de los Notarios y Registradores.

Dentro de las variantes que el posicionamiento administrativista ha desarrollado se encuentran el raciocinio de Couture (1976:52), quien expone que "la jurisdicción voluntaria es un acto administrativo porque posee las mismas características del mismo, las dos procuran la aplicación de la ley en un caso particular, propenden la efectividad de esa misma ley en su gradual desenvolvimiento jerárquico y por último al no pasar en autoridad de cosa juzgada, permite su revisión en sede jurisdiccional". En relación con que sostiene el autor, afirmar que la jurisdicción voluntaria es acto administrativo es ir a un posicionamiento absolutista, se debe entender que la jurisdicción voluntaria pese a tener lo mismos elementos que el acto administrativo son distintos, debido a que existe un elemento característico que diferencia a los mismos, este elemento es que: la jurisdicción voluntaria nace de las relaciones intersubjetivas de particulares del derecho privado, mientras que el acto administrativo es la declaración unilateral de la administración pública. Por lo tanto, esta teoría del acto administrativo ha sido considerada como incompleta.

Por otro lado, Chiovenda (1992:17) explica que:

> "se llamó con el nombre romano en la Doctrina y en la práctica del Proceso Italiano de la Edad Media, jurisdicción voluntaria, a aquel complejo de actos que los Órganos de la Jurisdicción realizan en presencia de un solo interesado o en virtud de acuerdo de varios (in volentes), actos que con el tiempo pasaron de la competencia de los jueces ordinarios a los Notarios. De la práctica de los procesos simulados ante el Juez se paso a la constitución de instrumentos con claúsulas de garantía otorgados ante Notarios, resulta, pues, que el nombre de jurisdicción voluntaria proviene de la función habitual del órgano jurisdiccional, aunque en la actualidad, gran parte o mejor dicho casi en su totalidad los actos de jurisdicción voluntaria son confiados al Juez, pero esto no es óbice para dejar de considerar a tales actos como actos de naturaleza administrativa; pero debido a que requieren una especial aptitud y especiales garantías de autoridad, es natural, que el Estado utilice para responder a esas exigencias la misma jerarquía judicial ordinaria"

En cuanto a este particular, Chiovenda señala que la jurisdicción voluntaria es de carácter administrativa, que se logró un importante paso en la Edad Media cuando se atribuyó la competencia al Notario. Se infiere entonces que el Derecho puede disponer que se transfiera la competencia de nuevo al Notario ya que la jurisdicción voluntaria al ser de carácter administrativo, es una función que se puede delegar a otro funcionario. Por otra parte, el autor explica que el *auctoritas* conferido al Juez se ha ampliado al Notario por esta razón no es argumento suficiente, manifestar que la jurisdicción voluntaria es atribución única del Juez porque él es el único capaz de dar seguridad jurídica a los actos o relaciones jurídicas. El mismo autor (1992:17) expone que:

> "puede el Derecho exigir sencillamente que la voluntad privada se documente por un Órgano del Estado o por cualquier otro Órgano Público, por ejemplo, un Notario u Oficial Público; puede exigir que la declaración de voluntad privada se reciba o deposite en una oficina pública, por ejemplo en un Tribunal; puede ordenar que la declaración de voluntad privada se examine por un órgano estatal a fin de establecer previamente si tiene todos los requisitos de sustancia y de forma requeridos para que se le atribuyan efectos jurídicos; en todos estos casos, el Estado ejercita una actividad que con un nombre total y genérico puede llamarse de jurisdicción voluntaria, y tal actividad, podría ejercitarla teóricamente, por medio no sólo de los órganos de la jurisdicción, sino mediante organismos administrativos del Estado"

La teoría de Chiovenda refuerza la doctrina del posicionamiento administrativista además que agrega que el argumento histórico es incompleto, porque solo señala la atribución exclusiva al Magistrado durante la época de la República de la antigua Roma, pero no toma en consideración la evolución histórica cuando se le otorgó la competencia al Notario en la Alta Edad Media.

Por otro lado, se debe agregar la tesis de Dos Reis la cual ha sido desarrollada por Maldonado (1947:56) quien expresa que "la llamada jurisdicción voluntaria no es voluntaria ni es jurisdicción. No es voluntaria, porque los interesados tienen que recurrir a la intervención del Poder Público si quieren asegurar la eficacia del acto; no es jurisdicción porque no representa la aplicación del Derecho objetivo a determinadas situaciones subjetivas". La tesis de Dos Reis tiene dos elementos, el primero señala que la jurisdicción voluntaria no es jurisdicción porque el Juez no se dispone a resolver una controversia entre dos particulares, no realiza la actividad de definir y declarar el derecho, adaptando la norma abstracta a un caso concreto, es así que la jurisdicción voluntaria carece de controversia que deba ser resuelta por el Magistrado. El segundo elemento es que la jurisdicción voluntaria no es voluntaria porque los interesados necesitan que los actos celebrados entre ellos sean legalizados y autentificados por el poder público, no basta la autonomía de la voluntad de los particulares del derecho privado.

Por lo anterior, Dos Reis concluye diciendo que:

> "por su contenido, la jurisdicción voluntaria entra en la rama más basta de la función administrativa que suele llamarse Administración Pública del Derecho Privado, comprendiendo todas aquellas actividades con las cuales, en formas múltiples y a través de órganos variados, el Estado interviene para integrar la actividad de los particulares, dirigida a la satisfacción de sus intereses mediante el desarrollo de las relaciones jurídicas".

Para terminar con el posicionamiento administrativista es necesario hacer alusión a lo concluido por Dos Reis, que la jurisdicción voluntaria pertenece a la función administrativa conocida como Administración Pública del Derecho Privado. Existen varias doctrinas que pretendieron debilitar al posicionamiento administrativista manifestando que, si la jurisdicción voluntaria es de carácter administrativo ¿por qué regula relaciones entre particulares del derecho privado?

Al respecto, Calamandrei (1962:192-193) afirma que:

> "Es sabido que para la satisfacción de sus intereses, el Estado reconoce a los particulares un cierto campo de autonomía dentro del cual puede desarrollarse su poder negociador o sea crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas mediante declaraciones de voluntad, pero mientras, en algunos casos, basta únicamente la voluntad de los interesados manifestándose en ciertas formas para producir los efectos jurídicos deseados, en otros el efecto no puede producirse si la voluntad de las partes no es integrada con la intervención de un órgano del Estado, el cual, o limitándose a una simple verificación de legalidad o también a veces, entrando a examinar la oportunidad de los particulares para la producción del efecto jurídico deseado por ellos y, por consiguiente para la satisfacción de los fines que los particulares a través del negocio se proponen".

Continuando con la idea de Calamandrei:

> "Esta Administración Publica Privado, puede muy bien ser ejercitada por autoridades pertenecientes al Ramo Administrativo, debido a la naturaleza de la función, pero los motivos ya expuestos, o por razones de conveniencia práctica o tradición histórica, se le encomienda a los órganos judiciales, y por eso, toma el nombre de jurisdicción voluntaria, la cual la podemos definir de acuerdo con lo anterior como la Administración Pública de Derecho Privado ejercida por los órganos judiciales"

Se debe entender que la relación no es entre el Estado y un particular, es una relación entre dos particulares quienes manifiestan declaraciones de voluntad con el fin de celebrar actos o negocios jurídicos. Sin embargo, el papel del Estado no es actuar dentro de esta relación sino dar seguridad jurídica a los actos entre particulares dotando de un control de legalidad que asegure los derechos de los particulares. De tal forma que es necesaria la jurisdicción voluntaria para hacer un control preventivo de la seguridad jurídica de los particulares, este tipo de jurisdicción no esta haciendo una declaración de derechos, cumple el fin de precautelar los derechos de los individuos (Almagro Nosete:1990:561). Esta función de control de los actos puede ser ejercida como control preventivo mediante la función notarial debido a que el Notario es el funcionario especializado en dar seguridad jurídica a los actos mediante la escritura pública que resguarda los derechos de los individuos (Castán Tobeñas:1946:16), esto se logra porque el Notario esta dotado de fe pública. La función notarial, el control preventivo de los actos, la seguridad jurídica preventiva y la fe pública seran desarrollados en el siguiente capítulo con el fin de explicar porque el Notario es el funcionario competente para conocer los procedimientos de jurisdicción voluntaria.

En síntesis las variantes del posicionamiento administrativista han pretendido defender que la jurisdicción voluntaria no es de carácter jurisdiccional, más bien su naturaleza jurídica ha revelado que es de carácter administrativo. Es por esto que la jurisdicción voluntaria debe ser ejercida por otro funcionario del estado. Para ilustrar mejor esto se citará ejemplos de legislación extranjera la cual ha aceptado la naturaleza administrativa de la jurisdicción voluntaria transfiriendo nuevas competencias al Notario. Sirva de ejemplo, la Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria española publicada en el Boletín Oficial del Estado el 2 de julio de 2015. Antes de la publicación de esta ley, se realizó una gran investigación doctrinal, jurisprudencial y de legislación comparada donde se llegó a concluir que la naturaleza jurídica de los procesos de jurisdicción voluntaria es de carácter administrativo (Exposición de Motivos Jurisdicción Voluntaria)

Al respecto la Comisión General de Codificación Sección especial para la regulación de la Jurisdicción Voluntaria lanzó el proyecto de ley que justifica el por qué se otorgó al Notario competencia en trámites de jurisdicción voluntaria; a continuación se enuncian varios motivos de la Comisión:

> "con el fin de optimizar recursos conforme con la experiencia de países vecinos y atendiendo a nuestras necesidades se optó por atribuir el conocimiento de un número significativo de los asuntos que tradicionalmente se incluían bajo la rúbrica de la jurisdicción voluntaria, a los Notarios y a los Registradores. Estos profesionales, que aúnan la condición de juristas y de titulares de la fe pública, reúnen sobrada capacidad para actuar, con plena efectividad y sin merma de garantías, en algunos de los actos de jurisdicción voluntaria que hasta ahora se encomendaba a los jueces".[83]

Se deduce entonces que el legislador español después de la investigación doctrinal, jurisprudencial y de legislación comparada ha considerado que la teoría jurisdiccionalista del *auctoritas* ha sido superada y al respecto señala que los Notarios y Registradores reúnen condiciones de juristas aptos para el conocimiento de los procedimientos voluntarios. Es decir, el *auctoritas* ha sido ampliado a estos funcionarios, ha dejado de ser exclusivo del Juez. El prestigio que se atribuye a los nuevos funcionarios es producto de un excelente papel que han adquirido con los años dotando de certeza jurídica a los actos y negocios jurídicos de los particulares del derecho privado.

Siguiendo con lo anterior, otro motivo de la Comisión expone lo siguiente:

> "los Notarios y Registradores tiene la aptitud para intervenir en la tutela de la administración de determinados derechos privados, como protagonistas principales que son de nuestro sistema de fe pública y garantes de la seguridad jurídica, sin olvidar el hecho de que muchos de los actos de jurisdicción voluntaria tienen por objeto la certeza sobre el estado o modo de ser de determinados negocios, situaciones o relaciones jurídicas que dichos profesionales están en inmejorable condición para apreciarlos adecuadamente".

Este motivo de la Comisión trata de explicar que la jurisdicción voluntaria es de naturaleza administrativa y acoge la teoría de la Administración Pública del Derecho Privado, la cual manifiesta que esta función puede ser ejercida por otros funcionarios motivo por el cual dice los Notarios y Registradores tienen la aptitud para intervenir en la tutela de la administración de determinados derechos privados (Belloch Julbe:1992:9-42).

[83.] Ley de Jurisdicción Voluntaria Española exposición de motivos, publicado el 2 de julio del 2015 en el Boletín Oficial del Estado, página 4.

Estos funcionarios dan seguridad jurídica a ciertos actos o situaciones jurídicas que necesitan del control del poder público para la validez y legalidad de los mismos. De la mano con lo anterior viene el motivo de la Comisión que arguye lo siguiente:

> "la apuesta por la desjudicialización de ciertas materias que hasta ahora eran atribuidas al personal judicial implica que pone de relieve que hoy han perdido vigencia algunas de las razones que justificaban históricamente la atribución de la jurisdicción voluntaria, en régimen de exclusividad, a los jueces; pues, junto a ellos, las sociedades avanzan, cuentan en la actualidad con otras opciones viables para la efectividad de los derechos privados, cuando para ello se requiera la intervención o mediación de órganos públicos".

Con lo que respecta a este motivo, la legislación española ha expresado que las doctrinas del posicionamiento jurisdiccionalita han sido superadas y que producto de la evolución de la sociedad, los procesos de jurisdicción voluntaria requieren de la intervención de órganos públicos, es decir que la concepción clásica de dotar la competencia exclusiva al Juez ha sido eliminada. No es suficiente el argumento histórico que justifica la atribución al Magistrado, de esta manera, el legislador ha dado un gran paso en el tema de la jurisdicción voluntaria al reconocer la naturaleza administrativa de esta función; es así que en la actualidad en la legislación española, y en otras legislaciones, la dirección a seguir es dotar de mayores competencias al Notario, desjudicializando así, los procesos de jurisdicción voluntaria.

De manera semejante, la legislación peruana expidió el proyecto de Ley de Competencia Notarial en Asuntos no Contenciosos en 1996 el cual expone lo siguiente: "este proyecto que fue luego publicado como la Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos el 27 de noviembre de 1996 en el Registro Público, hace la distinción entre procedimientos contenciosos y procedimiento de jurisdicción voluntaria".

Así, el proyecto de ley está explicando que existen actos puramente administrativos donde hay carencia de controversia. El proyecto además declara que "el motivo de la creación de la ley se ajusta a los nuevos planteamientos doctrinales que afirman que la jurisdicción voluntaria es de naturaleza administrativa; es una alternativa impostergable a los problemas originados por la congestión del trabajo jurisdiccional y en procura de una mejor asignación de recursos y concentración de los mismos en asuntos litigiosos. Es así que muchos países han transferido la competencia de los asuntos no contenciosos a la esfera notarial".

El proyecto también arguye que:

> "en octubre de 1994, según da cuenta el doctor Alberto Flores Barrón, en la ciudad de Ginebra se firmó un acuerdo entre la Unión Internacional de Magistrados y la Unión Internacional del Notariado Latino, de la cual el Perú es miembro desde su fundación. La finalidad de tal acuerdo es derivar todas las cuestiones no contenciosas al notariado, ya que se ha reconocido que está compuesto por profesionales probos, experimentados y capaces, que pueden solucionar en forma rápida y efectiva los procedimientos sin contienda hasta ahora a cargo de los juzgados y tribunales"

La mención del acuerdo entre la Unión Internacional de Magistrados y la Unión Internacional del Notariado Latino es de suma importancia para esta materia porque fue en el mismo cuando se atribuyó grandes competencias a los Notarios en temas de Jurisdicción Voluntaria; fue el paso que dejó atrás los postulados del posicionamiento organicista, y expresó por primera vez que la jurisdicción voluntaria es de naturaleza administrativa; por ultimo señalo que los asuntos no contenciosos deben ser incluidos dentro de la función Notarial.

Por otra parte el proyecto de ley expuso que legislaciones de Europa como: Alemania, Austria, España, Luxemburgo, Italia y en las legislaciones latinoamericanas de: Guatemala, Colombia, Argentina, México y el Salvador han transferido la competencia de los asuntos no contenciosos a la esfera notarial.

Por su parte, la legislación de Colombia ha hecho grandes modificaciones a los procesos de jurisdicción voluntaria, dotando al Notario de mayor competencia a partir de la interpretación de la Corte Constitucional (Medidas en Materia de Descongestión Judicial: 2010) que desarrolló lo siguiente "según el criterio predominante en la doctrina procesal, el proceso de jurisdicción voluntaria tiene carácter administrativo, y no jurisdiccional, y no produce, por tanto, efectos de cosa juzgada". La jurisprudencia colombiana ha desarrollado una serie de criterios para diferenciar la función jurisdiccional de la función administrativa y señala que son de naturaleza jurisdiccional los siguientes:

1. Las funciones que se materializan en actos con fuerza de cosa juzgada,
2. Los actos que son desplegados por jueces, o al menos por funcionarios que gozan de los atributos propios de los jueces,
3. Actuaciones que se desarrollan en el marco de procesos judiciales, o se encuentran indisolublemente ligadas a un proceso judicial; y,

4. La función jurisdiccional trata de actuaciones que restringen derechos fundamentales sujetos a reserva judicial.

Estas características desarrolladas por la jurisprudencia colombiana son importantes para identificar cuáles son los procesos de jurisdicción voluntaria y entender que este tipo de actos son de naturaleza administrativa, de manera que al ser actos administrativos pueden ser delegadas a otros funcionarios en este caso al Notario.

En relación con la jurisprudencia colombiana, Eduardo Durán Gómez, presidente de la Unión Colegiada del Notariado Colombiano explica que" que desde 1988 se han reglamentado diferentes tipos de trámites que originariamente fueron asignados por la ley a los jueces, y luego a los notarios, con óptimos resultados en materia de descongestión judicial, como ocurre con los procesos de jurisdicción voluntaria, en el entendido que esta especie de jurisdicción no es litigiosa". La legislación y la jurisprudencia colombiana van de la mano y han procurado realizar las reformas necesarias para evitar inseguridad jurídica entre doctrina y jurisprudencia en el ámbito de la jurisdicción voluntaria manifestando que la misma es de competencia Notarial, en razón de que son actos administrativos que se delegan al mismo, el fin de estas reformas ha sido desjudicializar y descongestionar el sistema judicial (Liébana Ortiz:2015:1-5).

De manera análoga, existen otras leyes en toda América Latina que se ocupan en forma minuciosa de la jurisdicción voluntaria en sede notarial estas son: Ley no. 11441/2007 que modificó el Código de Procedimiento Civil (Brasil); Reglamento a la tramitación notarial de procesos en actividad judicial no contenciosa del 2 de mayo de 2007 (Costa Rica); Ley no.50 de la Notarias Estatales del 28 de diciembre de 1984 y Ley del 17 de diciembre de 1937 (Cuba); Ley Reformatoria a la Ley Notarial del 28 de noviembre del 2006 y Ley Reformatoria a la Ley Notarial del 8 de noviembre de 1996 (Ecuador); Decreto no. 1073 del ejercicio notarial de la jurisdicción voluntaria y otras diligencias del 13 de abril de 1982 (El Salvador); Código del Notariado del 17 de enero de 2006 y Código de Procedimientos Civiles del 9 de enero de 1906 (Honduras); y, Ley no. 282 de asuntos no contenciosos ante notario del 21 de agosto de 1999 (Puerto Rico).

Se confirma lo mencionado anteriormente, que gran parte de las legislaciones de Latinoamérica han optado por la senda de la desjudicialización y descongestión procesal, es así que han creado una ley especial o ha modificado el Código Civil atribuyendo competencias al notario en temas de jurisdicción voluntaria, en definitiva se aceptó que estos procesos son de naturaleza administrativa y no jurisdiccional. No obstante, dentro de la lista mencionada no se encuentra Uruguay, es importante hacer mención de este país debido a que Ecuador se guió en el Código General de Procesos Uruguayo para expedir el Código Orgánico General de Procesos, dentro de estos dos cuerpos normativos es mínimo el desarrollo que se ha dado a la jurisdicción voluntaria; es así que, Vigo (2008:8) manifiesta que:

> "el notariado uruguayo deberá propiciar la sustitución de la sección IV del Código General de Procesos por una normas más amplia que habilite la intervencción de los escribanos en todos los asuntos no contencisosos que se tramitan ante el Poder Judicial, afirmando rotundamente que los trámites de jurisdicción voluntaria no integran por su naturaleza la jurisdicción,y que, por lo tanto se debe atraer a sede notarial todos los trámites no contenciosos".

Además, Vigo explica que la naturaleza de la jurisdicción es administrativa no jurisdiccional, en estricto sentido jurídico la competencia debe ser dada al notario pero la legislación uruguaya no ha topado el tema ni lo ha profundizado en el tema. En consecuencia no existe una ley que abarque todos los procesos voluntarios, donde se haga una clasificacion de los mismos y se señale expresamente que actos deben ser conocidos por el Juez, que otros por el Notario y cuales deben ser compartidos.

Por ultimo, Vigo explica que

> "existen varios trámites de jurisdiccion voluntaria y estos son: de comprobación de hechos, la autenticación o la documentación de actos o relaciones jurídicas, o se vean limitados a la mera presencia y a un calificación técnica, y por ultimo los trámites relativos a la tutela de personas y de niños, adolescentes e incapaces. Los dos primeras clasificaciones deben ser inmediatamente atribuidas al notario, mientras que los trámites que tratan de las curadurías deben permanecer al Juez hasta que exista en toda la República organismos competentes que velen directamente por los derechos de los menores de edad e incapaces".

Por su parte, Ecuador realizó cambios legislativos cuando expidio la Ley Reformatoria a la Ley Notarial del 2006, y la última reforma en este tema fue con la adopcción y modificación del Código General de Procesos de Uruguay.

El legislador lo que hizo fue adoptar lo estipulado en la seccción IV de los procesos voluntarios de este cuerpo normativo, es decir todavía existe un gran debate si todas las competencias deben ser atribuidas o no al notario, lo que el legislador creyó conveniente para Ecuador fue incluir dentro de las dispociones transitorias del Código Orgánico General de Procesos nuevas competencias al Notario en trámites de jurisdicción voluntaria.

De la mano con lo anterior, a pesar de que se dio nuevas atribuciones al notario, no existe ley expresa que reconosca la naturaleza administrativa ni jurisdiccional como lo hacia el anterior Código de Procedimeinto Civil que en el artículo 1 y 3 que expresaban lo siguiente "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"; "la jurisdicción es voluntaria, contenciosa, ordinaria, preventiva, privativa, legal y convencional". Estos dos artículos del anterior código adjetivo civil explicaban que la naturaleza de la jurisdicción voluntaria es jurisdiccional y era una potestad que correspondía únicamente de la Función Judicial.

Es muy posible que el legislador dislumbró que el anterior Código de Procedimiento Civil (CPC) a los procesos no contenciosos se les daba naturaleza jurisdiccional de tal forma que esta función era reservada del órgano judicial, de manera que, decidió eliminar estos dos artículos del CPC, así no existiría una incongruencia al haber conferido al notario la competencia en veintitres trámites de jurisdicción voluntaria y estipular expresamente en el nuevo Código Orgánico General de Proceso que la jurisdicción voluntaria es de carácter jurisdiccional.

De conformidad con el anterior parrafo, lo que no queda claro es si el legislador en su juicio estableció la clasificación de los procesos de jurisdiccion voluntaria para atribuir competencias al notario en ciertos actos no contenciosos y reservar el resto al Juez. Es preciso mencionar cual es la clasificación de los actos de jurisdicción voluntaria para entender el razocinio del legislador, estos acto son: los de reconocimiendo de hechos y derechos, la autentificacion y legalidad de documentos y situaciones jurídicas; y, las tutelas de las personas, niños, adolescente e incapaces.

Con lo mencionado en el artículo 334 del Código Orgánico General de Procesos se infiere que no se realizó dicha clasificación, es por eso que existen aun muchos trámites de jurisdiccion voluntaria de reconocimiendo de hechos y derechos y autentificacion, legalidad de documentos y situaciones jurídicas que aún deben ser trámitdas por el Juez, debido a que, el legislador no estipuló expresamente que estos actos deben ser competencia exclsuiva del Notario.

Asimismo, es importante mencionar que el proceso que desarrola esta disertación la aprobación del mandato general de admiistración o poder de factor se encauza dentro de la clasificación de proceso voluntario como función de dar legalidad y auntenticidad de documento público, ha quedado demostrado que la aprobación del mandato general de administración es un trámite de jursidiccion voluntaria porque este acto carece de controversia (jurisdicción es sentido estricto), existe solo una parte que se conoce como el peticionario y por último la sentencia carece de efecto de cosa juzgada es decir que es suseptible a revisión. El objeto de este acto es el reconocimiento de un derecho y dotar de autenticidad y legalidad a la escritura pública de poder que es protocolizada por el Notario para cumplir con los requisitos establecidos en el art. 120 del Código de Comercio además de los señaldos por el Registro Mercanti.

Como último punto para reforzar la idea de que los trámites de jursidccion voluntaria que tratan del reconocimeinto de hechos o derechos; la legalidad y autentificación de documentos públicos debe ser conocidos por el Notario, se hara una breve mención de los Congresos Internacionales del Notariado Latino que comparten este criterio.

Sirva de ejemplo, el Primer Congreso Internacional del Notariado Latino (CINL) de 1948 celebrado en la ciudad de Buenos Aires que manifiestó un *desidaratum* “todos los actos de jurisdiccion voluntaria, en el sentido dado a esa expresión en los países de habla castellana, séan atribuidos exclusivamente a la competencia Notarial” Esta aspiración del CINL se construyó bajo la premisa de que se debe reinvindicar la competencia al Notario porque el argumento histórico solo explicaba la atribución que se encargo al Juez en la antigua Roma como competencia exlcusiva del mismo porque en este periodo no exista otro funcionario dotado de imparcialidad e independencia, desconociedo por completo que la jurisdicción voluntaria fue ampliada en la Alta Edad Media con la aparición del escribano.

Este congreso además señala que “el notario es el profesional del Derecho encargado de una función pública que consiste en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los intrumentos adecuados a ese fin y confiriendoles de autenticidad”. Por esta afirmación del Congreso se manifiesta que el Notario es el funcionaro que tiene plena aptitud para conocer los actos de jurisdiccion voluntaria porque tiene la falcultad que le ha sido atribuida por el poder público de dar legalidad y autencidad a los actos por estar investido de fe pública.

En definitiva, desde al año de 1948 la postura del Congreso Internacional del Notariado Latino manifestó su desacuerdo con respecto a la naturaleza que se habia conferido a la jursidicción voluntaria es así que explicó su anhelo de que los asuntos no contenciosos deben ser ejercidos por el Notario, por tal razón criticó las dos teorías del posicionamiento jurisdicionalista que son: el argumento histórico y la doctrina del *auctoritas* del Juez. Explicando que se desconocia la razón história de cuando se le confirió la compentencia al Notario en la Alta Edad Media en consecuencia jamas fue un competencia exclusiva ejercidad por el Juez y por ultimo, explicando que la larga trayectoria y el buen desempeño de la función del Notario ha conllevado a que el elemento del *auctoritas* se lo atribuya a él tambien.

Acorde con esta posición de que se tranfiera la competencia al Notario, el Segundo Congreo Internacional del Notariado Latino de 1950 celebrado en Madrid expone que “dentro de las reformas que deban hacer las legislaciones adscritas al Congreso deberán incluir la constatación de la tramitación de bienes por causa de muerte, ya que es función notarial específica, y en consecuencia formuló el deseo de que las sucesiones se radiquen por completo al Notario, quíen tendra jurisdicción de ellas hasta lograr todos sus efectos jurídicos” Por consiguiente, desde este año de 1950 ya se hablaba de una fuerte transferencia de competencias que se debían conferir al Notario incluso de carácter sucesorio.

De manera que siguiendo con esta línea doctrinal y política, el Congreso Internacional del Notariado Latino en el año de 1965, en el III Congreso expuso por primera vez la clasificación de los procedimientos voluntarios y manifesto que:

“son de competencia notarial, aquellas actividades en las que se concurran las siguientes características: la comprobación y autentificación de hechos que puede ser seguida en un juicio valorativo de un acto no litigioso que ha de documentarse y del cual el órgano que emita tal juicio no es parte”. Además, fue durante este congreso donde se señaló expresamente que tipos de trámites de jurisdicción voluntaria existen, y se explico que los trámtes de jurisdicción voluntaria que traten de el reconocimientos de hechos o derechos; y, la legalidad, autenticidad de documentos públicos y relaciones jurídicas deben ser competencia del Notario ya que este funcionario cumple con la aptitud para realizar el reconocimiento a través de los documentos públicos.

Finalmente, el vigésimo Congreso Internacional del Notariado Latino de 1992, entre sus conclusiones desarrollo la siguiente:

> “se reconoce de manera amplia y expresa que la jurisdicción voluntaria no es una verdadera y propia jurisdicción porque en ella no está presente el elemento indispensable de la contenciosidad ni el efecto de la cosa juzgada, constata, de un lado, la preocupación existente por la necesidad de descongestionar los juzagdos y tribunales de actividades no jurisdiccionales y, de otro el desempeño por el Notariado Latino de algunas funciones que forman parte de la denominada jurisdicción voluntaria; declara que este ámbito no se atribuya a los notarios competencias inherentes a la fe pública, ni se invada el ámbito de la postestad jurisdiccional en función juzgadora y que el proceso de desjudicialización comprende no solamente el aspecto relativo a la terminología, sino al propio tratamiento procesal de instituciones, debiendo ser reguladas por las respectivas legislaciones notariales de cada país, de acuerdo con sus peculiaridades socio-jurídicas y sus instituciones”

Por primera vez el CINL manifestó que, existe una clara diferencia entre la jurisdicción voluntaria y la jurisdiccion es sentido estricto, es decir la jurisdiccion contenciosa, asimismo explicó los elementos diferenciadores de estas dos clases de jurisdicción reconociendo la naturaleza administrativa de la jurisdicción voluntaria, expuso además que la jurisdicción voluntaria carece de contraparte, no existe la controversia igualmente supo declarar que este tipo actos no contenciosos carece de la cosa juzgada. Por ultimo, indicó que deja a criterio de cada legislación adscrita al Congreso establecer los mecanismos necesarios para la descongestión y desjudicialización de los procesos no contenciosos. Con la ultima declaración del CINL las legislaciones latinoamericanas cambiaron, se expidió leyes especiales referente al tema de la jurisdicción voluntaria en definitiva se le atribuyeron grandes competencias al Notario Latino cumpliendo de esta forma con el *desidaratum* del primer Congreso Internacional del Notariado Latino.

En resumen, el segundo capítulo de esta disertación ha procurado explicar que el trámite de aprobación de mandato de administración o poder de factor en la actualidad se sustancia por el procedimiento de jurisdicción voluntaria contemplado en el COGEP, dejando de lado la antigua practica procesal de tramitar al mismo como una diligencia preparatoria dentro del juicio verbal sumario. No obstante se deja claro que el motivo de esta disertación es manifestar que la aprobación del poder de factor al ser un trámite donde se proporciona legalidad y autenticidad a la escritura pública de poder se debe atribuir la competencia al Notario porque de acuerdo a los nuevos planteamientos doctrinales y jurisprudenciales los actos de jurisdicción voluntaria se consideran de naturaleza administrativa.

Por otra parte, se ha considerado que la jurisdicción voluntaria es una función anómala que desempeñan los Jueces en la actualidad puesto que su verdadero rol son dirimir asuntos de jurisdiccion contenciosa es así que no le compete resolver al Juez asuntos administrativos como son reconocimiento de derechos, autenticidad de actos. Se ha explicado en este capitulo que la competencia se le atribuyó al Juez por razones históricas y no jurídicas de acuerdo a la reseña cronológica al no exisitir un funcionario como el Notario en la antigua Roma se atribuyó la competencia al Juez; se manifestó que las doctrinas que defienden la postura de que el Magistrado es el único funcionario apto y capaz de resolver actos de jurisdiccion voluntaria ha sido desechada en la actualidad.

Así mismo, se realizo un pequeño estudio de las nuevas doctrinas que afirman que la jurisdicción voluntaria es de naturaleza administrativa y no jurisdiccional, haciendo posible que este tipo de actos se transfiera con el pasar de los años al Notario, para esto se realizó un análisis de legislacion comparada, jurisprudencia y las ponencias de los Congresos Internacionales del Notariado Latino que han declarado expresamente la naturaleza jurídica de la jurisdicciona voluntaria, además se ha explicado porque el Notario es el funcionario apto para conocer estos actos.

De igual modo se explicó la clasificación de los actos de jurisdicción voluntaria y se afirmó que los actos de reconocimiento de actos y derechos asi como de autenticidad de documentos deben ser transferidos al Notario en su totalidad porque así se fortalece los principios de la función notarial y fe pública de la cual han sido investidos los Notarios por la constitución y las leyes.

En conclusión, el segundo capítulo de esta disertación manifiesta que la aprobación del mandato general de administración o poder de factor al ser un trámite de jurisdicción voluntaria donde se proporciona legalidad y autenticidad al documento público de poder debe ser aprobado por el Notario y no por el Juez, como resultado de que este tipo de trámite es de naturaleza administrativa y no jurisdiccional y de acuerdo a la nuevas doctrinas y linea jurisprudencial los trámites de jurisdicción voluntaria deben ser competencia del Notario, por último se afirma que el legislador debió incluir dentro del paquete de los veintitres trámites de jurisdicción voluntaria que conoce el Notario la aprobación del poder de factor y asignar la competencia exclusiva de los asuntos de jurisdicción voluntaria al Juez cuando se trate de actos de tutelas y curadurías.

El último capitulo de esta disertación desarrollará la función notarial y la fe pública con el fin de entender el papel que desempeña el Notario como funcionario público y como profesional del derecho que da asesoramiento jurídico, interpreta y adecua la autonomía de la voluntad al ordenamiento jurídico dando control de legalidad, por otra parte se profundizará en el principio de la seguridad jurídica preventiva y se explicará que el Notario es el principal garante de este principio en los actos de jurisdicción voluntaria.

Así mismo se expondrá la desjudicialización de los actos no contenciosos, la simplificación de los trámites de jurisdicción voluntaria, la racionalización de un sistema que permita dinamizar y hacer más efectiva la justicia y la economía procesal. Finalmente se realizará el análisis comparativo de dos casos de aprobación de mandato general de administración o poder de factor, el primer caso sustanciado por el anterior Código de Procedimiento Civil como una diligencia preparatoria en el juicio verbal sumario; y el segundo tramitado por el juicio de jurisdicción voluntaria establecido en el nuevo Código Orgánico General de Procesos. Como resultado del análsis de los casos se inferirá que la tramitación de este acto de jurisdicción voluntaria por vía judicial conlleva un gran plazo; el tiempo que toma la aprobación del poder de factor es inconveniente para el dinamismo de las relaciones comerciales, es así que se debe transferir la competencia al Notario quien al ser el funcionario que da legalidad y autencidad a los documentos públicos es el más capacitado para realizar este tipo de actos de jurisdicción voluntaria. Por lo cual se desjudicializará procesos u actos carentes de controversia que al ser actos administrativos estan lejos del verdadero rol que deben desempeñar los jueces dirimir asuntos donde efectivamente exista disputa entre las partes procesales.

CAPÍTULO III: LA FUNCIÓN Y COMPETENCIA NOTARIAL

Con la finalidad de comprender el alcance de la actividad que desarrolla el Notario actualmente, se debe incursionar en la historia para analizar el por qué se creó la figura del Notario; los motivos por los cuales cada vez se transfieren más competencias al mismo, además de entender la actividad que ejerce el Notario: seguridad jurídica preventiva a los actos y contratos de los particulares.

Castro Girado Martinez (2006:13) cita a Rodríguez Adrados quien manifiesta que "el notariado no ha sido trazado, por un legislador cartesiano, ha nacido de la misma realidad social y de sus necesidades, fruto de un proceso de decantación histórica". Es así que primero surgieron las relaciones de comercio y el tráfico inmobiliario; estos actos comenzaron a incrementar y ser muy frecuentes; producto de la necesidad de control y certeza jurídica de las relaciones del derecho privado nace la figura del Notario (Morales:1994:22).

De la mano con lo anterior, Carral y de Teresa (2005:50) explica que es en los pueblos de Babilonia, Egipto y Grecia donde nace esta necesidad de dotar a los actos de certeza jurídica, es así que en estos pueblos realizaron marcas o señas que se fijaban sobre la cosa para identificar al titular de ese derecho. Otero (2005:65) expone que en Egipto se creó dos sistemas de documentación: el primero era el documento casero que fue utilizado como un contrato que transmitía el dominio de bienes muebles e inmuebles; este acto era realizado por el sacerdote; el segundo sistema era el documento del escriba y testigos, aquí se desligó la actividad religiosa y se creó un funcionario que se encargue de realizar actos de transmisión de dominio. Por su parte en Grecia existían los oficiales públicos quienes redactaban documentos a los ciudadanos, surgen los *síngraphos* y *apógrafos* estos dos funcionarios fueron los primeros Notarios (Otero:2005:66).

Siguiendo con la línea de la historia, Otorlan (1869:69) explica que en la antigua Roma el papel que desempeñó el *tabelio* fue de asesor de los ciudadanos que no sabían leer o escribir, es así que este agente público servía de intérprete de actos y contratos, pero no tenía la facultad para intervenir en actos dotándoles de seguridad jurídica, ese papel lo desempeño el Juez, no se dio competencias importantes al *tabelio* debido a que se concentró todas las facultades en el Magistrado como se expuso en el anterior capítulo de esta disertación.

Por su parte, D'ors (1986:212) expresa que otra de las razones por las cuales el *tabelio* no alcanzó mayor notoriedad fue debido a los sistemas romanos de adquirir el dominio: el *mancipatio* o *mancipium* y el *in iure cesio*. El primer sistema consistía en un acto ritual entre testigos, los cuales hacían notoria la conexión entre la persona al adquiriente y la cosa adquirida, por otra parte, el segundo sistema consistía en un proceso de reivindicación simulado, en el cual el adquiriente y enajenante se presentaban donde el Magistrado, el actor expresaba que la cosa era suya y el demandado no se oponía, ante la falta de contradicción el Juez pronunciaba la *adictio* adjudicando la cosa a quien le había reclamado como propia. Arguello (1994:246) afirma que los sistemas romanos de adquirir el dominio limitó el papel del *tabelio* en la antigua Roma, mientras que al Magistrado se le otorgó excesivas funciones al punto de realizar actos carentes de controversia alguna.

No obstante, Lobato Gómez (1989:36) explica que "con la caída del Imperio Romano de Occidente en el año 456 D.C. los pueblos bárbaros y los longobardos adoptan la Compilación de Justiniano, en consecuencia no muere el Derecho Romano, surge una modificación que produce la conformación de una organización jurídica peculiar y compleja que incrementó el acervo al moderno Derecho Civil, se fortaleció la figura del *tabelio*, y surge el escribano de la Edad Media".

Acorde con lo anterior, Magallón Ibarra (2002:52) explica que "el factor que va a proporcionar la configuración del Notario con sus características y significación actualmente vigentes, es el surgimiento del estado-ciudad italiano que tuvo lugar despúes del derrumbamiento de los longobardos y carolingios. Weber (1992:225) afirma que "las ciudades estado de Florencia y Venecia son la armazón originaria del capitalismo occidental". Esto se debió al crecimiento del comercio en estas ciudades que se convirtieron en el principal eje mercantil que unía a Europa con Oriente y África, fue dentro de este contexto que surge la banca, la industria, la exportación; y, producto de la necesidad de dotar seguridad jurídica a los actos y contratos aparece la figura del escribano (Lamas Pombo:2002:38).

A su vez, Símo Santoja (2007:40) expone que "para dotar de seguridad jurídica a los actos y contratos celebrados en la ciudades italianas del siglo XII nacieron espontáneamente agrupaciones o escuelas de notarios, para redactar contratos ajustados a la ley".

De manera que, con la aparicion de las escuelas notariales, los glosadores elaboraron el primer tratado del Arte de la Notaria; estos funcionarios eran expertos en la constancia de contratos, últimas voluntades y otorgamiento de instumentos (Simó Santoja: 2007:41).

Otero y Valentin (1933:109) expone que "los tratados que fueron desarrollados por los glosadores boloñeses acerca de las escuelas notariales toman relevancia en otras partes de Europa, es así que la figura del escribano es incluida dentro del Código de las Siete Partidas de Alfonso el Sabio en el año 1256 D.C." Finalmente, se consolida la figura del notariado tras la Revolución Francesa, durante el régimen Napoleónico se expidió la Ley del Notariado, el 25 de marzo de 1803, en la cual se expuso por primera vez que el Notario es un funcionario público. Castro-Girardo Martinez (2006:11) sostiene que el argumento para afirmar que el Notario es un funcionario público se encuentra dentro de la exposición de motivos de la Ley de Notariado Francés de 1803 que manifiesta que:

> "a lado de los funcionarios que concilian y que juzgan los diferendos, existen otros que son los consejeros desinteresados de las partes, son redactores imparciales de su voluntad, les hacen conocer todas las obligaciones que contraen, redactando sus compromisos con claridad, dándoles el carácter de acto aunténtico y la fuerza de una sentencia dictada en última instancia, perpetuando su recuerdo y conservando su depósito con fidelidad, impidiendo que nazca diferencias entre los hombres de buena fe, y quitando a los hombres, con la esperanza del éxito, el deseo de llevar a cabo un acto contestario injusto. Estos consejeros desinteresados, estos redactores imparciales, esa especia de jueces voluntarios que obligan irrevocablemente a las partes contratantes son los Notarios: esta institución es el Notariado"

Despúes de haber realizado la explicación histórica del surgimiento del Escribano es momento de estudiar qué es la función notarial para poder defender que los actos de jurisdicción voluntaria son actos que deberían ser desempeñados en su totalidad por este agente público.

3.1. Función Notarial

La función notarial es una actividad compleja que no puede ser expuesta desde un solo punto de vista, porque se estaría limitando el contenido que ésta abarca, por lo tanto no puede ser explicada reduciéndola a uno solo de sus elementos (Mezquita del Cacho:1989:104). Por mucho tiempo se ha pretendido definir a la función notarial desde su finalidad desglosando cada uno de los elementos que acarrea la función notarial, es decir como una actividad privada porque es prestada por un profesional privado.

Por otra parte se ha mencionado que es una función jurisdiccional porque se produce entre los interesados una relación jurídica parecida a una relación procesal o porque el Notario conoce de algunos procedimientos de jurisdicción voluntaria (Mezquita del Cacho:1989:110), como actividad instrumental o formal porque este profesional genera un instrumento público con especiales efectos jurídicos (Nuñez Palomino:2008:15) y por último como función administrativa, porque es delegataria de la fe pública del Estado (Villalba Welsh:1951:199). Las teorías de la finalidad de la función notarial han sido reemplazadas debido a que solo se enfocan en una sola actividad, no trata a esta función desde un concepto global donde abarque todas las funciones mencionadas. Por esto, surge una nueva teoría doctrinal moderna que engloba todas las actividades de la función notarial y estudia a la misma desde una perspectiva de funcionalidad y no de finalidad. La nueva tesis trata de explicar la naturaleza de la función- Derecho Notarial como seguridad jurídica preventiva (Perez de Madrid:2006:60).

Esta disertación va elaborar un pequeño estudio de que es la seguridad jurídica para poder entender el alcance de la función notarial y manifestar que la tesis acerca de la aprobación del poder de factor o mandato general de administración es un acto de jurisdicción voluntaria que debe ser conocido por el Notario puesto que este funcionario al estar investido de fe púbica y de función notarial es el más especializado para realizar tal actividad.

Con relación a la seguridad jurídica, Mezquita del Cacho (1989:100) explica que fue Radbruch quíen impulsó la teoría de la seguridad jurídica en su libro *Filosofia del Derecho*, este autor sistematizó la teoría de la justicia y finalidad con la seguridad jurídica. Al respecto, Radbruch(1933:95) expone que:

> "El orden de la vida de relación no puede quedar abandonado a las concepciones jurídicas de los individuos, pues éstas ofrecen posiblemente a los distintos hombres indicaciones opuestas, sino que debe ser regulado, más bien, por una instancia superindividual. Sin embargo, como esta misión no pueden cumplirla de momento la razón y la ciencia, debe ser asumida por la voluntad y el poder: si nadie puede determinar qué es lo justo, alguien debe establecer que es lo jurídico. El derecho es la regulación de la comunidad al servicio de la justicia; su fin remoto es la justicia, pero precisamente como regulación de la comunidad tiene por fin próximo la seguridad jurídica y su misión es crear un orden superindividual, terminando así prácticamente mediante una auténtica decisión".

Para garantizar el fin último del Derecho que es la justicia, se necesita de la seguridad jurídica para que los individuos sepan con certeza a qué atenerse, de esta forma se evita las distintas concepciones subjetivas de los individuos de qué es justicia; es mediante la seguridad jurídica que se realiza un control preventivo de los posibles conflictos interpersonales. Radbruch finaliza su idea manifestando que "la finalidad y la justicia son tareas secundarias del Derecho, la primera es la seguridad jurídica es decir el orden y la paz".

De la mano con lo anterior, Recasens Siches (1946:235) afirma que "la creación del Derecho no deriva de las altas regiones de los supremos valores éticos, entre los cuales registramos la justicia, sino de un tipo de valor de rango inferior, pero cuya urgencia experimenta, de modo inevitable, el hombre a saber, la seguridad". La seguridad para Recasens Siches es la certeza no solo teórica sino la certeza práctica y efectiva de que eso habrá de ocurrir con toda seguridad inexorable.

Dentro de la esfera del Derecho ha existido dos grandes corrientes: el Iusnaturalismo y el Positivismo las cuales han tratado de explicar si la justicia esta por encima de la seguridad jurídica y viceversa. Para los iusnaturalistas, la justicia (ley natural) debe prevalecer sobre la seguridad jurídica, pues lo contrario conduce al asbsolutismo y totalitarismo. Para los positivistas, la seguridad (ley civil) debe prevalecer sobre la justicia, pues ante la imposibilidad de que pueda llegarse a un concepto objetivo de justicia y de que cada quien considere lo justo de acuerdo con su criterio, se llegaría al caos en la sociedad.

De tal manera que para los iusnaturalistas, toda ley para que sea legítima debe ser conforme con la justicia, a esta afirmación Bobbio (1995:27) critica diciendo:

> "se puede replicar que es una exigencia, o si se quiere un ideal, que nadie puede desconocer, que el Derecho corresponda a la Justicia, pero no a una realidad de hecho, razón por la cual no se puede desconocer el Derecho Histórico por ser injusto, podría reconocerse únicamente el que es justo a condición de que la justicia fuera una verdad evidente o por lo menos demostrable como una verdad matemática, y que por lo tanto ningún hombre pueda tener dudas sobre lo que es justo o injusto".

Por su parte, los positivistas se oponen; Kelsen (1993:59) manifiesta que:

> "la justicia absoluta es un ideal irracional, o, dicho en otras palabras una ilusión, una de las ilusiones eternas del hombre, desde el punto de vista del conocimiento racional, no existe más que intereses humanos y, por lo tanto, conflicto de intereses. La solución a estos conflictos puede encontrarse satisfaciendo un interés en pugna. Es imposible demostrar que sólo una de las dos soluciones es justa. Una u otra razón pueden ser justas según las circunstancias, se debe tomar en consideración la paz social como fin último".

En la actualidad esta polaridad ha sido difuminada con el reconocimiento de los Derechos Humanos y del principio de la seguridad jurídica, los cuales son reconocidos en las constituciones de los paises que defienden el Estado de Derecho. De tal forma que estos dos valores se estudian en ramas distintas del Derecho, a la justicia dentro del campo de la filosofía del derecho, mientras que la seguridad jurídica se la trata en la Teoría General del Derecho. Pero surge la pregunta ¿qué es la seguridad jurídica? Mezquita del Cacho (1989:36) afirma que "los doctrinarios no se han puesto de acuerdo en qué es la seguridad jurídica y la tratan de definir como un fín, un valor, un principio y como un estado objetivo exterior del hombre".

La nueva teoría de la seguridad jurídica menciona que no se debe estudiar a la misma desde muchas perspectivas como un fin, valor y principio sino como un conjunto. Es así que se ha creado una teoría general de la seguridad jurídica. Al respecto, Jellinek (2004:197) expone que:

> "al hombre aislado le es imposible alcanzar por sí mismo los fines particulares de su vida, esta imposibilidad es aún mayor cuando se trata de los fines totales de la misma, éstos solo pueden buscarse y alcanzarse bajo el supuesto de la existencia de un orden jurídico que señala a cada cual los límites de sus acciones y encamina la voluntad particular hacia los intereses comunes en direcciones determinadas de antemano"

Para Jellinek es necesario la existencia del Estado porque es el único que puede establecer el orden y la paz, su teoría va de la mano con la doctrina positivista; la justicia es garantizada por algo concreto que es la seguridad jurídica, la única capaz de establecer los limites y encaminar la voluntad de los particulares, estos limites son establecidos por el ordenamiento jurídico. El autor además señala que:

> "solo el órden jurídico, por muchos que sean sus defectos en los casos concretos y eleve a unos, y a otros abata con exceso, ayude a los poderosos y desampare a los débiles, con todo ello, es la única posibilidad de una vida social garantizada. La ausencia completa de él haría que fuesen totalmente distintas las relaciones naturales entre fuerzas, pero más injustas de lo que es capaz por cualquier ordenamiento jurídico y concluye afirmando que la cuestión del fundamento del Estado coincide esencialmente con la del fundamento del Derecho".

Existe una estrecha vinculación entre el Estado y el Derecho, es una relación dialéctica en la cual el Estado da positividad al Derecho y éste da legitimad al mismo de manera que son indispensables el uno del otro.

Con relación a esto, Heller (1998:208) expone que "son sobretodo, incompresibles la validez y la positividad del derecho sin una correlación entre el Estado y el Derecho". Este autor manifiesta que "si bien el Estado se justifica en cuanto representa la organización necesaria para asegurar el Derecho, éste a su vez debe estar sustentado sobre principios morales que constituyan las bases de las normas jurídicas". La teoría de Heller es importante porque hace la distinción entre los principios del derecho y los preceptos jurídicos que garantizan la seguridad y certeza jurídica. Para este autor no basta la certidumbre del sentido de las normas jurídicas sino se necesita de la certidumbre de la ejecución; en ambos casos se necesita del poder autoritario que declare y sea ejecutado por el derecho. En otras palabras, se necesita de un reconocimiento de la exigencia de que el Estado garantice a través del Orden Jurídico la seguridad jurídica de la sociedad, esta exigencia se realiza con la legitimdad que da el Derecho al Estado.

A su vez, Atienza (2008:240-244) afirma que "la seguridad jurídica es la capacidad que nos proporciona el Derecho de prever, hasta cierto punto, la conducta humana y las consecuencias de dichas conductas". Este autor explica que la seguridad jurídica va a depender del Ordenamiento Jurídico de cada país, hace una distinción entre orden, certeza y seguridad en sentido estricto. La seguridad jurídica es un orden porque regula y ordena la conducta humana logrando la previsibilidad, en este sentido el Derecho es un sistema de control social; es certeza porque al alcanzar un grado especial de previsibilidad dentro del sistema de control social, el Derecho proporciona certeza a los individuos sobre que atenerse; esta certeza es variable de acuerdo a la evolución jurídica de cada sistema, es mayor en un sistema más desarrollado y menor en un sistema poco evolucionado; y, es seguridad jurídica en sentido estricto, la capacidad que tiene el ordenamiento jurídico para hacer previsible los valores de la libertad e igualdad entre los individuos. Atienza concluye afirmando que la seguridad jurídica es un valor y que realizarlo es un principio de orden jurídico.

En conclusión, sea el tratamiento que se le de a la seguridad jurídica como fin, como un valor o como un principio, lo que queda claro es que se debe entender, que la seguridad jurídica es un conjunto formado de normas, formas, instituciones, personas públicas y privadas que tienen como función brindar seguridad y certeza a las relaciones iusprivatistas. La seguridad jurídica es un principio que debe ser asegurado por el ordenamiento jurídico y ejecutado por el Estado (Liborbio:2001:97).

Adicionalmente, para una mejor comprensión de la función notarial se debe analizar a la seguridad estática y la seguridad dinámica del trafico. García Sánchez (2008:20) manifiesta que "la seguridad estática es la seguridad y pleno reconocimiento de un derecho subjetivo privado que se funda en la técnica jurídica que se conoce como título de adquisición o constitución del derecho, mientras que la seguridad dinámica es la certeza de la regularidad del título adquisitivo que goza de plena confianza". El autor señala que durante la Edad Media, la seguridad jurídica emerge cuando los comerciantes depositaron la confianza en los redactores de contratos y asesores de los contratantes; esta seguridad paso a ser una fiabilidad procesal que significa una prueba que no necesita ser demostrada a través del Magistrado. El escribano (Notario) terminó siendo depositario de una función del Estado; el ejercicio de garantizar certidumbre se convirtió en la confianza o fe colectiva a la que se conoce hoy como la fe pública.

La seguridad estática se debe entender como la garantía que preserva los derechos adquiridos, los derechos que derivan de un título, en cambio la seguridad dinámica es seguridad en las relaciones jurídicas. Enherenberg (2003:9) distingue entre la seguridad jurídica y la seguridad de tráfico y manifiesta que "la primera consiste en la seguridad que tiene el titular de tener garantizada una relación jurídica que no puede ser perdida sin su voluntad, en otras palabras no puede llevarse a cabo una modificación desfavorable de la situación anterior de las relaciones patrimoniales de una persona sin su consentimiento; la segunda, consiste en la seguridad de garantizar que la modificación del patrimonio de esa persona de forma voluntaria no sea frustrada por circunstacias desconocidas por éste. La seguridad jurídica dinámica surge de la función notarial que emerge con el desarrollo del sistema capitalista como una alternativa para el control preventivo de la seguridad de tráfico en una sociedad dinámica. Con relación a la seguridad dinámica, Mezquita del Cacho (1989:288) afirma que "ésta tiene un mayor sentido social que la seguridad estática porque el comercio jurídico-económico es un factor potenciador de la prosperidad común".

Se analizará ahora que es la seguridad jurídica reparadora y la seguridad jurídica cautelar o preventiva tema fundamental de la función notarial. Busto (2014:104) expone que "la primera trata del restablecimiento de un derecho cuando éste ha sido vulnerado, esta justicia es de carácter definitivo, es decir que sus resoluciones tienen carácter de cosa juzgada".

Es decir, el Juez es quien aplica justicia reparadora realizando una operación lógica jurídica para dirimir la controversia entre las partes con la finalidad de alcanzar la verdad procesal, reparar el daño y el perjuicio. Con respecto a la seguridad jurídica cautelar o preventiva, Busto (2014:104) explica que "ésta es el conjunto de mecanismos que permiten preveer, con alto grado de certeza; que las consecuencias jurídicas deseadas para la realización de un acto jurídico son las que van a producirse, y que, para el caso improbable que de que no sea así, el restablecimiento del derecho discutido se facilite a partir de un documento público, con valor probatorio pleno y con presunción de legalidad". Esta función de dotar de seguridad jurídica preventiva es competencia del Notario.

Con relación a la función notarial, el jurista Joaquín Costa manifestaba que "a notaría abierta, juzgado cerrado" esto significa que en la notaría se realiza actos que permiten prevenir conflicto en las relaciones iusprivatistas, se da control de legalidad y se protege el derecho a través del intrumento público evitando así los posibles conflictos entre las partes, caso contrario es el juzgado donde se acude cuando se ha cometido una agravio contra el derecho de alguien, es ahí cuando el Juez debe intervenir para dirimir el problema buscando la verdad procesal que va ha reparar al derecho vulnerado; y la desición que manifieste el Magistrado es de carácter de cosa juzgada.

En definitiva, la función notarial tiene como principal competencia la de proporcionar seguridad jurídica preventiva a los actos y contratos jurídicos, realizando un control de legalidad; es una contribución que realiza el Notario a las relaciones iusprivatistas dotándoles de certeza jurídica, en consecuencia cumple con la finalidad del Estado que es garantizar la justicia en la sociedad, pero como se expuso anteriormente este valor no es suceptible de objetivarse por lo que necesita de la seguridad jurídica para dar orden y paz a la sociedad.

A continuación se explicarán las características de la función notarial, a saber:

1. Es garantía de la seguridad jurídica preventiva
2. Es de carácter institucional
3. Es de carácter aplicativo
4. Es de carácter público y privado
5. Es de carácter formal

La garantía de la seguridad jurídica preventiva como se expuso, es la competencia primordial que tiene la función notarial. Debido a su gran importancia ésta se desarrollará en el siguiente subtema de esta disertación.

continuando con las características de la competencia notarial, se debe señalar que ésta es de carácter institucional, porque la ejerce un grupo de profesionales que conforman el notariado. Estas institución posee sus reglas y esta bajo control y supervisión del Estado. Pérez Fernández del Castillo (2001:182) manifiesta que a lo largo de la histórica han existido varios sistemas de nombramiento del Notarios:

1) Venta de notarías
2) Nombramiento político
3) Por título profesional
4) Sistemas de adscritos
5) Sistema de oposición

En la legislación ecuatoriana, se ha estipulado que el sistema para nombrar notarios es el sistema de oposición. Así lo declara el artículo 200 de la Constitución del Ecuador "las notarías y notarios son depositarios de la fe pública; serán nombrados por el Consejo de la Judicatura previo concurso público de oposición y méritos, sometido a impugnación y control social".[84] De la misma forma, lo determina el artículo 298 del Código Orgánico de la Función Judicial "el ingreso al servicio notarial se realizará por medio de un concurso público de oposición y méritos".[85] Al respecto Carral y de Teresa (2005:94) expone que "el sistema de oposición para nombramiento de Notarios es el mejor sistema porque es una adscripción legítima y no una adscripción dativa que significa realizada por autoridad competente, de esa forma se promueve la competencia y se escoge a los mejores profesionales".

Por otra parte, la función notarial es de carácter aplicativo, debido a que las normas del Notariado no son regulatorias al contrario son de aplicación inmediata. En relación con esta idea, Hart(1961:102) explica que dentro del ordenamiento jurídico existen dos clases de normas: de primer grado que son las que regulan conductas, mientras que las de segundo grado son de carácter aplicativo, éstas son las del Notario y el Registrador.

84. Constitución del Ecuador 2008, artículo 200, publicado en el Registro Oficial no. 449, 20 de octubre del 2008
85. Código Orgánico de la Función Judicial, artículo 289, publicado en el Registro Oficial no. 544, 9 de marzo del 2009

Otra característica de la función notarial es la relación pública y privada, esto implica que el Notario realiza una actividad privada como profesional que da asesoramiento a los clientes, contrata personal y organiza el trabajo (Pérez Fernández del Castillo:2001:182). La actividad pública de acuerdo a Rodriguez Adrados (2007:16) son dos aspectos: la atribución de la fe pública y el control de la legalidad. La legislación ecuatoriana reconoce esta carácteristica pública y privada, así lo estipula el Código Orgánico de la Función Judicial en el artículo 296: "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".

Por último la función notarial es de carácter formal, porque las normas que conforman el ejercicio notarial establecidas en el ordenamiento jurídico o por las partes señalan cómo se debe exteriorizar la voluntad, para la validez del acto jurídico y del contrato, al respecto Zamora y Valencia (1981:17) expone que "la forma es un elemento de existencia del acto jurídico, pues considera que la voluntad o consentimiento necesariamente tendrá que manifestarse de alguna manera, esta exterioriación se manifiesta a través del documento público" A su vez, Rodriguez Adrados (2007:13) afirma que "la escritura es la exteriorización de la voluntad negocial". La forma es un importante elemento de la función notarial; es el instrumento por el cual se da seguridad jurídica preventiva.

En resumen, la actividad que desarrolla el Notario es dar seguridad jurídica preventiva y control de legalidad, estas dos actividades crean certeza jurídica en las relaciones iusprivatistas. Para comprender mejor que es la seguridad jurídica preventiva y por qué es tan importante para la función notarial y para la defensa de esta disertación, se profundizará en el tema.

3.2. La Seguridad Jurídica Preventiva y la Fe Pública

Como se explicó anteriormente la competencia del Notario es dotar de seguridad jurídica preventiva a las relaciones iusprivatistas. Para cumplir con esta función, se ha explicado que el Notario cumple con una doble función: la primera consiste en una actividad pública que consiste en la fe pública de las relaciones jurídicas del derecho privado, la sustancia de la fe publica es dotar de confianza a los actos y contratos jurídicos.

Con referencia a la fe pública, Magariños Blanco (2007:538) expone que "ésta tiene un doble contenido, la primera consiste en dar fe de la exactitud de lo que ve, oye y percibe por sus sentidos; la segunda se concentra en los derechos, es la fe de la autenticidad y fuerza probatoria de las declaraciones de voluntad de las partes recogidas en el instrumento público redactado conforme a las leyes". La función de fe pública es una actividad de carácter público; es conferida a los notarios por las leyes y la constitución. En la legislación ecuatoriana, la Ley Notarial en el artículo 6 estipula que "notarios son los funcionarios investidos de fe pública para autorizar, a requerimiento de parte, los actos, contratos y documentos determinados en las leyes".[86]

Por otra parte, la segunda función consiste en dotar de eficacia a la fe pública, esto se logra mediante el asesoramiento, interpretación que debe realizar este funcionario. La interpretación del ordenamiento jurídico permite realizar un control de legalidad de los actos y contratos y de las formalidades del instrumento público; como consecuencia de la actividad pública y privada que realiza el Notario, dación de fe pública y función cautelar o asesora, se protege los derechos, se favorece al cumplimiento de contratos y se evita la controversia de las partes y su necesidad de acudir a las soluciones judiciales, esto es la seguridad jurídica preventiva o cautelar que desempeña el Notario. De acuerdo con Cuenca Anaya (1984) quien expone que:

> "la seguridad jurídica preventiva del Notario es una doble configuración de seguridad sustancial y seguridad formal, la primera consiste en la intervención del Notario en las relaciones jurídicos-privadas gracias al asesoramiento y control de legalidad, garantiza negocios jurídicos, adecúa el ordenamiento jurídico y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes; la segunda es el otorgamiento del documento que aporta con la prueba y del acuerdo celebrado y permite el cumplimiento del mismo, sin necesidad de otro requisito probatorio".

El autor explica como seguridad sustancial y formal a las dos actividades privada y pública que realiza el Notario y manifiesta; la realización en conjunto de las mismas produce seguridad jurídica cautelar o preventiva; para entender más la seguridad sustancial se realizará un desglose de sus elementos.

Dentro de la seguridad sustancial se encuentra el asesoramiento y el consejo parcial. Esta actividad es de suma importancia en el ejercicio del Notariado debido a que se previenen conflictos.

86. Ley Notarial, artículo 6, publicado en el Registro Oficial No. 150, 11 noviembre del 1966

La seguridad jurídica se encuentra estipulada en el artículo 82 de la Constitución del Ecuador "el derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes". Dentro de este enunciado se encuentran los dos elementos de la seguridad jurídica preventiva que son parte de la función notarial; la seguridad jurídica sustancial que hace referencia al control de legalidad y asesoramiento que realiza el Notario adecuando la voluntad de las partes al ordenamiento jurídico, es otras palabras es el respeto a la Constitución y a las normas que forman parte del ordenamiento jurídico, este respeto se logra con el control de legalidad. El segundo ápice de la seguridad jurídica preventiva es la formal, es la creación del documento público que afianza y da certeza jurídica de la exteriorización de las voluntades de las partes creado efecto erga omnes.

Para comprender más de la seguridad jurídica se examinará jurisprudencia de la Corte Constitucional de Ecuador. La sentencia No. 025-14SEP-CC ha declarado que:

> "para tener certeza respecto a una aplicación normativa, acorde a la Constitución, se prevé que las normas que formen parte del ordenamiento jurídico se encuentren determinadas previamente; además, deben ser claras y públicas; solo de esta manera se logra conformar una certeza de que la normativa existente en la legislación será aplicada cumpliendo ciertos lineamientos que generan la confianza acerca del respeto de los derechos consagrados en el texto constitucional. Mediante un ejercicio de interpretación integral del texto constitucional se determina que el derecho a la seguridad jurídica es el pilar sobre el cual se asienta la confianza ciudadana en cuanto a las actuaciones de los distintos poderes públicos"

De manera análoga, la función notarial cumple con la finalidad de la seguridad jurídica que es dotar de certeza al tráfico jurídico de las relaciones iusprivatistas. La certeza genera confianza ciudadana de que su propiedad privada está asegurada por la escritura pública y que nadie podrá afectar los derechos adquiridos, y si así fuese posee la prueba suficiente para terminar con las pretensiones de las otras partes.

Por otra parte la Corte Constitucional desarrolla más el tema de la seguridad jurídica en la sentencia No. 030-15-SEP-CC, a saber

> "la seguridad jurídica se constituye en un derecho transversal a todo el ordenamiento jurídico, por cuanto implica el respeto a la Constitución como la norma jerárquicamente superior que consagra los derechos constitucionales reconocidos por el Estado; prevé la existencia de normas jurídicas, previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes, con lo cual se logra la certeza del derecho en cuanto a la aplicación normativa."

Esto significa que todas las instituciones, normas, leyes se entrelazan y forman el conjunto del ordenamiento jurídico, como se explicó anteriormente el Estado debe garantizar la justicia, sin embargo al ser este un valor abstracto y subjetivo necesita de otros principios que ayuden a la realización del mismo. Es ahí donde entra la seguridad jurídica para garantizar certeza jurídica que ayudará al cumplimiento del deber de justicia del Estado de Derecho. Es así que la Corte Constitucional ha manifestado que la seguridad jurídica otorga:

> "seguridad, credibilidad, certeza y confianza a la ciudadanía de que en caso de efectuarse un hecho fáctico determinado, se aplicará una norma previa que dé solución a tal hecho. El derecho constitucional a la seguridad jurídica es el pilar donde reposa la confianza ciudadana en lo que respecta a las actuaciones de los poderes públicos, en tanto exige que los actos que estos poderes expidan dentro del marco de sus competencias, se sujeten a las condiciones y regulaciones que establece el ordenamiento jurídico".

Se debe añadir que la seguridad jurídica no solo otorga solución a un hecho fáctico determinado con la aplicación de la norma (justicia reparadora), sino que también proporciona seguridad cautelar es decir que con la expedición de normas claras, precisas, previas y públicas previene conflictos (seguridad jurídica preventiva). Es ahí donde el Notario tiene un papel importante en el desarrollo de la paz social. Al respecto, Morales Limones (1989:17) expone que "dentro de la Justicia como poder de resolución de conflictos, existe lo que se ha dado en denominar justicia preventiva. Se trata no de resolver conflictos, sino de organizar la vida social y económica de tal forma que los conflictos no se produzcan, sin que sea preciso recurrir al Juez para su resolución.

Continuando con la exposición de la Corte Constitucional ha declarado que:

> "la seguridad jurídica en este sentido, este derecho no debe ser entendido de forma aislada a los demás derechos, ya que su esencia es la de brindar convicción a la ciudadanía de que sus derechos constitucionales serán respetados por todos los poderes públicos, a través de la existencia y aplicación de normativas jurídicas que hayan sido dictadas con anterioridad a la materialización de un caso concreto".

Como se observa es deber del Estado organizar jurídicamente la vida social y la vida económica de forma que sea posible la convivencia, y ello al servicio de los derechos de las personas y de la seguridad jurídica, principio que la Constitución reconoce en el artículo 82 de este cuerpo normativo.

Por otra parte, dentro del ejercicio de la seguridad sustancial se encuentra el asesoramiento que proporciona el Notario a los clientes, informando de las consecuencias de las situaciones jurídicas que se quieren llevar a cabo, además de evitar posibles vicios de consentimiento por la desinformación de los clientes. Se da un control anunciando los requisitos que se deben realizar para cumplir con las solemnidades de cada contrato u acto jurídico; da alternativas a soluciones legales, evitando así la controversia; y, de igual forma se comunica los pasos a seguir después de que se ha otorgado el instrumento público, para señalar en que registro se debe ingresar la escritura pública.

Conforme al asesoramiento y consejo parcial, Bolás Alfonso (1997:49-50) expone que "el Notario es fedatario y es un documentador, pero no siempre redacta escrituras, porque él, además y ante todo, es un jurista que asesora a las partes, adapta su verdadera voluntad a la Ley, y da fe del otorgamiento de la escritura". Por lo tanto, dentro del concepto de seguridad sustancial se ha explicado que uno de sus elementos es el asesoramiento que realiza el Notario cuya fin principal es evitar que los clientes entren en un litigio por culpa de la desinformación, ignorancia legal y posibles vicios del consentimiento de una de las partes.

Siguiendo con el estudio de la seguridad sustancial, otro elemento que esta presente es la interpretación y adecuación de la voluntad al ordenamiento jurídico: el control de legalidad. De acuerdo con Rodriguez Adrados (2007:70) explica que "cuando exista una diferencia entre los clientes, el Notario deberá prevenir este conflicto conciliando las voluntades de las partes, esto se logra mediante la indagación, interpretación y adecuación de las voluntades a la legalidad vigente, mientras realiza esta actividad, el Notario debe guardar la imparcialidad sin afectar los intereses de una u otra parte". Este control de legalidad que realiza permite que exista certeza jurídica en el tráfico jurídico. Al respecto, Cuevas Castaño (2012:10) explica que:

> "gracias a la adecuación del documento a la verdadera voluntad de las partes y a ese simultáneo control de legalidad de fondo y de forma, tanto las partes como los terceros, incluso las autoridades administrativas y judiciales, tienen la seguridad y, aún más la convicción de que el documento notarial y el negocio que en él se formalizan gozan de presunción de legalidad y auntenticidad".

La legalidad es un punto crucial para la seguridad jurídica preventiva porque asegura que las partes celebren el acto y contrato con adecuación a las leyes vigentes, además se interpreta la voluntad de las partes, y se explica cual es la figura jurídica correcta por la cual se debe exteriorizar a través del documento público su voluntad.

A modo de conclusión, los elementos de asesoramiento, consejo imparcial y la adecuación de la voluntad al ordenamiento jurídico son factores que conforman la seguridad sustancial. Ésta es de suma importancia para que los clientes tengan la correcta información jurídica cuando quieran realizar un acto o contrato; es el Notario quíen explica que figura jurídica debe utilizar, moldeando así la voluntad de las partes en concordancia con el Ordenamiento Jurídico; mediante este ejercicio se establece seguridad jurídica preventiva da como resultado la previsión de un litigio.

Por otra parte, la seguridad formal o documental es la otra cara de la moneda cuando se habla de la seguridad jurídica cautelar o preventiva que realiza la función notarial. Egea (2015:117) manifiesta que "la seguridad formal es la que deriva de la autenticidad y eficacia privilegiada del instrumento público". Por su parte, Giménez Arnau (1964) afirma que "el documento notarial en sus inicios tenia la finalidad probatoria, en la actualidad tiene otros propósitos como: dar forma a los negocios, dota de eficacia y validez; y, es título ejecutivo. Los propositos del documento público son contribuir a la extrajudicialización del Derecho, disminuyendo la controversia entre las partes". Por otra parte, Tamayo Clares (2011:3-4) expone que "la configuración del notariado latino es el sujeto activo de la seguridad preventiva, no puede disvincularse del documento notarial". El instrumento público es el soporte material donse se realiza la configuración de la voluntad de los clientes. Éste es la constancia de un hecho o relación jurídica formada conforme al Ordenamiento Jurídico produciendo certeza jurídica en el tráfico.

A continuación, se explorará los efectos del instrumento público, el primero es el valor probatorio, Amelloti (1990:142) expone que "la doctrina de los glosadores y canonistas, el documento notarial, ya considerado como *scriptura publica*, comienza a tener valor probatorio pleno por sí mismo, en virtud de la intervención del Notario, como consecuencia surge en la sociedad la idea que el instrumento público afianza la seguridad en el tráfico jurídico".

A su vez, Mezquita del Cacho (1989:355) concide con esta idea y manifiesta que "existe un *communis opinio* asentada en nuestra sociedad desde hace siglos, donde las personas concuerdan que existe seguridad jurídica con el documento público y da certeza al trafico jurídico, dentro de este instrumento se acredita la existencia de una voluntad libremente manifestada y dirigida a la ejecucción de negocios jurídicos; es la mejor garantía que tienen las sociedades modernas para reducir la conflictividad".

Otro efecto del instrumento público es el valor legitimador en el tráfico jurídico. Madridejos Fernández (2009:429) explica que "el documento notarial sirve de título de legitimación para el tráfico jurídico, atestigua la titularidad y la autenticidad de las declaraciones de voluntad". Con la escritura pública se configuran derechos; un ejemplo de esto es la escritura de poder, al respecto Egea (2015:125) manifiesta que "de especial importancia, en cuanto a la eficacia legitimadora en el tráfico del documento notarial, es la escritura de apoderamiento, en la que la seguridad jurídica que proporciona la intevencción del Notario alcanza sus más altas cotas". Esta afirmación se realiza debido a que el Notario debe apreciar la legitimación del poderdante, además de juzgar las facultades representativas; así se garantiza que el apoderado no se extralimite y abuse del poder.

Por otra parte, la escritura pública detenta eficacia registral. En relación, Tena Arregui (2009:1) alega que "la seguridad jurídica se completa con la eficacia de los registros". Son dos actividades que realizan los registros, garantizar información en las transmisiones y frente a terceros. La información proporcionada por lo registros ayudan al desenvolvimiento del tráfico jurídico, además la publicidad que realizan los Registradores producen efectos erga omnes. Continuando con los efectos del intrumento público, es importante mencionar que éste produce valor ejecutivo y traditorio. Esto significa que la escritura pública lleva aparejada ejecución por sí misma, en otras palabras el documento notarial motiva al cumplimiento de las obligaciones asumidas por las partes. Es traditorio porque sustituye la entrega física de los inmuebles, es título y modo, en consecuencia, por sí misma transmite la propiedad.

En resumen, en las sociedades modernas, la figura del Notario es de suma importancia debido a que él da seguridad jurídica preventiva o cautelar a las relaciones jurídica privadas.

Se ha manifestado que dentro de las amplias competencias que abarca la función notarial, las más importantee son la fe pública y el asesoramiento, estas dos actividades que los doctrinarios han expuesto, que son de naturaleza publica y privada, son de vital importancia para garantizar la certeza jurídica en el tráfico. Por ultimo se manifestó que la voluntad de las partes se plasman en el documento público el cual tiene valor probatorio, fuerza legitimadora y una vez registrado, efecto frente a terceros, es decir no pueden desconocerse los derechos que se han adquirido en este intrumento público.

En conclusión, la función pública y dentro de esta la seguridad jurídica preventiva de la que gozan los Notarios permite que los mismos puedan asumir, con efectividad y sin obstáculo alguno determinados actos de jurisdicción voluntaria, que en definitiva, estos procesos se encauzan dentro de las relaciones del Derecho Privado que tratan de establecerse o declararse sin necesidad de la contienda judicial.

3.3. La desjudicialización de los actos de jurisdicción voluntaria: Mandato General de Administración o Poder de Factor.

Después de haber analizado el poder de factor, la jurisdicción voluntaria y la función notarial se analizarán si es factible realizar la desjudicialización del Poder de Factor. Este acto es una institución del Derecho Mercantil que se encuentra establecida en el artículo 120 del Código de Comercio. Las normas para la aprobación del poder de factor fueron interpretadas por la Superintendencia de Compañías, en varias doctrinas que elaboró esta institución. Sirvan de ejemplo las doctrinas número 60 y 150 de la Superintendencia de Compañías porque ha desarrollado ampliamente el tema que compete a este proyecto de investigación.

Antes de desarrollar el contenido de estas doctrinas es importante mencionar que, las doctrinas interpretativas tenían fuerza vinculante, así lo declaraba el artículo 4 de la Resolución 971730011 del 20 de agosto de 1997, esta fue publicada en el Registrado Oficial 141 del 29 de agosto de 1997. La resolución 971730011 manifestaba que “las doctrinas emitidas por la Superintendencia de Compañías tienen fuerza vinculante para dicha entidad así como para las sociedades sometidas a su control y vigilancia”. Con respecto a esta afirmación se debe manifestar que la abogada Suad Manssur, actual presidenta de esta institución, mediante resolución SCVS INC DNCDN 2016 del 6 de enero, resolvió suprimir todas las 112 doctrinas jurídicas desarrolladas por este organismo.

La motivación para eliminar fue elaborada por la actual Superintendente de Compañías abogada Suad Manssur, quíen expone que el artículo 425 de la Constitución del Ecuador señala el orden de aplicación normativa "El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: 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".[87] Dentro de este artículo no se menciona que los criterios doctrinales que publiquen instituciones del Estado sean norma jurídica como consecuencia las doctrinas interpretativas de la Superintendencia de Compañías al no formar parte del orden jerárquico del ordenamiento jurídico carece de fuerza vinculante.

Por otra parte la resolución SCVS INC DNCDN 2016[88] del 6 de enero manifiesta que el artículo 438[89] de la Ley de Compañías no señala como atribución del Superintendente de Compañías, Valores y Seguros la emisión de criterios de interpretación doctrinal con carácter obligatorio. Además, que sin desconocer el valioso aporte de las precitadas Doctrinas Jurídicas al desarrollo del derecho societario ecuatoriano, es menester puntualizar que éstas carecen de naturaleza normativa. Muchos de los criterios jurídicos vertidos en ellas han perdido relevancia en la actualidad, debido a la modificación de las circunstancias en que fueron emitidos; y por ultimo que es imprescindible revisar las políticas institucionales en relación a la obligatoriedad de los criterios de interpretación doctrinal contenidos en las Doctrinas Jurídicas a efectos de evitar conflictos en el ejercicio de la facultad de vigilancia y control de las compañías nacionales y empresas extranjeras que ejerzan actividades en el país.

En definitiva, la abogada Suad Manssur expresa que las dudas que se suscitaren en el ejercicio de la facultad de vigilancia y control serán resueltas puntualmente para cada caso, en estricta aplicación de la Constitución, la ley, y los principios generales del derecho.

---

87. Constitución del Ecuador, artículo 425 publicado en el Registro Oficial No. 449 del 20 de Octubre del 2008
88. Resolución SCVS INC DNCDN 2016 derogatoria de la resolución 7.1.7.3.0011 de 19 de agosto de 1997, publicada en el Registro Oficial no. 141 de 29 de agosto de 1997, publicada en el Registro Oficial No. 917 de 6 de enero del 2017
89. Ley de Compañías, artículo 438 publicada en el Registro Oficial No. 312 del 5 de noviembre del 1999

Ahora, es importante mencionar las doctrinas 60[90] y 150[91] debido a que la Superintendencia de Compañías explicaban claramente las 3 situaciones del poder de factor: la primera consistía en un apoderado o factor de compañía extranjera que establecía sucursal en el Ecuador mediante el trámite de la domiciliación; la segunda, el apoderado o factor de empresa nacional que apertura una sucursal dentro del territorio nacional; y, por último el apoderado o factor que no inaugura una nueva sucursal, solo administra la compañía la cual ha sido encargada por el poderdante. En estas situaciones del poder, es el Juez, el funcionario actual a quien le compete la aprobación del poder de factor.

Es pertinente entonces, un estudio de las doctrinas señaladas que pese a que se han derogado sirven de contenido teórico para esta disertación. La doctrina número 60 trata sobre la calificación y publicación de poderes. La doctrina hace referencia a la legislación ecuatoriana antes del año de 1960, y señala que los poderes otorgados en el exterior por compañías extranjeras que iban a operar o que ya se encontraban operando habitualmente en el Ecuador, se inscribían, fijaban y publicaban de conformidad con los Artículos 30 numeral 8, 33, 120 y 270 del Código de Comercio, previa la correspondiente providencial judicial que hubiere calificado la legalidad de la forma y la autenticidad del documento respectivo según lo estipulaba el artículo 41 de la Ley de Registro e Inscripciones de 1960 que declaraba que "los instrumentos otorgados en naciones extranjeras no se podrán inscribir sin previa providencia que califique la legalidad de su forma y autenticidad. Como resultado el trámite pertinente, para la antedicha calificación, inscripción y publicación se seguía ante un Juez provincial, a niveles de "jurisdicción voluntaria".

Con las reformas a la Ley de Compañías de 1965 se estipuló que para los casos de compañías de sociedad anónima y comandita por acciones extranjeras. La competencia para conocer la solicitud de inscripción y fijación en el Registro Mercantil y de publicación por la prensa de los poderes correspondía a la Superintendencia de Compañías, pero las solicitudes de las otras compañías y sobre la calificación de la legalidad en su forma y sobre su autenticidad continuaba siendo competencia de los Jueces.

[90.] Doctrina de la Superintendencia de Compañías No. 60, publicada en el Registro Auténtico 1997, estado: derogado
[91.] Doctrina de la Superintendencia de Compañías No. 150, publicada en el Registro Auténtico 1997, estado: derogado

Mediante la reforma a la Ley de Compañías de 1971 publicada en el Registro Oficial no. 199 de 10 de febrero de 1971 se eliminó el contenido del inciso final del artículo 415, la mención que se hacía al Juez, con lo que la Superintendencia de Compañías pasó a ser el único organismo competente para conocer las solicitudes relacionadas con la domiciliación de compañías extranjeras de toda especie.

Además en el artículo 419 se agregó un inciso que estipula "la Superintendencia de Compañías calificará para los efectos en el Ecuador, los poderes otorgados por las compañías extranjeras, a los que se refiere el artículo 415; y, luego ordenará su inscripción y publicación". Sin embargo la doctrina deja establecido claramente que la calificación de la Superintendencia de Compañías con respecto al poder, no debe confundirse con la calificación sobre la legalidad de la forma y sobre la autenticidad de los poderes otorgados en el exterior de conformidad con el artículo 32 de la nueva Ley del Registro. Finalmente, termina señalando que cuando se remite a la Superintendencia de Compañías el poder es importante y recomendable que se haya hecho con anterioridad la calificación judicial de dicho instrumento.

Se infiere entonces que existen dos calificaciones para los poderes de factor de compañía extranjera; la una realiza la Superintendencia de Compañías; y, la otra corresponde a la calificación judicial. Por lo tanto, existe confusión en estos dos puntos debido a que los requisitos que establece el Registro Mercantil, es la calificación del organismo judicial, sin embargo se creyó que con el desarrollo de esta doctrina interpretativa, la calificación de la Superintendencia de Compañías remplazó a la calificación judicial. Al respecto, se debe precisar que previo a la calificación que realiza la Superintendencia de Compañías, se necesita de la calificación judicial del instrumento para hacer un control de legalidad y autenticidad, esta actividad es aún competencia exclusiva del Juez. Por otro lado, la fijación, registro y publicidad es competencia de la Superintendencia de Compañías.

Siguiendo con lo anterior, la doctrina número 150 trata de compañías nacionales con sucursales en Ecuador obligadas a designar apoderado y compañías nacionales que designan un apoderado sin apertura de sucursal. Esta doctrina manifiesta que "ciertamente la Ley de Compañías, en ninguna de sus disposiciones, confiere, en forma expresa, al Superintendente atribución de calificar o aprobar el poder especial que el representante legal de la compañía nacional otorgue al factor de comercio".

En efecto en ningún artículo de la Ley de Compañías encontramos artículo que declare expresamente que será competencia de la Superintendencia de Compañías calificar el poder de factor. Sin embargo más adelante la doctrina manifiesta que "tampoco existe disposición alguna que confiera al Juez de lo Civil atribuciones para que califique o apruebe el antedicho poder, es decir el otorgado por el representante legal de una compañía nacional al factor de comercio que obre por ella en una sucursal abierta en el país". En efecto, no existe disposición expresa que estipule que la competencia radica en el Juez para la aprobación del poder de factor cuando se obre la apertura de una sucursal.

Partiendo de esta afirmación, la doctrina número 150 expone que "gracias al vínculo o nexo permanente que se da entre el establecimiento de la sucursal y la designación, mediante poder del factor de comercio que ha de administrarla, surge una suerte de atribución implícita que obliga a la Superintendencia a ordenar el registro y publicación de ese poder". Por otra parte, nada han expuesto las doctrinas jurídicas de este organismo cuando el poder de factor es solo con la finalidad de encargar la administración a un tercero, es decir que se confiere mandato general de administración para que el apoderado sea quien remplace en la administración al gerente o administrador previa autorización de la junta de la compañía; en esta situación jurídica no existe el vínculo o anexo porque la finalidad no es establecer una sucursal. En esta doble finalidad del poder de factor, la competencia para la calificación de la misma no radica en la Superintendencia de Compañías, es atribución del Juez como se lo explicará a continuación.

La premisa manifestada de la Superintendencia de Compañías de que no existe disposición alguna sobre que funcionario u organismo debe aprobar el poder de factor es errónea porque existe una norma de carácter interpretativo, normada en el artículo 120 del Código de Comercio que manifiesta que:

> "Los factores deben estar investidos de un poder especial otorgado por el dueño del establecimiento cuya administración se les encomiende. El poder será registrado y publicado en la forma prescrita en la Sección I del Título I del Libro Primero"

En esta sección en el artículo 14 se ha declarado que los menores de edad y en este caso entran los dueños del establecimiento debido a lo declarado en el artículo 120 mencionado, deben solicitar una autorización al Juez de lo Civil de su domicilio, el que la concederá en la forma y con los efectos establecidos en el Código Civil.

Por lo tanto, se concluye que en todas las situaciones que se mencionó acerca de las finalidades del poder de factor; cuando sea para las compañías extranjeras y nacionales que obran la apertura de sucursal, o para las compañías nacionales cuya finalidad es designar un mandatario general que reemplace al administrador, se necesita del proceso de autenticidad y legalidad de la escritura pública de poder debido a que la Superintendencia de Compañías realiza un actividad distinta que es la calificación de inscripción y publicidad del poder de factor, además las doctrinas jurídicas que atribuían de mala manera la competencia a la Superintendencia de Compañías para la calificación de poderes para compañías nacionales han sido derogadas por carecer de fuerza vinculante y normativa.

Después de haber hecho este análisis, se ha inferido que la aprobación del poder de factor es competencia exclusiva del Juez, además se concluye que la actividad que realiza el Juez, la calificación y autenticidad de este documento es un proceso voluntario. Con lo cual se da paso a la concatenación de la segunda figura que ha expuesta esta disertación que es la jurisdicción voluntaria. Sirvan de ejemplo la Ley Reformatoria a la Ley Notarial de 1996, Ley Reformatoria a la Ley Notarial del 2006 y el Código Orgánico General de Procesos de 2015. Dentro de estas 3 leyes se han hecho grandes trasferencia de competencias del Juez al Notario. Para visualizar el cambio que se ha dado durante los últimos años en la legislación ecuatoriana a continuación se halla un esquema detallando los trámites de jurisdicción voluntaria que se han transferido al Notario. La presente disertación ha manifestado que la jurisdicción voluntaria es una institución que por razones históricas se atribuyó la competencia al Juez, no obstante de acuerdo a lo investigado en el segundo capítulo de esta tesis se concluyó que la jurisdicción voluntaria es de naturaleza administrativa.

Al respecto, la legislación ecuatoriana no ha declarado nada al respecto, ni los jueces han elaborado jurisprudencia de la naturaleza de la jurisdicción voluntaria, sin embargo si hacemos un pequeño análisis de la evolución normativa se va a demostrar que la jurisdicción voluntaria se ha desligado de la figura del Juez y ha pasado al Notario. A continuación se detalla en la tabla, los procesos de jurisdicción voluntaria que se encontraban estipulados en el Código de Procedimiento Civil y pasaron a ser competencia Notarial con las respectivas reformas que se han realizado en los últimos años, que confirman que la política legislativa ha sido desjudicializar los actos no contenciosos.

Ley Anterior	Ley Actual	Nuevas Competencias al Notario
Código de Procedimiento Civil	**Ley Reformatoria a la Ley Notarial de 1996**	1. Declarar la extinción o subrogación del patrimonio familiar. 2. Tramitar la disolución de la sociedad conyugal de consuno de los cónyuges. 3. Autorizar la venta en remate voluntario de bienes raíces de personas menores que tengan la libre administración de sus bienes. 4. Receptar informaciones sumarias y de nudo hecho. 5. Practicar mediante diligencia notarial, requerimientos para el cumplimiento de la promesa de contrato como para la entrega de cosa debida y de la ejecución de obligaciones.
Código de Procedimiento Civil	**Ley Reformatoria a la Ley Notarial de 2006**	1. Autorizar los actos de amojamiento y deslinde en sectores rurales siempre que exista acuerdo entre las partes. 2. Tramitar divorcios por mutuo consentimiento, únicamente en los casos en que los cónyuges no tengan hijos menores de edad o bajo su dependencia. 3. Proceder a la liquidación de la sociedad conyugal. 4. Autorizar la emancipación voluntaria del hijo adulto. 5. Tramitar la declaración de interdicción para administrar los bienes de una persona declarada reo por sentencia ejecutoriada penal. 6. Solemnizar la declaración de los convivientes sobre la existencia de la unión de hecho. 1. 7. Declaración de extinción del usufructo.
Código de Procedimiento Civil	**Código Orgánico General de Proceso del 2015**	1. Aprobar la constitución o reforma de sociedades civiles y mercantiles y demás actos atinentes con la vida de éstas, y oficiar al Registrador Mercantil para su inscripción, cuando no corresponda a la Superintendencia de Compañías y Valores. 2. Autorizar la inscripción de matrículas de comercio en el registro pertinente. 3. Requerir a la persona deudora para constituirla en mora, de conformidad con el artículo 1567 del Código Civil. 4. Tramitar la caución e inventario en el usufructo, para determinar que esta sea suficiente para la conservación y restitución del bien que se trate y para el inventario solemne. 5. Solemnizar la designación de administrador común. 6. Solemnizar el desahucio 7. Inscribir contratos de arrendamiento 8. Solemnizar la partición de bienes hereditarios

Se observa que dentro de estas 3 leyes, la tendencia legislativa ecuatoriana ha sido transferir competencias en trámites de jurisdicción voluntaria al Notario, estos trámites presentan una característica en común, son actos donde se da legalidad y autenticidad a documentos públicos o reconocen relaciones jurídicas.

El proceso que ha examinado esta disertación es un acto de jurisdicción voluntaria donde se realiza un control de legalidad y autenticidad, se infiere que este acto se ajusta a la tendencia legislativa que se ha desarrollado en los últimos años de manera que es factible que se transfiera la competencia del Juez al Notario para la aprobación del mandato general de administración o poder de factor. Además se debe tomar en consideración que el legislador pese a que no ha estipulado de forma expresa la naturaleza de la jurisdicción voluntaria o la clasificación de la misma, la política legislativa confirma que de forma tácita se ha considerado que los actos no contenciosos son de naturaleza administrativa y se ha procedido con la desjudicialización de los mismos.

Como último punto para reforzar la premisa de que es factible la desjudicialización del poder de factor se debe señalar que la función notarial ofrece el control de legalidad y fortalece el tráfico jurídico, en otras palabras, el Notario es el funcionario especializado en dotar al ordenamiento jurídico de seguridad jurídica preventiva (Fernández Bujan: 2007:5-10). El acto de aprobación de poder de factor es un procedimiento donde se configura función notarial plena, es decir que se realiza un control de legalidad y autenticad del instrumento público evitando la controversia entre las partes.

Además, Fernández Bujan (2007:5-10) manifiesta que "el prestigio adquirido por el Notario a lo largo de los años, es un elemento que ayuda a despejar cualquier incógnita sobre la aptitud para intervenir en la tutela administrativa de determinados derechos privados". No debe existir duda alguna de si el Notario será capaz de conocer actos como la aprobación del poder de factor, debido a que la Constitución y la Ley ha atribuido al mismo de función notarial y fe pública, con la finalidad de que sea el garante principal de la seguridad jurídica preventiva. Por otra parte, Fernández Bujan (2007:5-10) expone que "los actos de jurisdicción voluntaria donde no haya afectación a derechos fundamentales, ni alteración de intereses de menores o personas que deben ser especialmente protegidas deben ser conocidos por el Notario porque es el principal protagonista del sistema de fe pública y seguridad jurídica".

Finalmente, Fernández Bujan (2007:5-10) afirma que "no se debe olvidar el hecho de que muchos de los actos de jurisdicción voluntaria tienen por objeto la certeza sobre el estado o modo de ser de determinados negocios jurídicos, situaciones o relaciones jurídicas que los Notarios están en inmejorable condición para apreciarlos adecuadamente".

Es decir que los actos donde solo exista control de legalidad y autenticidad, además de la constatación de relaciones de hecho y de derecho son procesos que deben ser tranferidos al Notario en su totalidad, dentro de estos actos que se nombran, se recalca que el poder de factor forma parte de ellos y que se debería aprobar via notarial y no judicial.

Despues de haber manifestado que el mandato de factor es un proceso de jurisdicción voluntaria donde se da control de legalidad. Como último punto a estudiar en este capítulo se hallan los beneficios que acarrea la desjudicialización de procedimientos no contenciosos. Sirva de ejemplo la motivación de los legisladores españoles que expidieron la ley de jurisdicción voluntaria de 2015 donde se tranfirió competencias exclusivas al Notario en temas de derecho mercantil, civil y sucesorio. a) los ciudadanos podrán obtener mayor efectividad sin merma de garantías; b) los órganos jurisdicionales verán aliviada su carga de trabajo, pudiendo centrar todos sus esfuerzos en su función propia y esencial, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, al tiempo que los Notarios asumirán nuevas competencias viendo reforzada su consideración como servidores públicos. Por otra parte, la exposición de motivos de la primera reforma a Ley Notarial ecuatoriana de 1996 manifesta que:

> "la función notarial, no obstante su importancia y garantía para el desenvolvimiento de los negocios juídicos, se rige en nuestro país por disposiciones constantes en diversas leyes; que el desarrollo de lo notarial en otros países del mundo, ha alcanzado destacada importancia en lo social, en lo económico y en lo científico; y, que es necesario que el país cuente con una Ley que regule no sólo la función notarial y el instrumento público, sino también la organización de los Depositarios de la fe pública para lograr la jerarquización del notario ecuatoriano"

Es con esta ley donde se ratifica la vital importancia del Notario, manifestando que la función notarial es garante de los negocios jurídicos, además se comienza a poner en práctica lo analizado y declarado por los Congresos Internacionales del Notariado Latino, el Notario es una figura clave para las sociedades modernas, es el motor económico social y científico de las relaciones iusprivatistas.

De la misma forma, la exposición de motivos de la segunda reforma a la Ley Notarial ecuatoriana de 2006 expuso que:

> "es deber del estado garantizar el debido proceso y una justicia sin dilaciones, para cumplir con este deber, es necesario que se realicen reformas a la Ley Notarial que permitan descongestionar los despachos judiciales, confiando a los notarios algunos actos de jurisdicción voluntaria; además existen muchos trámites de jurisdicción voluntaria que podrían ser realizados por los Notarios"

Con las reformas del 2006 se manifestó por primera vez el beneficio que acarrea la desjudicialización de los procesos de jurisdicción voluntaria, y se reconoció que el Notario tiene la aptitud para encargarse de varios trámites de esta naturaleza. Esta motivación fue causante de la última gran reforma a la Ley Notarial con las disposiciones reformatorias del Código Orgánico General de Procesos que resolvió asignar más procesos de jurisdicción voluntaria al Notario.

3.4. Principios Notariales y Procesales que se fortalecen con la desjudicialización

La importancia de los principios del Derecho radica según Alcalde Rodríguez (2003:77) "en la relación directa con el ser humano y la sociabilidad que deriva de su propia condición de tal, dicho examen determina la necesidad de aludir, aunque sea en términos breves, a la persona y al Estado, la naturaleza de estos dos constituye el sustrato en el cual se desenvuelven los conceptos de justicia conmutativa, distributiva y legal sobre cuya base se estructuran dichos principios". Por otra parte, Messineo (2008:20) expone que:

> "los principios generales del Derecho constituyen o forman parte de la base del ordenamiento jurídico, es un tejido conjuntivo, cimentan el propio sistema legal; representan además los elementos que sirven de nexo para entrelazar las distintas instituciones jurídicas, permitiendo su conceptualización dentro de un todo orgánico que responde a una misma razón lógica, tales principios se nos revelan como el torrente sanguíneo que recorre las arterias de las diversas instituciones que integran el Derecho, insuflándoles vida y sentido; de modo que, sin ellos, éstas últimas quedan irremediablemente condenadas a la atrofia y descomposición".

Los principios se manifiestan en la distintas instituciones del Derecho, y dentro de cada rama del Derecho existen subprincipios, que hacen parte del tejido conjuntivo los cuales garantizan el ejercicio de la justicia que debe proporcionar el Estado al individuo. A continuacion se explicará los principios de la función notarial, y los principios procesales que se fortalecerían con la desjudicialiación de la aprobación del mandato general de administración.

Los principios que se robustecen dentro de la función notarial son varios: el principio de rogación explica que es el inicio de la intervención del Notario en un determinado asunto y significa que el Notario no puede actuar de oficio sino a petición de parte.

Al respecto Rodríguez Adrados (2007:8) manifiesta que "la rogación es un requisito establecido desde el Derecho Romano que ordenaba que nada puede escribir el *tabelio* sino rogado por las partes, además esta no se puede presumir se constatará por medio de testigos y por el otorgamiento del intrumento público". Se debe manifestar que en la legislación notarial ecuatoriana se ha dado el primer paso para que los usuarios expresen la voluntad de la intervención del Notario, debido a que el artículo 18 numeral 17 de la Ley Notarial estipula que:

Son atribuciones del Notario "protocolizar las capitulaciones matrimoniales, inventarios solemnes, poderes especiales, revocatorias de poder que los comerciantes otorgan a sus factores y dependientes para administrar negocios", es decir que los clientes ejercen el principio de rogación cuando solicitan la protocolización de los poderes especiales en este caso el poder de factor; con la ampliación de la competencia al Notario para que sea él mismo quien apruebe el poder de factor, se fortalece el principio de rogación porque permite que los clientes soliciten la protocolización y la aprobación de dicho poder al mismo tiempo. Es decir que la intervención del Notario abarcaría todas las fases del acto de poder de factor: el otorgamiento de la escritura pública (exteriorización de voluntad de las partes), aprobación de legalidad y autenticidad del acto y sería también capaz de revocar los poderes que se han otorgado a los factores para administrar negocios siempre y cuando sea solicitado por el cliente.

Otro principio que se vería beneficiado con la propuesta de desjudicialización es la legalidad; éste es un principio que está ligado al principio de veracidad. El Notario debe plasmar la voluntad de las partes; es la adecuación del escrito a la cosa o asunto, pero no solamente eso, se realiza también el control de las solemnidades que se deben cumplir. La legalidad es el siguiente paso a realizar. El Notario debe adecuar la voluntad de las partes al ordenamiento jurídico, si es contrario, se impide el otorgamiento del instrumento público que sería ilícito y provocaría un conflicto jurídico entre las partes. Por lo tanto, gracias al principio de legalidad, el Notario garantiza seguridad y certeza jurídica al tráfico. Al transferir la competencia de aprobación del poder de factor sería el Notario quien haría pleno ejercicio de la seguridad jurídica cautelar porque conocería todas las fases del acto, desechando falsas escrituras o escrituras incompletas que no han cumplido con las solemnidades para su posterior inscripción en el Registro Mercantil.

De igual forma, el principio de calificación, el cual brinda autenticidad a los documentos públicos se fortalecería. Con el principio de calificación se da efectividad a la prevención de los conflictos en las relaciones irusprivatistas; se podría afirmar que con el principio de calificación, el Notario evita la judicialización de los actos; es el camino para la eliminación de los obstáculos al crecimiento económico. Con la desjudicialización del poder de factor se promovería y se fortalecería a la institución del notariado para que siga ejerciendo: seguridad jurídica cautelar en forma más efectiva.

La desjudicialización, en consecuencia, genera un mejor desarrollo de los principios procesales: economía procesal y agilidad procesal. Con respecto al principio de la economía procesal, Carretero Pérez (1971:65) explica que "en un sentido muy genérico es un principio informativo del Derecho Procesal que, de forma más o menos intuitiva influye y configura la estructura y funcionamiento del proceso; en este aspecto sería la razón que procura que el proceso consiga su fin, la satisfacción de las pretensiones con el mayor ahorro posible de esfuerzo y de coste de actuaciones procesales, es obtener el máximo rendimiento con el mínimo gasto y tiempo". Con la desjudicialización se evita redundancia de procesos, se ahorra el presupuesto de la Función Judicial que se destina a procesos de jurisdicción voluntaria, se trata de que el presupuesto sea invertido en la solución de procesos donde existe controversia. En resumen, se reduce el tiempo que le toma al Juez aprobar el mandato general de administración y se satisface de mejor manera las pretensiones de los clientes.

Con respecto a la economía procesal, Fernández de Bujan (2007:60) explica que "la administración pública se sostiene con dinero público que todos los ciudadanos aportamos cumpliendo con nuestras obligaciones fiscales". Estos fondos deben ser mejor distribuidos, de tal forma que desjudicializar procesos administrativos representan un gran ahorro a la administración de justicia.

Con el ahorro, los fondos se destinarían a agilizar y dar estricto tratamiento a los juicios donde existe la controversia. La tranferencia de los procesos de jurisdicción voluntaria al Notario representarían ahorro a los clientes y al sistema. Aunque muchos tratadistas han manifestado que se crea una justicia para ricos y para pobres, cuando se desjudicializan los procesos de jurisdicción voluntaria, debido a que vía notarial se debe pagar una tasa notarial mientras que los procesos judiciales son gratuitos, al respecto:

Fernández de Bujan (2007:60) desmiente este pensamiento afirmando que:

> "la Administración de Justicia no es gratuita porque es sostenida con el dinero de impuestos que constibuyen los ciudadanos, además para acceder al servicio de justicia es necesario contratar un abogado para que ejerza la representación en el proceso y proporcione asesoramiento, con la función notarial se da asesoramiento gratuito que proporciona el Notario, no se necesita la comparecencia de un abogado de manera que se ahorra más con el servicio notarial que con la judicialización de actos".

Para complementar lo que manifiesta el autor se debe señalar que el servicio notarial es ágil y evita la dilación que se produce en los juzgados. La desjudicialización de la aprobación del poder de factor fortalece el principio de economía procesal, porque concentra las fases de este acto en un solo funcionario en este caso el Notario.

Por último se debe agregar que otro de los principios procesales que se robustece es la celeridad procesal. Este principio esta ligado a la economía procesal de forma que si se desjudicializan procesos de jurisdicción voluntaria se economiza el tiempo del Juez ya que éste se concentraría en los procesos donde existe controversia. Sánchez (2001:101) afirma que "en la actualidad la eficacia de la justicia esta ligada a un proceso, sin olvidar que los principios de contradicción, igualdad, disposición, posibilitan una rápida solución de conflicto, de modo que la celeridad, economía y justicia material conforman los nuevos postulados del modelo procesal del Estado Social de Derecho".

Para que el Estado pueda garantizar el acceso eficaz, oportuno, ágil a la administración de justicia, éste debe buscar alternativas a las solucion de conclitos, de manera que se creen centros de arbitraje y mediación, se aumeten las notaria públicas con la finalidad de que el usuario posea un servicio que le garantice solucionar sus pretensiones sin la necesidad de acudir a la instancia judicial.

La celeridad procesal es un principio que debe estar presente en los nuevos sistemas procesales y deben garantizar un proceso sin dilaciones, es así que si se elimina la carga administrativa que representan los procesos de jurisdicción voluntaria, el Juez tendrá la oportunidad de economizar el tiempo que le lleva dirimir un proceso donde si existe la controversia. Una vez examinado los principios que se verían fortalecidos con la desjudicialización de más procesos de jurisdicción voluntaria, a continuación se dará paso al análisis de un caso, donde se comprobará que la tramitación para la aprobación del poder de factor o mandato general de administración ocupa demasiado tiempo para su sustanciación por vía judicial.

3.5. Análisis de la aprobación del mandato general de administración o poder de factor sustanciado por el Código de Procedimiento Civil; y por el Código Orgánico General de Procesos.

Sustanciación por el Código de Procedimiento Civil
caso judicial no. 17320-0991-2013

Información de la Demanda

Nombre del demandante: Hulda Mariela Gamez Cortes, de nacionalidad colombiana de 49 años de edad, de estado civil soltera, de profesión contadora, con residencia legal en el Ecuador y domiciliada en esta ciudad de Quito, compareció ante el Juez con la solicitud para la aprobación de Poder General de Administración.

Antecedentes: La compañía Productos Familia Sancela Del Ecuador S.A. se constituyó mediante escritura pública otorgada el quince de abril del mil novecientos noventa y seis, ante el Doctor Jaime Andrés Acosta, Notario Vigésimo Octavo del Cantón Quito, inscrita en el Registro Mercantil del mismo cantón, el dieciséis de mayo del mismo año. Mediante escritura pública celebrada el veintitrés de enero del dos mil seis, ante el Doctor Juan Villacís Medina, Notario Noveno del cantón Quito; se emitió un Poder General de Administración a favor de la señorita Hulda Gamez Costes, otorgado por la Empresa Productos Familia Sancela Del Ecuador S.A. que fue debidamente aprobado por el Juez Cuarto de lo Civil de Pichincha, mediante providencia de fecha treinta de septiembre del dos mil once e inscrito en el Registro Mercantil del mismo cantón Quito, el veintiocho de octubre del año dos mil once.

Pretensión: Con los antecedentes expuestos y de conformidad con los dispuesto por el Art. 6 de la Ley de Compañías, artículo 30 numeral 9no, 33 y 120 del Código de Comercio se solicitó al Juez que se sirva declarar mediante sentencia la autenticidad y legalidad, en su fondo y en su forma, del Poder General de Administración y que se ordene su publicación y registro.

Cuantía: Por su naturaleza, la cuantía del juicio fue indeterminada

Procedimiento: El trámite a seguir en la presente causa fue el sumario especial, dispuesto en la Ley de Registro.

Información acta de Sorteo

Corte Provincial de Justicia de Pichincha Oficina de Sorteos y Casilleros Judiciales

Se recibió el día jueves veinte y cuatro de octubre del dos mil trece, a las doce horas y dieciocho minutos, el proceso diligencias preparatorias y/o sumario por Aprobación de Poder presentado por: Gamez Cortes Hulda Mariela, en; 0 foja(s). Además, se adjuntó un poder general, demanda original y copias de la misma, Por sorteo su conocimiento correspondió al juzgado vigésimo de lo civil y al número 17320-2013-0991.

Información calificación de la demanda:

Avocó conocimiento el Juez Titular de la Judicatura mediante acción de personal No. 4196-DNP-OQ de 23 de septiembre del 2012, el cual determinó que la demanda fue clara y reunía los requisitos de Ley, por lo que la declaró procedente y se aceptó al trámite especial solicitado. En consecuencia, se dispuso que se publique un extracto de la escritura de Poder General, otorgado por la Compañía Productos Familia Sancela Del Ecuador S.A., a través de su presidente ejecutivo el señor Darío Rey Mora, a favor de la señorita Hulda Mariela Gamez Cortes, en uno de los diarios de mayor circulación de la localidad.

Información Extracto: El Juzgado vigésimo de lo civil de pichincha extracto judicial puso en conocimiento del público en general, para los fines de ley consiguientes, que en el juzgado vigésimo de lo civil de pichincha, se presentó la demanda por Hulda Mariela Gámez Cortes; de conformidad con el art. 30, 33 y 120 del código de comercio solicitando la aprobación del poder general de administración otorgado por la compañía Productos Familia Sancela Del Ecuador S.A., a favor de la actora Hulda Mariela Gámez Cortes; dentro del juicio signado con el No. 17320-0991-2013. En consecuencia se dispuso que se publique un extracto de la escritura de Poder General, en uno de los diarios de mayor circulación de la localidad.

Información de la publicación: Se realizó la publicación del extracto que fue entregado por este juzgado el 19 de febrero del 2014. El Juez debido el estado de la causa, solicitó los autos para dictar sentencia.

Información de la sentencia: La compañía Productos Familia Sancela Del Ecuador S.A., a través de su presidente ejecutivo, señor Darío Rey Mora, otorgó el Poder General de Administración, amplio y suficiente, el cual en derecho se requiere, a favor de señorita Hulda Mariela Gamez Cortes. Con estos antecedentes y de conformidad con lo dispuesto en el Arts. 6 de la Ley de Compañías y los Arts. 30 numeral 9, 33 y 120 del Código de Comercio, solicita se sirva declarar mediante sentencia la autenticidad y legalidad, en su fondo y en su forma, del poder general de administración, ordenando su publicación y registro. Por lo anterior el Juez administrando justicia en nombre del pueblo soberano del Ecuador y por autoridad de la Constitución y las leyes de la República, aceptó la demanda y en consecuencia se aprobó el Poder General de Administración que otorgó el señor Darío Rey Mora, en calidad de Presidente Ejecutivo y Representante Legal de la compañía Productos Familia Sancela Del Ecuador S.A, a favor de señorita Hulda Mariela Gamez Cortes. Por último, el Juez dispuso que se entregara copias suficientes para que se realice la inscripción en el Registro Mercantil y surta los efectos legales pertinentes; y para que de conformidad al artículo 33 del Código de Comercio, el Registrador Mercantil fije y mantenga por seis meses en su despacho, una copia del extracto de la escritura de poder especial.

Información Notificación Registrador de la Propiedad: Quito, 9 de abril del 2014, en esta fecha se entregó la notificación para la correspondiente inscripción que debía realizar, el señor Registrador Mercantil de Quito.

Información del Registrador Mercantil
Trámite número 20672

1. Razón de inscripción del: Poder General por aprobación judicial.

Número de repertorio:	12306
Fecha de inscripción:	16 de Abril del 2014
Número de inscripción	1196
Registro:	Libro de Registro Mercantil

2. Datos de los intervinientes

Identificación	Nombres	Cantón del Domicilio	Calidad en que comparece	Estado Civil
43067749	Gamez Cortes Hulda Mariela	No determinado	Apoderado	No determinado
70563269	Rey Mora Darío	No determinado	Representante Legal	No determinado

3. Datos del acto o contrato

Fecha de inscripción	Abril 16 del 2014
Naturaleza del acto o contrato:	Poder General por aprobación judicial
Fecha escritura:	Octubre 07 del 2013
Notaria:	Notaria Novena
Cantón:	Quito
Número de Juicio/Resolución	Juicio 17320-0991-2013
Fecha del Juicio/Resolución:	Marzo 27 del 2014
Juzgado:	Juzgado vigésimo civil
Cantón:	Quito
Autoridad de aprueba:	Juez vigésimo de lo civil de Pichincha
Nombre de autoridad:	Dr. Marco Albán Núñez
Nombre de la compañía:	Productos Familia Sancela del Ecuador S.A.
Domicilio de la compañía	Quito

Análisis del caso: El proceso de aprobación del mandato general de administración o poder de factor, es un trámite de jurisdicción voluntaria que se sustanciaba como una diligencia preparatoria dentro del juicio verbal sumario. Este trámite inició el 23 de septiembre del 2013 y culminó el 27 de marzo del 2014, finalmente se inscribió el 16 de abril del 2014. Es decir que trascurrió 8 meses para que se autorice la aprobación del mandato general de administración. Es absurdo que siendo un trámite de jurisdicción voluntaria donde se necesita del control de legalidad y autenticidad tome tanto tiempo el ser sustanciado.

De manera que es viable la propuesta de este proyecto de disertación, transferir la competencia para que sea el Notario quien concentre todas las fases del proceso del poder de factor o mandato general de administración, es decir que el otorgamiento de la escritura, la aprobación y la revocatoria se realicen en sede notarial.

Después de haber analizado el caso que se sustanciaba como diligencia preparatoria dentro del juicio verbal sumario como lo disponía el anterior Código de Procedimiento Civil, cabe analizar ahora cómo se aprueba el poder de factor, con las reformas que se introdujeron con la expedición del Código Orgánico General de Proceso. Con la vigencia del nuevo código adjetivo, se estipuló que los actos no contenciosos se deben sustanciar por el juicio de procedimiento voluntario contemplado en el artículo 334 que declara que:

> "se considerará procedimientos voluntarios, con competencia exclusiva de las o los juzgadores, los siguientes: pago por consignación, rendición de cuentas, divorcio o terminación de unión de hecho por mutuo consentimiento, siempre que haya hijos dependientes, inventario, en los casos previstos en este capítulo, partición, autorización de venta de bienes de niñas, niños y adolescentes y, de personas sometidas a guarda; y, 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".

Al hacer el análisis del artículo, se infiere que el procedimiento de aprobación del poder de factor se debería encauzar dentro de este artículo, es un acto que requiere la autorización del Juez, sin embargo al acudir al archivo del Complejo Judicial Norte, se investigó si existen juicios de procedimiento voluntario de aprobación de poder de factor y no se encontró ningún acto referente a este tema, es así que se realizó una entrevista al presidente del Colegio de Notarios de Pichincha Dr. Homero López Obando para conocer cómo se realiza el proceso para la aprobación del poder de factor en la práctica judicial, a continuación resumen de la entrevista.

Entrevista

1. ¿Cómo se está realizando la aprobación del poder de factor en la práctica judicial?
El poder de factor, es un acto que requiere de legalidad y autenticidad, este acto se aprobaba por vía judicial, así lo contemplaba el Código de Procedimiento Civil, con la expedición del Código Orgánico General de Procesos, se dejó un vacío legal con respecto a este tema, el Juez de lo Civil se niega a realizar la aprobación del mandato general de administración o poder de Factor porque a su criterio ha considerado que el artículo 334 del COGEP, es un artículo taxativo y no se puede conocer otro acto que no se contemple dentro de la lista, razón por la cual, en la práctica judicial algunos Notarios han considerado que tenemos la competencia para aprobar el poder de factor de acuerdo a lo que declara el artículo 18 numeral 29 de la Ley Notarial "aprobar la constitución o reforma de sociedades civiles y mercantiles y demás actos atinentes con la vida de estas, y oficiar al Registrador Mercantil para su inscripción, cuando no corresponda a la Superintendencia de Compañías y Valores". Sin embargo este criterio no ha sido considerado por todos ya que, otros Notarios defienden que solo se pueden realizar los actos expresos que se contemple en la Ley Notarial, es decir que no se debería interpretar las atribuciones del artículo 18 de la Ley Notarial.

2. ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria, debería ser asumida de forma exclusiva por el Notario?

La Jurisdicción Voluntaria es de naturaleza administrativa porque no existe sustento jurídico, teórico, legal y jurisprudencial que defienda la naturaleza jurisdiccional, carece de un fundamentación doctrinaria unánime y consistente, que se puede resumir en la falta de tres elementos fundamentales: la falta de partes, la sentencia carece de efectos de cosa juzgada y sobre todo el procedimiento no tiene como base el conflicto de intereses. Esta debería ser asumida por el Notario excepto es los casos donde exista intereses de por medio, es decir este presente derechos de los menores de edad y curadurías. La política legislativa ha sido transferir cada vez mayor competencias en jurisdicción voluntaria al Notario es así que se realizaron las reformas Notariales en el años de 1996, 2006 y actualmente con la expedición del Código Orgánico General de Procesos de manera que se irá incrementando más actos que pueda conocer el Notario.

3. ¿Cree usted qué es viable que se transfiera la competencia para la aprobación de poder de factor al Notario?

Es viable porque el Notario en el ejercicio de la fe pública genera efectos jurídicos para los peticionarios, el principio de dación de fe pública es la presunción de la veracidad de los actos autorizados por un Notario. Esta presunción de veracidad realiza un control de legalidad igual a la que tiene el Juez. Por lo cual se vuelve innecesaria la intervención del Juez para la aprobación del poder de factor, de manera que si se transfiere la competencia al Notario no solo se está considerando la verdadera naturaleza administrativa de la jurisdicción voluntaria, sino que se concentra el acto de poder de factor en un solo funcionario fortaleciendo a la economía procesal.

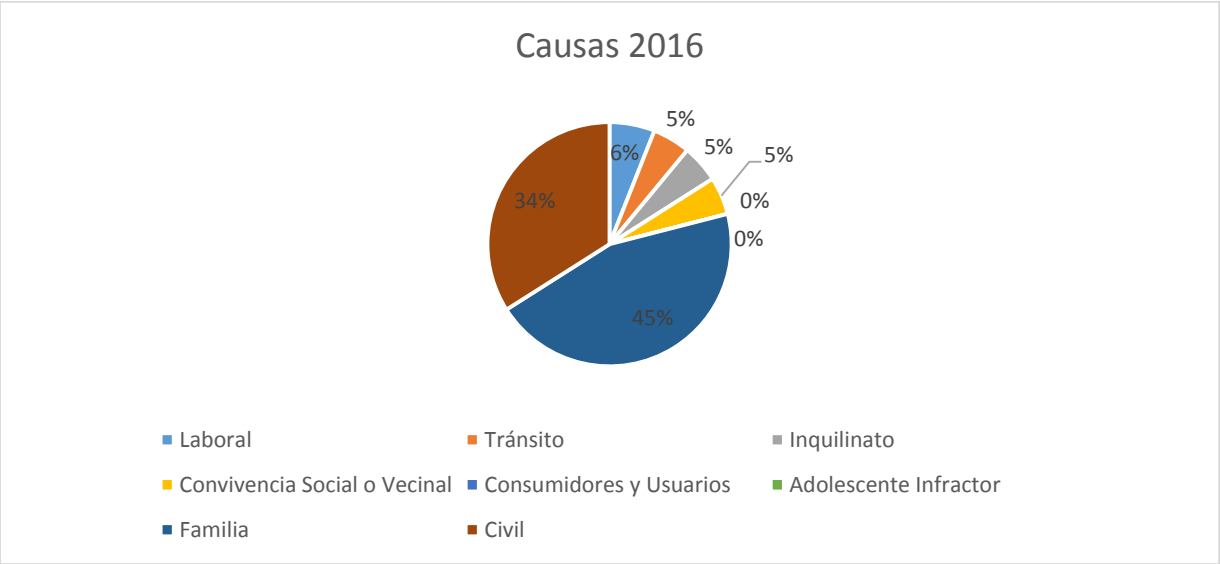
4. ¿Cree usted qué la desjudicialización de los actos de jurisdicción voluntaria son beneficiosos para los peticionarios así como el Notario?

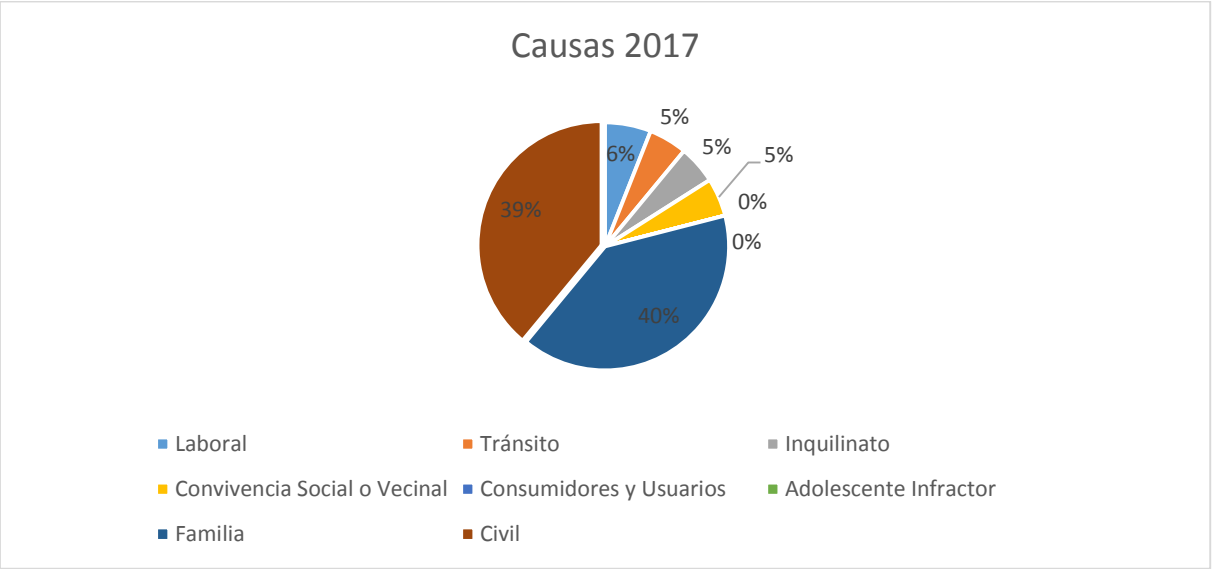
Los actos de jurisdicción voluntaria que sean desjudicializados para que el Notario público apruebe y conozca estos actos son beneficiosos, en el sentido que elimina el factor de la temporalidad que conlleva sustanciar los mismos a través de un proceso judicial. Lo que necesita el peticionario, usuario o cliente es solemnizar el acto sin que exista un proceso largo, más allá de que se cree un proceso reducido breve y expedito por vía judicial, el Notario a través de la fe pública y la función notarial de la cual se encuentra envestido puede solemnizar el acto reduciendo costos judiciales y la temporalidad.

Estadísticas del Consejo de la Judicatura

Para corroborar la información del Presidente del Colegio de Notarios de Pichincha, se realizó una investigación de campo para recopilar datos estadísticos de cuántas causas civiles se han tramitado con el nuevo Código Orgánico General de Procesos, además conocer el porcentaje de procesos de jurisdicción voluntaria, así como cuántos casos de aprobación de mandato general de administración o poder de factor se han registrado con el nuevo código adjetivo. A continuación el gráfico de causas tramitada por el Código Orgánico General de Procesos por tipo año 2016.[92]

[92.] Gráfico tipo de causas 2016, proporcionado por el Consejo de la Judicatura, Departamento de Estudios Jurimétricos y Estadísticas.

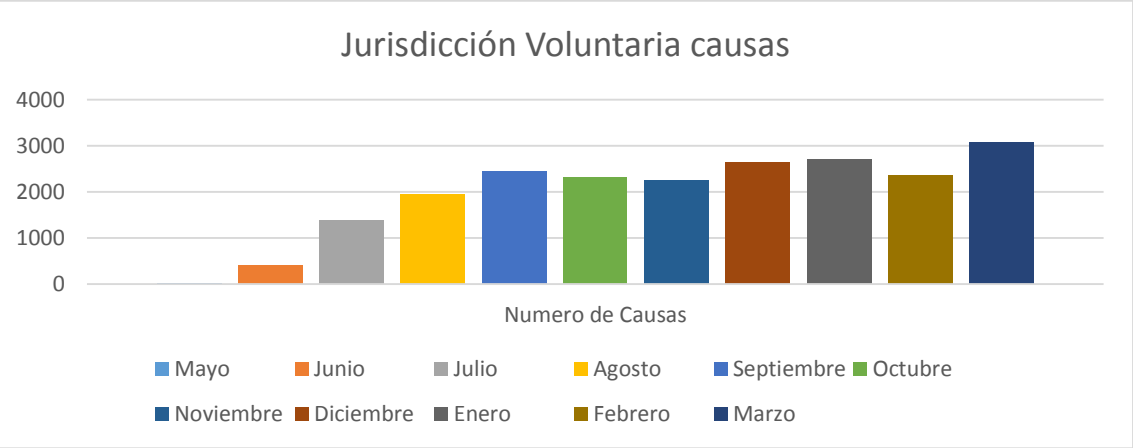




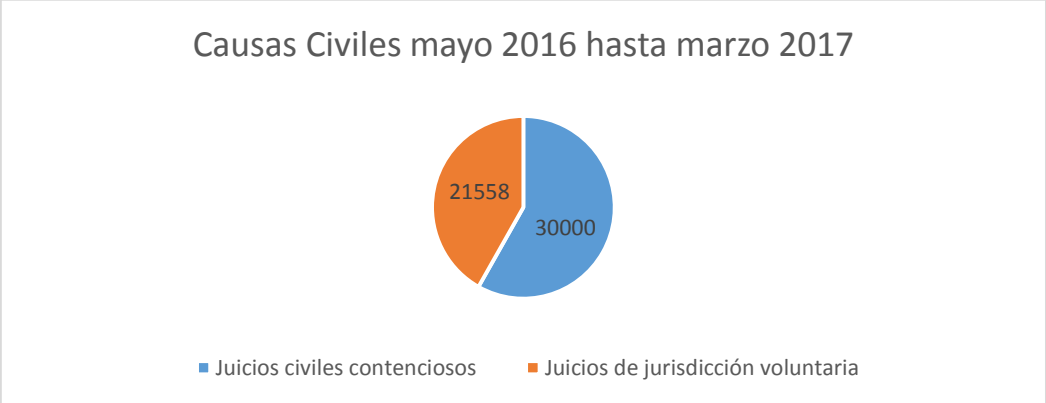
En los gráficos se observa que las causas civiles y las de familia son la de mayor consideración, en el gráfico de causas del 2017[93] se examina un incremento en las causas civiles de 4 puntos con relación al gráfico de causas del 2016. Se infiere que el número de causas civiles va en aumento, lo que corrobora la tesis de que existen demasiadas causas civiles que congestionan el sistema judicial. Esto puede ser remediado transfiriendo los procedimientos de jurisdicción voluntaria al Notario.

[93]. Gráfico tipo de causas 2016, proporcionado por el Consejo de la Judicatura, Departamento de Estudios Jurimétricos y Estadísticas.

A continuación se muestra el gráfico de cuántos trámites de jurisdicción voluntaria han sido resueltos desde el 23 de mayo al 6 de marzo del 2017.[94]



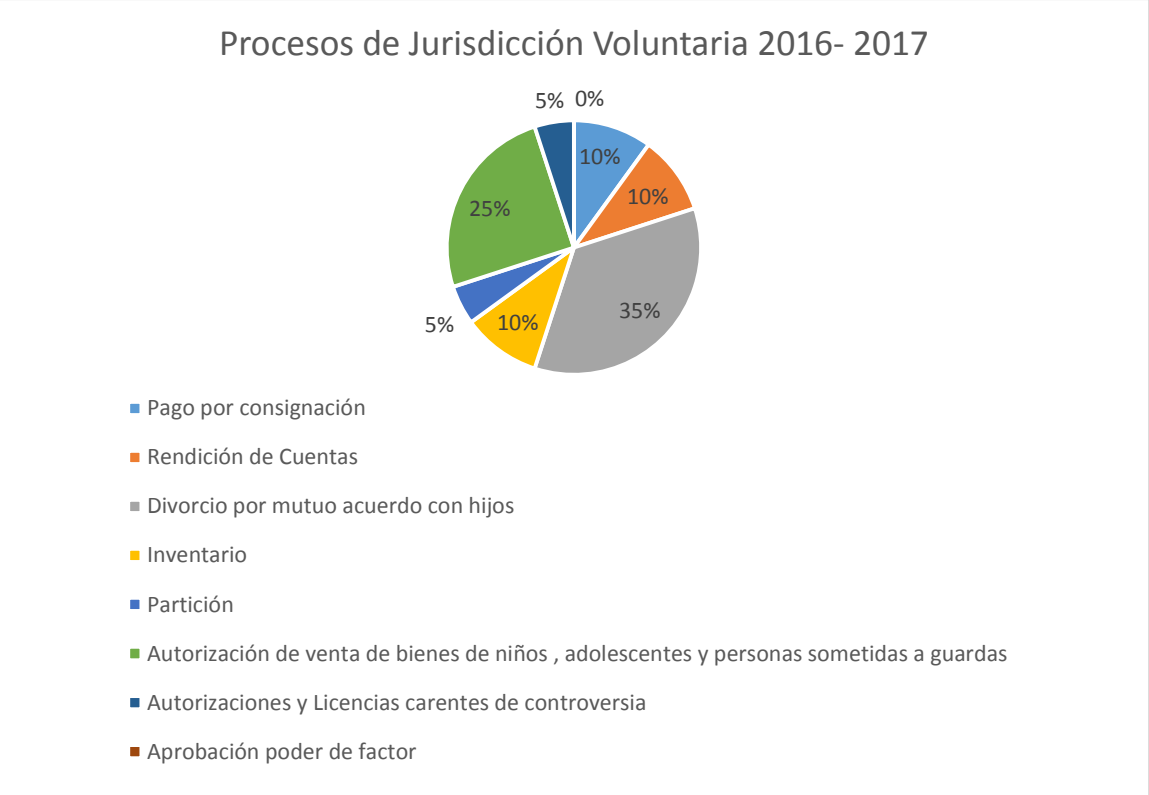
En el gráfico se muestra la cantidad ascendiente de juicios de jurisdicción voluntaria que se han tramitado desde que el Código Orgánico General de Procesos entró en vigencia el 23 de mayo de 2016. En total han sido tramitadas 21.558 causas. Este hecho demuestra que pese a que se transfirieron 23 trámites de jurisdicción voluntaria al Notario, existen demasiadas causas en los despachos judiciales, como consecuencia, el desempeño de los Jueces se ve limitado por el exceso de trabajo. Cabe señalar que se debió otorgar toda la competencia al Notario para que sea él quien sustancie todos los actos no contenciosos entre ellos: el trámite de aprobación del poder de factor. Por otra parte, el siguiente gráfico muestra el número de causas civiles contenciosas y las de jurisdicción voluntaria.[95]



94. Gráfico número de procesos de jurisdicción voluntaria 2016-2017, proporcionado por el Consejo de la Judicatura, Departamento de Estudios Jurimétricos y Estadísticas
95. Gráfico número de procesos civiles contenciosos y de jurisdicción voluntaria 2016-2017, proporcionado por el Consejo de la Judicatura, Departamento de Estudios Jurimétricos y Estadísticas

En el gráfico de causas civiles se contempla que el 40% de causas civiles que se ingresan, son procesos de jurisdicción voluntaria, es decir que se puede descongestionar los despachos judiciales civiles si se faculta al Notario a conocer este tipo de actos.

Se observa en el gráfico que existe una gran cantidad de procesos voluntarios que se tramitan en la actualidad vía despachos judiciales, confirmando la aseveración que los procesos de jurisdicción voluntaria en la práctica judicial, implican un desmesurado tiempo de tramitación por la cantidad de juicios que deben conocer los Jueces. Por esta razón se debe seguir con la política legislativa de desjudicializar los procesos de jurisdicción voluntaria. En definitiva se consolida la hipótesis de esta investigación: es factible transferir la competencia de aprobación de poder de factor al Notario. A continuación gráfico del tipo de procesos de jurisdicción voluntaria que se han sustanciado por vía judicial desde mayo 2016 hasta mayo del 2017.[96]



96. Gráfico tipo de procesos de jurisdicción voluntaria 2016-2017, proporcionado por el Consejo de la Judicatura, Departamento de Estudios Jurimétricos y Estadísticas.

Por otra parte, en el gráfico que examina el tipo de procedimientos voluntarios que se han registrados, se observa que no existe ningún trámite de aprobación de poder de factor lo que confirma la apreciación del presidente del Colegio de Notarios de Pichincha Dr. Homero López Obando, quien ha mencionado que los actos de aprobación de poder de factor no se encuentran estipulados dentro del artículo 334 del Código Orgánico General de Procesos, de manera que no han sido sustanciados por esta vía, y en la práctica judicial existe una ambigüedad por parte de los Notarios quienes aprueban el acto encauzándolo en la atribución 18 numeral 29 de la Ley Notarial, y por su lado quienes consideran que no hay posibilidad alguna de hacer interpretativo el mencionado artículo.

Finalmente, aunque este trabajo investigativo tiene como propósito el de proporcionar a las empresas de un procedimiento ágil y sencillo que disminuya la temporalidad para la aprobación del poder de factor, ha descubierto que este tipo de actos carecen de un procedimiento expresamente establecido debido a la taxatividad del artículo 334 del COGEP.

CAPITULO V

4.1 CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El mandato general de administración o poder de factor es un figura jurídica del derecho mercantil, que es implementada por los representantes legales o gerentes generales de las compañías, con el objeto de encargar la administración a un tercero, que será el apoderado de esa compañía por todo el tiempo que se le haya facultado en el mandato. Esta figura mercantil es de suma importancia para las compañías extranjeras así como las nacionales que necesitan que otra persona ejerza la administración dentro del territorio nacional o en el exterior. El objeto de esta figura es contribuir al desarrollo empresarial porque permite que la empresa pueda operar en distintos lugares, sin la necesidad de que el mismo representante legal o gerente general administre todas las sucursales de dicha empresa porque: primero es físicamente imposible, y segundo es una pérdida de recursos humanos y económicos para la empresa. Por esta razón es importante que la aprobación del poder de factor se realice con la mayor prontitud posible.

Por otra parte, los actos mercantiles presentan formalidades que ha estipulado el Código de Comercio para dotar de mayor seguridad jurídica al comerciante y a las personas que contratan con el mismo. Esta seguridad es necesaria por el objeto de las relaciones mercantiles que son: el lucro, el intercambio y la masividad del acto. Para poder satisfacer las necesidades iusprivatistas y dotar al tráfico mercantil de confianza y seguridad jurídica, se necesitan que varios de estos actos sean aprobados con la intervención del Juez quien por su función, es el principal garante de la seguridad jurídica. Sin embargo, estas formalidades en el contexto actual han congestionado al sistema judicial con trámites administrativos carentes de litigio. El legislador ha dado soluciones parciales en los últimos años transfiriendo los trámites de jurisdicción voluntaria al Notario, esta política de desjudicialización ha sido de gran beneficio tanto para el Juez como para el Notario.

Con respecto a esto, se ha beneficiado el Juez porque su papel se ha concentrado en resolver asuntos litigiosos dejando los asuntos administrativos al Notario. Por otro lado, el Notario se ha favorecido con las reformas porque se ha reconocido por primera vez el papel importante que desempeña este funcionario dentro del estado de derecho, el cual es dotar al sistema de seguridad jurídica preventiva.

En otras palabras, con la función notarial se asesora a los usuarios de las consecuencias jurídicas al celebrar cierto acto u contrato, con esto se evita la controversia entre las partes por la ignorancia jurídica; este mecanismo es una alternativa de solución a futuros problemas jurídicos.

En lo que respecta a la naturaleza de la jurisdicción voluntaria, se ha demostrado en la presente investigación que la misma es de naturaleza administrativa, que la concepción clásica de manifestar que los actos de jurisdicción voluntaria son de naturaleza jurisdiccional es errada, porque carece de argumento histórico, jurídico, doctrinal y jurisprudencial. Es momento de que el legislador ecuatoriano y los defensores de la supremacía del papel del magistrado, tomen en consideración los nuevos planteamientos doctrinales y jurisprudenciales y entiendan que la jurisdicción voluntaria es una función anómala que desempeñan los Jueces en la actualidad, puesto que su verdadero rol es dirimir asuntos de jurisdiccion contenciosa.

Es así que no le compete resolver al Juez asuntos administrativos como son: reconocimiento de derechos, autenticidad de actos. En definitiva el poder de factor que es un acto donde se requiere la autenticidad y control de legalidad se debe transferir al Notario.

En cuanto, a la actividad que desempeña el Notario, se debe manifestar que éste es el garante de la seguridad jurídica preventiva, de las relaciones iusprivatistas. Como garante del sistema del Estado de Derecho, se le ha otorgado la competencia notarial y la fe pública. Estas dos competencias amplísimas han sido desempeñadas de la mejor manera por el Notario, como consecuencia se le ha atribuido al Notario el prestigio del que goza el mismo Juez, esto significa que las personas confían en la actividad que desempeña este funcionario. En resumen el Notario puede ejercer todo acto de jurisdicción voluntaria que implique control de legalidad, autenticidad y reconocimiento de derechos o hechos porque está dentro de los límites de la función notarial.

Finalmente, este panorama se trazó con las normas del Código de Procedimiento Civil, que estipulaban el desarrollo del trámite por vía Judicial. Con la expedición del Código Orgánico General de procesos se configuró un nuevo panorama con normas diferentes a las establecidas por el anterior Código Adjetivo Civil. Con la presente investigación se descubrió que los actos no contenciosos son tramitados vía juicio de procedimiento voluntario, sin embargo la aprobación de poder de factor tema que interesa a esta tesis carece de sustanciación, porque los Jueces de lo Civil han considerado al artículo 334 del Código Orgánico General de Procesos como un enunciado taxativo, es decir, solo pueden tramitarse los actos estipulados dentro de este artículo, como consecuencia no existe declaración expresa de ley para aprobar el poder de factor. Por lo tanto, la hipótesis de transferir la competencia para la aprobación del poder de factor del Juez de lo Civil al Notario se vuelve indispensable, no solo para eliminar el exceso de tiempo que suponía la aprobación de este acto por vía judicial, sino para dotar de seguridad jurídica a un proceso que en la práctica judicial es ambiguo y se lo resuelve por vía notarial a través de interpretación del artículo 18 numeral 29 de la Ley Notarial.

Esta práctica es muy discutida por los Notarios porque dentro de las atribuciones que la Constitución y las leyes han facultado al Notario no existe atribución expresa que faculte a este funcionario a dar control de legalidad y autenticidad de poderes de factor. Además el Registro Mercantil órgano cuya función es registrar este tipo de actos mantiene el criterio de que es el Juez quien está facultado a dar control de legalidad y autenticidad a los poderes de factor. Sin embargo varios Notarios han interpretado el artículo 18 numeral 29 de la Ley Notarial con la finalidad de dar una vía legal para sustanciar este acto. Más allá de la ambigüedad que genere este proceso, este proyecto de investigación concuerda con que el Notario debe aprobar el poder de factor porque es él quien otorga al sistema de seguridad jurídica preventiva, control de legalidad y dota de fe pública a los procesos de jurisdicción voluntaria; equiparando su función a la del Magistrado. Por todo lo anterior se concluye que el Notario es el funcionario con mayor aptitud legal y funcional de acuerdo a la actividad que desarrolla para conocer la autenticidad del poder de factor así como dar control de legalidad a este acto, por esto es factible que se le transfiera la competencia para la aprobación de esta acto. Con la presente investigación se plantea que sea el Notario quien concentre las 3 etapas del poder de factor: el otorgamiento, la aprobación y la revocatoria del mismo, a sabiendas de que dos de estas tres actividades ya se facultaron al Notario en reformas anteriores.

Por otro lado, es esencial dar una vía legal a la sustanciación de la aprobación del poder de factor donde no exista discusión alguna por parte de los Notarios de si están facultados a interpretar el artículo 18 numeral 29, sino que exista un criterio unánime que dote de seguridad y certeza jurídica al peticionario para que pueda realizar en cualquier notaria este tipo de acto, sin que exista la incertidumbre jurídica de quien es el competente para tramitar este acto. En definitiva, se sugiere que se reforme el artículo 18 de la Ley Notarial y se incluya dentro de las competencias notariales la de aprobación del poder de factor, con la intención de que sea el Notario quien otorgue la escritura de poder, apruebe la calificación del documento de control de legalidad; y, conozca la revocatoria del poder de factor. Así mismo se plantea que la regla relativa a la aprobación de poder de factor estipulada en el artículo 120 del Código de Comercio se reforme “el poder será registrado y publicado en la forma prescrita en la Sección I del Título I del Libro Primero” por “el poder será registrado y publicado por el Notario Público”.

Además que se modifique el artículo 32 de la Ley de Registro, que se reforme "los instrumentos otorgados en naciones extranjeras no se podrán inscribir sin previa providencia judicial que califique la legalidad de su forma y su autenticidad" por "los instrumentos otorgados en naciones extranjeras no se inscribirán sin previa autorización del Notario público que califique la legalidad de su forma y su autenticidad". Las reformas deberán ser realizadas por los legisladores ecuatorianos. Dichas reformas se recomienda se las realicen con la mayor prontitud posible, para evitar que exista incertidumbre jurídica por la ambigüedad con la que se está aprobando este acto. Los beneficiados serán las empresas nacionales y extranjeras que operan dentro del territorio ecuatoriano.

BIBLIOGRAFÍA

Adrados, R. (2007). El principio de profesionalidad. El Notario del Siglo XXI.

Alessandri, A. (1976). Fuente de las obligaciones del Derecho Civil tomo I. Chile: Altura Andrómeda.

Alfonso, B. (1997). La función notarial como factor. Revista Jurídica del Notariado, 431-467.

Alfonso, M. F. (2009). La copia notarial electrónica. Madrid: Academia Matritense del Notariado.

Amelloti, M. (1990). Negocio, documento y notario en la evolución del Derecho Romano. Madrid: Academia Matritense del Notariado.

Anaya, C. (1984). El Notariado y los fines del Derecho. Conferencia Academia Sevillana del Notariado (págs. 9-40). Madrid: Edersa.

Apoderado General o Factor, Gaceta Judicial 3 Serie 12 (Corte Superior Primera Sala de lo Laboral 7 de Junio de 1973).

Arguello. (1994). Manual del Derecho Romano. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.

Arguello, L. R. (1988). Manual de Derecho Romano. Buenos Aires: Astrea.

Arias, L. (2014). El Principio de Colaboración Armónica, Ópticas, Problemática y Posibles. Bogotá: Universidad Colegio Mayor De Nuestra Señora Del Rosario.

Arnau, G. (1964). Derecho Notarial Español. Pamplona: Universidad de Navarra.

Arregui, T. (26 de julio de 2009). Archivo de Revocación de Poderes. Obtenido de El notario del siglo XXI: elnotario.es

Atienza. (2008). Introducción al Derecho. Fontamara S.A.

Bartelotti, W. B. (17 de Julio de 2013). El juicio verbal sumario. Obtenido de Derecho Ecuador: http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/procedimientocivil/2005/11/24/el-juicio-verbal-sumario

Berdejo, P. (1951). Naturaleza Jurídica de la Comisión. Revista de Derecho Privado, 919.

Blanco, M. (2007). Escritos Jurídicos Tomo I. Madrid: Consejo Nacional del Notariado.

Bobbio, N. (1995). El problema del positivismo jurídico. México: Fontamara S.A.

Branover, D. S. (2009). El mandato civil. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Braschi, R. (2012). Manual del Derecho Notarial Español. Madrid.

Bujan, F. d. (2007). Notariado y Jurisdicción Voluntaria. Revista General del Derecho Romano, 5-10.

Buján, F. F. (1994). Notas acerca del origen del contrato de mandato y relación con la procuración judicial en el derecho romano. Boletín de la Faculta de Derecho, 427.

Burniol, L. (2011). Costumbre Jurídicas. Madrid: DYKINSON.

Busto, L. A. (2014). La Función Notarial. España: Universidad de Salamanca.

Cabanellas, G. (1979). Diccionario Enciclopédico de derecho usual. Argentina: Heliasta.

Cacho, M. d. (1989). Seguridad Jurídica y Sistema Cautelar. Barcelona: Bosch.

Calamandrei. (1962). Instituciones del Derecho Procesal Civil según el nuevo código vol. I. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América.

Calamandrei, P. (1943). Instituciones del Derecho Procesal Civil. Bogotá: Leyes S.A.

Calamandrei, P. (1962). Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo código Volumen I. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América.

Capitant, C. y. (1992). Curso de derecho civil. Madrid.

Carmona, M. (1996). Consideraciones sobre el concepto de documentos privado. Madrid: Universidad Complutense.

Castaño, C. (2012). Futuro de la seguridad jurídica. Madrid: La notaría.

Castillo, B. P. (2003). Representación, poder y mandato. México: Porrúa.

Castillo, P. F. (2001). El arbitraje Internacional. Colegio de Notarios de México.

Castro-Ferrándiz, P. (1986). Derecho concursal, procedimientos sucesorios, jurisdicción voluntaria, medidas cautelares. Madrid: Tecno.

Chávez Pérez, J. (2009). Manual de contratos y formatos laborales. México: Tax Editores.

Chiovenda, G. (1992). Principios del Derecho Procesal Civil Tomo I. Madrid: Reus.

Clares, T. (2011). Temas del Derecho Notarial. 2011: Academia granadina del Notariado.

Confianza y fidelidad son elementos subjetivos del mandato, 2003867. I.3o.C.97 C (Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito Junio de 2013).

Copete Delgadillo, M. C. (1983). El contrato de comisión. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

Couture, E. (1976). Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Buenos Aires: De Palma.

Coviello, N. (1938). Curso de Derecho Civil. México: Uteha.

Delgado, G. (1998). Derecho Procesal Civil tomo II, procesos especiales y jurisdicción voluntaria. Madrid: Civitas.

Demolombe. (1854). Cours de Code Napoleón. Paris.

D'Ors. (1986). Derecho Privado Romano. Pamplona: Universidad de Navarra.

Drucker, P. F. (1979). La Gerencia de Empresas. Barcelona: Edhasa.

Echandía, D. (1978). Compendio de Derecho Procesal. Bogotá: ABC.

Egea, M. Á. (2015). La Jurisdicción Voluntaria Notarial. Donostia- San Sebastián: Universidad del País Vasco.

Enherenberg. (2003). Seguridad Jurídica y Seguridad de Tráfico. Madrid: Registradores de la Propiedad y Mercantil.

Enrique, P. (s.f.). Manual de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Eugenio, L. P. (2002). Orientaciones sobre el concepto y el método del derecho civil. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

Falconí, J. G. (2014). Las diligencias Previas, Preliminares o Preparatorias. Derecho Ecuador, 10.

Fernández Rozas, J. C. (2005). El Código de Napoleón y su influencia en América Latina. Venezuela: Publicaciones del Vicerrectorado Académico, Mérida.

Fernández, G. (1869). Los códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español, tratado de obligaciones. Madrid: Madrid.

Gómez, L. (1989). Propiedad Privada del Suelo y Derecho a Edificar. Madrid: Montecorvo.

Gonzalo, S. G. (julio de 2014). La fe pública del notario en la legislación ecuatoriana. Quito, Pichincha, Ecuador.

Granizo, E. P. (2015). Política de justicia y regulación de los procesos no penales. Defensa y Justicia, 4-5.

Guarnieri, Pederzoli. (2012). Los Jueces y la Política: Poder Judicial y Democracia. Taurus.

Guzmán, B. A. (2004). La influencia del código civil francés en las codificaciones americanas. Chile.

Guzmán, V. A. (2012). Justicia. Obtenido de La administración de Justicia en Ecuador 2012: http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4108/1/Aguirre,%20V.-La%20administracion.pdf

Hart. (1961). El Concepto del Derecho. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Heller, H. (1998). Teoría del Estado. México: Fondo Cultural Económica.

Ibarra, M. (2002). El renacimiento medieval de la jurisprudencia romana. México: UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Jañez Barrio, T. (1999). Lógica Jurídica. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.

Jarrín, J. J. (2015). El Código General de Procesos, Cambio de Paradigma. Defensa y Justicia, 9.

Jellinek. (2004). Teoría General del Estado. México: Fondo de Cultura Económica México.

Juárez, P. L. (2012). Algunos actos jurídicos otorgados por conducto de poder. México: SEGOB.

Julbe, B. (1992). Notas en torno al Notariado y la Jurisdicción Voluntaria. Revista Jurídica del Notariado, 9.42.

Jurisdicción Voluntaria, Gaceta Judicial 9 de 05-oct.-1960 (Corte Suprema de Justicia Sala de lo Civil y Mercantil 1960).

Kawabil Ixquiac, A. (2008). La función notarial y el instrumento público protocolar, frente al desarrollo tecnológico informático del documento electrónico. Guatemala.

Kelsen, H. (1993). Qué es la Justicia. España: Planeta.

Lacantinerie, B. (1905). Traité de droit civil. Paris: Larose et Tenin.

Lafuente, M. A. (1992). Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Revista Jurídica del Notariado, 40-50.

Legislativa, C. (s.f.). La Jurisdicción Voluntaria (Jurisprudencia)

Leiñena, E. (2008). El régimen jurídico unificado de la comisión mercantil y el mandatio... Madrid: Dykinson.

Lemos, K. E. (diciembre de 2012). Análisis del sistema de justicia en ecuador como servicio público. Quito.

Lenel. (1980). El mandato retribuido. Revista de Derecho Privado, 10-12.

Levy, E. (1951). West-ostilches Vulgarrecht und Justinian . Kan: Savigny Zeitschrift.

Liborbio, H. (2001). Estado de Derecho, Problemas Actuales. México: Fontamara S.A.

Lopez Obando, H. (2009). Los actos de jurisdicción voluntaria ejercidos por los jueces y notarios. Quito.

Luhman, N. (2009). La teoría de los sistemas sociales. País Vasco.

Lupercio, C. P. (2007). La procuración judicial en el sistema procesal ecuatoriano. Cuenca: Universidad de Cuenca.

Madrid, P. d. (2006). Introducción al Derecho Notarial. Granada: Comares.

Maldonado, A. (1947). Derecho Procesal Civil. México: Edición Antigua Librería.

Martínez, A. P. (1999). Derecho Procesal. Revista de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 173-176.

Martínez, C.-G. (2006). Ponencias presentada por el Notariado Latino. Ponencias presentadas por el Notariado Español. República Dominicana.

Martínez, M. B. (2002). Representación, poder y mandato. México: Porrúa.

Medidas en Materia de Descongestión Judicial, Sentencia C-863/12 (Corte Constitucional Colombiana 25 de octubre de 2012).

Medidas en Materia de Descongestión Judicial, C-863/12 (Corte Constitucional Colombia 2010).

Meléndez, Q. (1984). De la representación en los actos procesales. Santiago de Chile: Editar Editores.

Mercantil, R. (s.f.). Registro Mercantil. Obtenido de Registro Mercantil: http://registromercantil.gob.ec/tr%C3%A1mites-frecuentes-rm/89-inscripciones/391-poderes.html

Messineo. (s.f.). Manual de Derecho Civil.

Micheli. (1970). Derecho Procesal Civil, Tomo IV. Buenos Aires: Ediciones jurídica Europa-América.

Monroe, G. (2010). El conocimiento científico.

Monroy, J. (1998). Introducción al Proceso Civil. Bogotá: Nomos.

Mora, R. (1981). Comisión Mercantil. Barcelona: Nueva Enciclopedia Jurídica SEIX.

Morales, F. (1994). El notariado su evolución y sus principios rectores. México: Asociación Nacional del Notariado Mexicano.

Nosete, J. A. (1990). La Jurisdicción Voluntaria II Derecho Procesal Tomo I. Valencia: Tirant lo Blanch.

Obaldía, C. C. (2004). El ejercicio de la función notarial y el desempeño de cargos públicos. Revista del Servicio Civil, 124-127.

Orbaneja, G. (1979). Derecho Procesal Civil Volumen Primero. Madrid: Artes Gráficas y Ediciones.

Ortiz, L. (22 de junio de 2005). Principales Novedades a la Ley 17/2015 de Jurisdicción Voluntaria. Obtenido de www.legaltoday.com

Ortiz, L. (22 de Junio de 2015). Principales Novedades de la Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria. Obtenido de www.legaltoday.com

Otero, R. (2005). Cuestiones del derecho inmobiliario. Madrid: DIJUSA.

Otorlan. (1869). Historia de la Legislación Romana. Madrid: Don Leocadio López.

Pacheco Lupercio, C. (2007). La procuración judicial en el sistema procesal civil ecuatoriano. Cuenca: Universidad de Cuenca.

Palacio, E. (2004). Manual de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Palomino, N. (2008). La responsabilidad civil del Notario. Colegio de Notarial de Madrid.

Peña Nossa, L. (2003). Negocios del empresario. Bogotá: Eco Ediciones.

Pérez Martin, A. (1994). Anales del Derecho. Murcia: Universidad de Murcia.

Pérez Vives, Á. (1975). Comentarios a Código de Comercio Volumen I. Bogotá: 239.

Pérez, A. C. (1971). El principio de Economía Procesal en lo Contencioso Administrativo. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas.

Peruzzotti, E. (2002). Estado de Derecho: concepto fundamentos y democratización en América Latina. México: Siglo Veintiuno.

Picazo, D. (2012). Derecho Procesal Civil El proceso de Declaración. Madrid: 229.

Povedas, C. (1946). Función Notarial elaboración notarial del derecho. Madrid: Reus.

Prado. (2010). El gran problema de Ecuador. IDE Bussines School, 8.

Prado, J. J. (2019). Desde lo estructural a lo coyuntural, revisaremos por qué el. IDE Bussines School, 8.

Presunción del mandato remunerado, 6550-2007 (Primera Sala de la Corte Suprema Chile 24 de Noviembre de 2008).

Prieto, B. (01 de Enero de 2009). La división de poderes en las transformaciones del Derecho. Obtenido de Noticias Jurídicas: http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4422-la-division-de-poderes-en-las-transformaciones-del-estado-de-derecho-y-ii/

Radbruch. (1933). Filosofía del Derecho. Madrid: Derecho Privado Madrid.

Ramos, G. A. (2015). CONSIDERACIONES JURÍDICAS SOBRE LA RELACIÓN ABOGADO-CLIENTE. Revista Científica Multidisciplinaria, 3-4.

Registro Mercantil. (s.f.). Obtenido de Registro Mercantil Web Site: http://registromercantil.gob.ec/tr%C3%A1mites-frecuentes-rm/89-inscripciones/391-poderes.html

Rodriguez, E. A. (2003). Los principios generales del Derecho. Santiago de Chile: Universidad Católica de Chile.

Ruiz, A. (1965). Mandato in diritto romano Corso di Lezioni svolto. Napoli: Editrice Dott Eugenio Jovene.

Sacristán, J. M. (2005). Notas sobre la continuidad histórica de la expresión jurisdicción voluntaria. Coruña: Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña.

Sánches, G. (1981). Libros de los fueros de Castiella. Barcelona: Barcelona.

Sánchez, G. (2008). Notario de la Legalidad. Revista el Notariado del Siglo XXI.

Santoja, S. (2007). El Notariado Español en los Siglos XII y XIV. Madrid: Colegios Notariales de España.

Santos, A. d. (2002). Derecho Procesal Civil. Madrid: Centro de Estudios de Ramón Areces.

Sarmiento, R. E. (2009). Derecho Procesal Civil Práctico Tomo I. Guayaquil: Edilex S.A.

Schelsinger Velez, J. (1982). El contrato de agencia comercial. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

Seguridad Jurídica, 0849-13-EP (Corte Constitucional del Ecuador 04 de febrero de 2015).

Siches, R. (1946). Filosofía del Derecho. México: Uteha.

Telégrafo, E. (08 de Mayo de 2015). Los notarios tendrán 31 nuevas competencias exclusivas. Obtenido de El Telégrafo: http://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/judicial/13/los-notarios-tendran-31-nuevas-competencias-exclusivas

Teresa, C. y. (2005). Derecho notarial y derecho registral. México: Porrúa.

Tobeñas, C. (1946). Función Notarial y elaboración notarial del derecho. Madrid: Reus.

Torre, G. C. (s.f.). Diccionario Jurídico Elemental.

Ubidia, S. A. (Abril de 2008). Reforma Judicial y Transformación de la Justicia en el Ecuador de 2008. Obtenido de http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/4_La_transformacion_de_la_justicia.pdf

Uría/Menéndez. (1999). Curso de Derecho Mercantil. Madrid.

Valencia, Z. y. (1981). Contratos Civiles. México: Porrúa.

Valentin, O. y. (1933). Sistema de Función Notarial. Barcelona: Artes Gráficas N. Poncell.

Vieira, A. (2002). Comentario al Fuero Nuevo Compilación del Derecho civil foral de Navarra. Navarra: Arazandi.

Vigo, D. (2008). Presente y Fututo de la Jurisdicción Voluntaria. Revista AEU, 1-9.

Villegas, E. G. (2006). La Función Notarial. Argentina.

Weber, A. (1992). Historia de la Cultura. México: Fondo de Cultura Económica.

Welsh, V. (1951). El Derecho Notarial a la luz de la teoría ecológica. Revista Internacional del Notariado, 199-240.

Zamorategui, F. B. (2010). El Poder y El Mandato. Obtenido de http://v880.derecho.unam.mx/DUAD/boletin/pdf/_09-2/Representacion.pdf

PARA GRADOS DE ABOGADOS (TERCER NIVEL)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

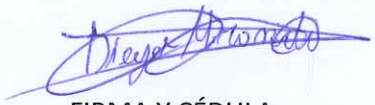
DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, Diego Sebastián Miranda Naranjo, CI. 1720726981 autor del trabajo de graduación intitulado TRANSFERENCIA DE LA COMPETENCIA DEL JUEZ CIVIL AL NOTARIO PARA LA APROBACIÓN DEL MANDATO GENERAL DE ADMINISTRACIÓN O PODER DE FACTOR, previa a la obtención del grado académico de **ABOGADO** en la facultad de **JURISPRUDENCIA:**

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el artículo 14 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENECYT en forma digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2. Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través del sitio web de la Biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de Universidad.

Quito, septiembre 06 de 2017



FIRMA Y CÉDULA

172072 6981

REPÚBLICA DEL ECUADOR
DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTRO CIVIL, IDENTIFICACIÓN Y CEDULACIÓN



CÉDULA DE CIUDADANÍA No. 172072698-1

APELLIDOS Y NOMBRES
MIRANDA NARANJO
DIEGO SEBASTIAN

LUGAR DE NACIMIENTO
PICHINCHA
QUITO
SANTA PRISCA

FECHA DE NACIMIENTO 1994-02-19
NACIONALIDAD ECUATORIANA
SEXO HOMBRE
ESTADO CIVIL SOLTERO

IGM 16 09 615 12

INSTRUCCIÓN
SUPERIOR

PROFESIÓN / OCUPACIÓN
ESTUDIANTE

V4344V2224

APELLIDOS Y NOMBRES DEL PADRE
MIRANDA PEÑAFIEL LUIS GERMAN

APELLIDOS Y NOMBRES DE LA MADRE
NARANJO GUZMAN HILDA AZUCENA

LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN
QUITO
2017-01-06

FECHA DE EXPIRACIÓN
2027-01-06

000520129

DIRECTOR GENERAL

FIRMA DEL CEDULADO

CERTIFICADO DE VOTACIÓN
ELECCIONES GENERALES 2017
2 DE ABRIL 2017

CNE
CONSEJO NACIONAL ELECTORAL

REPÚBLICA DEL ECUADOR

019
JUNTA No

019 - 181
NÚMERO

1720726981
CÉDULA

MIRANDA NARANJO DIEGO SEBASTIAN
APELLIDOS Y NOMBRES



PICHINCHA
PROVINCIA

CIRCUNSCRIPCIÓN: 1

QUITO
CANTÓN

ZONA: 2

MARISCAL SUCRE
PARROQUIA

CNE
CONSEJO NACIONAL ELECTORAL

ECUADOR ELIGE CON TRANSPARENCIA

ELECCIONES 2017
GARANTIZAMOS TU DECISIÓN

CIUDADANA (O):

ESTE DOCUMENTO ACREDITA QUE USTED SUFRAGÓ EN LAS ELECCIONES GENERALES 2017

ESTE CERTIFICADO SIRVE PARA TODOS LOS TRÁMITES PÚBLICOS Y PRIVADOS

F.) PRESIDENTA/E DE LA JRV

IMP.IGM.MJ