

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

MAESTRÍA EN DERECHO NOTARIAL Y REGISTRAL IV PROMOCIÓN

TRABAJO DE TITULACIÓN EXAMEN COMPLEXIVO PARA LA
OBTENCIÓN DEL GRADO DE MAGÍSTER EN DERECHO NOTARIAL Y
REGISTRAL

TEMA:

EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL NOTARIADO EN EL ECUADOR, DESDE LA
PERSPECTIVA DEL FUNCIONARIO PÚBLICO

AUTORA:

DRA. MARÍA ISABEL NUQUES MARTÍNEZ

MAYO - 2018

GUAYAQUIL – ECUADOR



UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO NOTARIAL Y REGISTRAL
IV PROMOCIÓN

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo fue realizado en su totalidad por la **Dra. María Isabel Nuques Martínez**, como requerimiento parcial para la obtención del Grado Académico de **Magister en Derecho Notarial y Registral**.

REVISORES

Ab. María José Blum M.

Revisora de Contenido

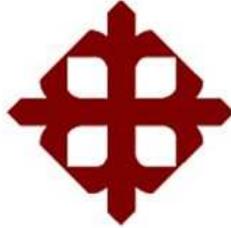
Dr. Francisco Obando F.

Revisor Metodológico

DIRECTOR DEL PROGRAMA

Dra. Teresa Nuques Martínez

Guayaquil, a los 28 días del mes de mayo del año 2018



**UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO NOTARIAL Y REGISTRAL**

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, . Dra. María Isabel Nuques Martínez

DECLARO QUE:

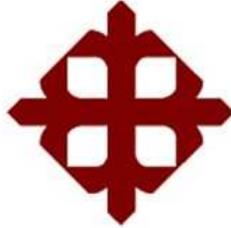
El examen complejo **“EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL NOTARIADO EN EL ECUADOR, DESDE LA PERSPECTIVA DEL FUNCIONARIO PÚBLICO”**, previo a la obtención del Grado Académico de **Magister en Derecho Notarial y Registral**, ha sido desarrollado en base a una investigación exhaustiva, respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan al pie de las páginas correspondientes, cuyas fuentes se incorporan en la bibliografía. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance científico del proyecto de investigación del Grado Académico en mención.

Guayaquil, a los 28 días del mes de mayo del año 2018

EL AUTOR

Dra. María Isabel Nuques Martínez



**UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO NOTARIAL Y REGISTRAL
AUTORIZACIÓN**

Yo, Dra. María Isabel Nuques Martínez

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, la **publicación** en la biblioteca de la institución del examen complejo **“EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL NOTARIADO EN EL ECUADOR, DESDE LA PERSPECTIVA DEL FUNCIONARIO PÚBLICO”** cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 28 días del mes de mayo del año 2018

EL AUTOR

Dra. María Isabel Nuques Martínez

INDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN.....	2
EL PROBLEMA.....	2
1.1 OBJETIVOS	3
1.1.1 OBJETIVO GENERAL.....	3
1.1.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	3
1.2 BREVE DESCRIPCIÓN CONCEPTUAL.....	3
CAPÍTULO II DESARROLLO	5
2.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	5
2.1.1 Antecedentes.-	5
2.1.2 Descripción del objeto de Investigación.-	7
2.1.3 Preguntas de investigación y variables.- Pregunta Principal.-	8
Variables e Indicadores.-.....	8
Variable Única	8
Indicadores de la Variable Única	8
2.2 FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA	9
2.2.1 ANTECEDENTES DE ESTUDIO.-.....	9
2.2.1 BASES TEÓRICAS.....	14
2.2.1.1 APROXIMACIÓN A LA INSTITUCIÓN DEL NOTARIADO	14
2.2.1.1.1 Finalidad de la institución.-	14
2.2.1.1.1.1 Breve reseña histórica.-	19
2.2.2.3 SISTEMAS NOTARIALES.-	26
2.2.2.3.2 SISTEMA NOTARIAL ANGLOSAJÓN	26
2.2.2.3.3 SISTEMA NOTARIAL LATINO	29
2.2.2.4 LA FE PÚBLICA NOTARIAL	33
2.2.2.4.1 FUNCIÓN PÚBLICA NOTARIAL	37
2.2.2.4.2 NATURALEZA JURÍDICA DEL NOTARIO.....	42
2.2.2.4.2.1 Algunos aspectos Del funcionario público	42
2.2.2.4.3 El notario como funcionario público.....	43
2.3 METODOLOGÍA.....	55
2.3.2 POBLACIÓN.-.....	56
2.3.3 MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN.-	57

CAPÍTULO III CONCLUSIONES.....	60
3.1. RESPUESTAS.-	60
3.1 CONCLUSIONES.-	111
3.2 RECOMENDACIONES.-.....	113
BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES NORMATIVAS BIBLIOGRAFÍA.- .	115
Fuentes Electrónicas.-.....	120

INTRODUCCIÓN

EL PROBLEMA

La Constitución de la República del Ecuador, vigente desde octubre del año 2008, sin definirlo en forma expresa, contiene una serie de disposiciones que permiten concluir que el notario es un funcionario público, al incorporarlo como un órgano auxiliar de la Función Judicial, y al definir la Administración Pública. Sin embargo, existen algunos elementos que no permiten configurarlo al notariado, y su representante el notario con tal calidad, la existencia de un régimen de responsabilidades y patrimonial propio, diferente al del funcionario público permiten generar inquietudes respecto de lo anteriormente expuesto. Abonan a la concepción constitucional el régimen de tasas notariales y la calificación del servicio notarial como un servicio a la comunidad, que aborda ya al servicio público. Esta definición y concreción resulta trascendente de cara a la naturaleza de la actividad desarrollada, y de cara a las responsabilidades y régimen de sanciones aplicables; así como a la esencia del acto notarial.

El Consejo de la Judicatura, mediante normativa de inferior jerarquía, ha desarrollado una serie de normas – mediante resoluciones e incluso únicamente mediante circulares – que han ido cercando el tema, de tal forma que el tratamiento que recibe el notario en el Ecuador es de un funcionario público. El criterio generalizado, por así disponerlo la normativa vigente, es que es un funcionario público, olvidándose de aspectos trascendentes que llevan al análisis respecto de la naturaleza jurídica del titular de esta función, y cuestionar tal calificación.

1.1 OBJETIVOS

1.1.1 OBJETIVO GENERAL

Fundamentar teóricamente el régimen jurídico del notariado en el Ecuador, a partir de la concepción de funcionario público.

1.1.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. Analizar el concepto del funcionario público
2. Revisar el régimen jurídico del notariado en el Ecuador
3. Vincular la concepción del funcionario público y el notariado
4. Analizar doctrinariamente la naturaleza jurídica del notario

1.2 BREVE DESCRIPCIÓN CONCEPTUAL

La Constitución del Ecuador del año 2008 establece que la Función Judicial se compone de órganos jurisdiccionales, órganos administrativos, órganos auxiliares y órganos autónomos. Dentro de los órganos auxiliares, conforme la misma Norma Suprema del Ecuador se encuentra el notariado. La norma antes referida introduce algunas conceptualizaciones importantes en esta materia, la primera de ellas es la calificación de los servicios notariales como servicios públicos, sometiendo a quien ejerce la función notarial al control del Consejo de la Judicatura, máximo órgano a cargo del servicio de administración de justicia en el Ecuador.

Es el Consejo de la Judicatura el que determinará, conforme la Norma Suprema, el número de notarios que habrá en los respectivos cantones, forma en que se ejerce la competencia de estos funcionarios, regulará sobre los concursos de méritos y oposición para acceder a tal función; así como el sistema de remuneraciones y del régimen de personal auxiliar de estos servicios. La Constitución vigente crea un sistema de tasas notariales que deben satisfacer los usuarios, valores comprendidos en el total de valor del servicio notarial, las mismas que serán determinadas por el Consejo de la Judicatura, debiendo ser recaudadas por los notarios, valores que recuperados, ingresan al Presupuesto General del Estado.

Al amparo de este marco conceptual son desarrollados como normas de inferior jerarquía aquellas del ordenamiento jurídico que complementan y desarrollan la Constitución, aunque las normas de estas no requieren de un desarrollo normativo para su completa y correcta aplicación, en este caso se ha desplegado un ordenamiento que hace efectivos los preceptos constitucionales. Dentro de este encontramos al Código Orgánico de la Función Judicial, expedido en el año 2009, el mismo que al reglar a la función judicial, incluye el notariado, por así disponerlo en forma expresa la Norma Suprema; dentro del marco legislativo se encuentra la Ley Notarial, con sus abundantes reformas a partir de la vigencia de la Constitución, incluida la última introducida por el Código Orgánico General de Procesos; finalmente, en esta pirámide normativa se encuentran los reglamentos y resoluciones del Consejo de la Judicatura, para normar la actividad.

Con el desarrollo de esta investigación, se busca identificar si, la estructura normativa creada a partir de la vigencia de la Constitución de la República de 2008, configurando al notario en el Ecuador como un Funcionario Público, resulta adecuada conforme la naturaleza jurídica de la institución, para lo cual se revisará y confrontará normativa de máxima jerarquía como es la Constitución y el ordenamiento jurídico inferior, revisando los criterios de connotados autores de la materia, como son Pérez Gallardo en Cuba, o el español Rodríguez Adrados, en España, quienes han aportado con sus criterios para la elaboración de una importante y consolidada doctrina respecto del notariado; contando como elementos para la revisión y análisis determinados ordenamientos jurídicos como el colombiano y peruano, en comparación con lo que se refiere en el Ecuador.

CAPÍTULO II DESARROLLO

2.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

2.1.1 Antecedentes.-

Para referirse al notario hay que hacer algunas consideraciones que resultan importantes, y que abordan la función que cumple este en las relaciones mercantiles, comerciales privadas. Cuando aparece la propiedad privada, y se comienzan a producir intercambios importantes entre las personas es preciso contar con alguien, un tercero ajeno a los intervinientes en las referidas relaciones, que siendo expresamente calificado, de autenticidad y legalidad a tales relaciones, las mismas que aparecen destinadas a perdurar en el tiempo. Si Juan entregaba por un valor determinado a Lorenzo un bien, reses o cualquier objeto mueble o inmueble, de mediano o mayor valor, dependiendo de la percepción del mismo, entonces es preciso, para seguridad de ambos que esta relación se encuentre debidamente documentada – de allí la importancia del documento como tal -, pero esto no resulta suficiente si se busca autenticidad y legalidad, para poder hacer efectivas las obligaciones que se reconocen, y que estas perduren en el tiempo.

Existe la necesidad entonces de dotar de los elementos antes referidos para poder permitir que el tráfico jurídico se produzca en forma eficiente y con seguridad, es esta necesidad la que lleva a la creación de la figura del notario. El derecho cumple una función primordial brindando a la sociedad, a través de sus regulaciones e instituciones, la seguridad que esta requiere para desarrollarse y tener tranquilidad económica en cuanto a las relaciones que en esta producen. Si el ideal del derecho es la justicia, que más que producir transacciones seguras, que permitan generar la tranquilidad y paz, que el mundo sin conflictos exige que se produzcan.

Las consideraciones antes expuestas, comienza a configurarse desde los albores de la humanidad la existencia de los escribanos, como un antecedente a la figura de lo que actualmente son los notarios, uno de los primeros antecedentes que se tiene de estos es con el convenio suscrito entre Cartago y Roma en el año 509 antes de Cristo, que se señalaba que para operaciones de carácter mercantil en dicha ciudad no podían Suscribirse si no se contaba con la figura de un escribano. Así también encontramos en varios parajes de la Biblia, en la época previa a Cristo, y durante la era cristiana

Aunque la evolución histórica de la institución es importante para comprender su concepción actual, es de destacar que lo que ha caracterizado al notario, a lo largo de la historia, es precisamente el contar con lo que se denomina la fe pública Notarial, en virtud de la cual se alcanza esa autenticidad y legalidad que generan certeza y seguridad que se mencionaba en líneas anteriores; este funcionario la obtiene de la concesión que hace el Estado de esta, que permita dotar de todos estos elementos al funcionario notarial. La fe notarial tiene su origen en la concepción de fe, término que proviene del latín *fides*, que significa todo aquello en lo se cree por parte de una comunidad o de una persona, lo cual no es evidente, ni consta por nuestros sentidos, pero que genera una sensación de certeza o seguridad.

Cómo se indicaba la fe notarial es una concesión que hace el Estado en favor de una persona que ha cumplido con las condiciones y requisitos determinados por este, para que pueda efectivamente dar esa certeza o seguridad de la autenticidad y legalidad de las actuaciones, brindando seguridad jurídica preventiva, función primordial del notario, en las relaciones comerciales y mercantiles privadas a las que se refería en las primeras líneas. Provisto el notario de fe notarial se le ha conferido el ejercicio de una función pública, que concretamente se denomina y delimita en lo que se denomina función pública Notarial; esta concesión o autorización que hace el Estado a favor del notario va a ser determinante para la concepción respecto de su naturaleza jurídica.

En su mayoría, quienes se adscriben en el sistema del notariado latino, en el que se encuentra el Ecuador, el ejercicio de la función pública Notarial conlleva la calificación del notario como un funcionario público, pese a las particularidades y elementos diferenciadores que en muchas ocasiones no permiten conferirle tal calificación. La Constitución de la República del Ecuador aprobada en referéndum y vigente desde el 20 de octubre de 2008, dispone que la Función Judicial comprende órganos administrativos, órganos judiciales, órganos autónomos y órganos auxiliares, como ya expuso dentro de estos últimos se encuentra el Servicio Notarial, lo cual es desplegado por los códigos y leyes de inferior jerarquía; por lo que el notario en el Ecuador es un funcionario público, y dentro de estos un funcionario judicial. Esta investigación pretende analizar a la institución del notariado, comenzando por una revisión histórica de la misma, como ha ido evolucionado y

configurándose su naturaleza jurídica, con la finalidad de determinar si conforme los elementos que le son propios a los notarios, se puede configurar a este como un funcionario público, tema para nada claro y definido por parte de la doctrina y jurisprudencia en países ocupados del quehacer notarial, como son Perú, Colombia o Argentina; para con estos antecedentes, una vez desentrañado la naturaleza de la institución realizar la investigación desde el Ecuador, partiendo desde la norma fundamental ecuatoriana, y revisando las normas de inferior jerarquía de todo rango, para a partir de esto llegar a conclusiones validadas y recomendaciones conforme el resultado de la investigación.

2.1.2 Descripción del objeto de Investigación.-

El objeto de esta investigación es analizar la naturaleza jurídica del notario desde la perspectiva del funcionario público, con el fin de determinar si la actividad se encuadra en esta concepción o cuál debe ser la naturaleza de esta institución. Consecuentemente se propone realizar un análisis profundo del notariado como institución jurídica, así como de la forma como se ejerce la actividad, las normas que la regulan y los desarrollos doctrinarios respecto al notario. A fin de realizar esta investigación será preciso revisar la función que cumplen los notarios en la sociedad, para comprender el sentido y alcance de su actividad.

Así también, se examinarán los sistemas notariales, y concretamente dentro de estos el notariado latino, se examinarán los principios que rigen la actividad, todo esto de cara a configurar la figura del titular de la función notarial, revisando el concepto de fe notarial, fe pública y como esta se manifiesta, como una facultad conferida por el Estado. Finalmente, luego de la comprensión total de la institución del notariado, la función notarial, la fe pública, y demás instituciones afines al tema se podrá arribar a conclusiones que permitan determinar si el notario es o no un funcionario público.

2.1.3 Preguntas de investigación y variables.- Pregunta Principal.-

¿Conforme a la naturaleza jurídica de la institución es el notario un funcionario público?

Variables e Indicadores.-

Variable Única

La naturaleza jurídica del notario como funcionario público.

Indicadores de la Variable Única:

Artículos 177, 178, 199 y 200 de la Constitución de la República.

Artículos 38, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 301A, 302, 303, 304 y 305 Código Orgánico de la Función Judicial.

Artículos 1, 4, 5, 6, 7 y 8 Ley Notarial vigente.

Artículos 1,3,4,5,8,9,10,12,14,15,16,17,18,19,20,21,22,23,24,28 y 29 de la Resolución

del Consejo de la Judicatura: Resolución No. 010 publicada en el Registro Oficial Suplemento No.442 de fecha 21 de febrero de 2015 y sus reformas.

Código Orgánico General de Procesos artículo 301A.

Preguntas complementarias.-

En concordancia con el objeto de investigación, las preguntas complementarias son las siguientes:

1. ¿Qué es lo esencial que determina la naturaleza o la actividad del funcionario público para que el Notariado se encuadre en ellos?
2. ¿Resulta determinante que al ser calificada la actividad notarial como una función pública/ servicio público el notario deba ser un funcionario público?
3. ¿Cuáles son los efectos jurídicos que se producen la calificación del notario como funcionario público?
4. ¿Cuál es la naturaleza de la función notarial, conforme a las posturas desarrolladas por la doctrina?

2.2 FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA

2.2.1 ANTECEDENTES DE ESTUDIO.-

Como se lo analizará más adelante, la figura del notario, es un antigua, de hecho ha existido desde los inicios de la humanidad, cuando se hace una revisión histórica se observa que ya en épocas previas al desarrollo del derecho en Roma se conoció a este funcionario, y que en esta ciudad se desarrollaron diferentes fórmula de notariado. La razón de ser de esta institución es legitimar determinados actos privados y que estos perduren en el tiempo, por contar con una autoridad es conferido por el Estado. La función que el notario cumple es uno de los principales aspectos que genera debate, el contar con la fe pública, en concreto la fe pública notarial, y las consecuencias que esta genera, ha llenado las páginas de análisis por parte de la doctrina, y ha sido materia de discusión por parte de los estudiosos de este derecho, así como en simposios y congresos relativos a la actividad notarial.

Para poder analizar y arribar a conclusiones válidas respecto a si el notario es un funcionario público es preciso revisar algunos conceptos trascendentes para este fin, así es preciso comprender que si bien existen varios sistemas notariales, básicamente, son dos los de mayor reconocimiento mundial; y estos son el sistema anglosajón - inglés -; y, el sistema del notariado latino. Un sistema notarial constituye un “conjunto de reglas o principios que, en un determinado ordenamiento, organiza a los notarios y regula su actividad, así como los efectos atribuidos al resultado de esta en relación con los intereses de la organización en general” (Blanquer, 2006, p.276). Es de destacar que el comprender los sistemas notariales reviste un interés doctrinal trascendente, puesto que los principios que inspiran la actividad, si es que se encuentra investido de una fe pública notarial, y que se ve traducido en los efectos del instrumento notarial, van a ser determinante dependiendo del sistema en que cada país se encuadre.

El sistema del notariado latino, en el que se adscribe el Ecuador, se ha extendido por lo largo del mundo en países, así en Europa lo encontramos en España, Francia, Italia, Portugal, Alemania, Albania, Andorra entre otros; en el caso de América el sistema de notariado latino se encuentra básicamente en Perú, Colombia, Chile, Cuba, Argentina, entre otros. Este sistema exige la presencia de un profesional del derecho, debidamente calificado en cuanto a conocimiento de las leyes, con una importante ética y conciencia moral, que obre con equidad e imparcialidad en la realización de la instrumentación de los actos y contratos que se realizan en su presencia; el notario es un intermediario entre las partes y el ordenamiento jurídico que se debe respetar (Abella, 2005, p.11).

En forma general se pueden destacar algunos elementos característicos de cada uno de estos sistemas notariales, que según Verdejo P., (1990) se pueden sintetizar en los siguientes:

Primero: Tipo libre inglés: a) el notario es profesional privado; b) el instrumento constituye un principio de prueba que ha de ser convalidado judicialmente para gozar de autenticidad.

Segundo: Tipo profesional público alemán: a) el notariado es una función pública de concesión del Estado, obligatoria y reglada; b) el instrumento tiene valor de prueba preconstituida, salvo tacha de falsedad.

Tercero: Tipo funcionario público latino: a) el notario es un magistrado con delegación del Estado, obligatoria, reglada y con jurisdicción restringida; b) el acto notariado y su instrumento público es la forma exterior válida de la mayoría de los actos jurídicos, en tanto no fueren tachados de falsedad o nulidad.

Cuarto: Tipo judicial: a) el Notariado es una magistratura judicial de jurisdicción cerrada y obligatoria; b) el instrumento público es una resolución judicial pública erga omnes y firme, necesaria para la eficacia de los actos jurídicos ordenados por la ley.

Quinto: Tipo administrativo soviético: a) el Notariado es una asistencia del Poder Ejecutivo del Estado territorial, demarcada y obligatoria; b) la escritura pública es prueba e instrumento del acto jurídico y del derecho derivado del mismo (pp.30 y 31).

Si bien en líneas anteriores se esbozaban algunos elementos característicos y se identificaban Estados que se adscriben a alguno de estos sistemas, es de destacar que identificar en pureza todos los elementos de un determinado sistema no es fácil. Las legislaciones de cada uno de los países van matizando la institución, y van poniendo elementos que van a ser característicos del notario en cada país conforme al ordenamiento jurídico imperante, y a las necesidades que se generen para sistematizar la institución. Pese a lo expuesto, es de reconocer el esfuerzo doctrinario realizado por el autor antes citado, lo que permite identificar elementos comunes en uno u otro sistema. Como se indicaba en líneas anteriores lo que caracteriza el sistema de notariado latino es que el notario es un profesional del derecho, quien es titular de una profesión liberal privada, pero que por una especial concesión del Estado se le dota a sus actuaciones de fe pública, cuyo concepto encuentra su origen en lo que entendemos en sentido común como fe, esto es: la creencia en algo, sin necesidad de verlo.

Esta fe conferida por el Estado es una forma particular de esta, es lo que la doctrina denomina fe pública notarial. Al haberle conferido fe pública al notario sus actuaciones gozan de autenticidad y certeza, por expresa delegación o asignación realizada por la ley a este funcionario, por lo que remontándonos al concepto, no jurídico, referido en líneas anteriores, las personas confían, creen en lo que dice el notario, y esto lo que hace tan peculiar a este personaje, porque gozan de autenticidad y certeza sus actuaciones en cuanto a fecha, lugar, día y hora y personas que comparecen con relación a las calidades que afirman tener. Dotando de seguridad y firmeza a las actuaciones que se realizan a través de este.

Tratando de desentrañar en que consiste la fe pública notarial, es válido el afirmar que esta constituye una delegación o concesión de una función pública que realiza el Estado a favor de este funcionario denominado notario. Por una función pública se comprende a aquellas que miran al cometido de funciones esenciales del Estado, imprescindibles para el cumplimiento de sus funciones, y que no se pueden delegar a terceros, tales como dictar una ley (propio de la función legislativa), o administrar justicia (propio de la función judicial). Esta consideración de que el notario actúa en el ejercicio de una función pública, por su naturaleza indelegable, es lo que ha motivado que, por parte de la doctrina, se considere al notario como un funcionario público; esta investigación tiene como objeto revisar a profundidad tal concepto.

El Ecuador en el año 2008 recoge por primera vez el sistema notarial dentro de las normas constitucionales, al reglar sobre las funciones del Estado, y concretamente la Función Judicial, disponiendo que el notariado es un órgano auxiliar de la Función Judicial (art. 177), disponiendo que los servicios notariales son públicos, como es la administración de justicia por lo dispuesto en la normativa de inferior jerarquía desarrollada a partir de la Norma Suprema del 2008 (art. 199), más adelante la misma norma constitucional determina que los notarios son depositarios de fe pública, nombrados por el Consejo de la Judicatura previo a un concurso público de méritos y oposición, disponiendo en forma reglada cuáles son los requisitos para ser notario (art.200), así textualmente norman:

Art. 177.- [Organización de la Función Judicial].- La Función Judicial se compone de órganos jurisdiccionales, órganos administrativos, órganos

auxiliares y órganos autónomos. La ley determinará su estructura, funciones, atribuciones, competencias y todo lo necesario para la adecuada administración de justicia.

Art. 199.- [Servicios notariales].- Los servicios notariales son públicos. En cada cantón o distrito metropolitano habrá el número de notarías y notarios que determine el Consejo de la Judicatura. Las remuneraciones de las notarías y notarios, el régimen de personal auxiliar de estos servicios, y las tasas que deban satisfacer los usuarios, serán fijadas por el Consejo de la Judicatura. Los valores recuperados por concepto de tasas ingresarán al Presupuesto General del Estado conforme lo que determine la ley.

Art. 200.- [Requisitos y nombramiento de notarios].- Las notarias y notarios son depositarios de la fe pública; serán nombrados por el Consejo de la Judicatura previo concurso público de oposición y méritos, sometido a impugnación y control social. Para ser notaria o notario se requerirá tener título de tercer nivel en Derecho legalmente reconocido en el país, y haber ejercido con probidad notoria la profesión de abogada o abogado por un lapso no menor de tres años. Las notarias y notarios permanecerán en sus funciones seis años y podrán ser reelegidos por una sola vez. La ley establecerá los estándares de rendimiento y las causales para su destitución.

Al integrar el Ecuador al notario dentro de la Función Judicial, como un órgano auxiliar de esta, va a permitir alcanzar los objetivos que pretende a través de estos órganos de los que esta se sirve, constituye un funcionario público, es más estaría comprendido dentro de los servidores judiciales, de conformidad con lo dispuesto en normativa de inferior jerarquía desarrollada a partir de la norma constitucional. Aunque normativamente el tema está resuelto, como se indicaba en líneas anteriores, algunas posturas adoptadas por la doctrina, y por algunas legislaciones, discrepan de la calificación de funcionario público al titular del servicio notarial, y

desarrollan aspectos importantes en el análisis de esta institución; sobre estos temas versa la materia de esta investigación.

2.2.1 BASES TEÓRICAS

2.2.1.1 APROXIMACIÓN A LA INSTITUCIÓN DEL NOTARIADO

2.2.1.1.1 Finalidad de la institución.-

Existen una serie de necesidades que son las que motivan la aparición de actos, contratos y hechos que son adoptados por la sociedad, de cara a alcanzar determinados objetivos que se consideran importantes o estratégicos para esta en un momento determinado, lo cual motiva la intervención del derecho para regular y normar conductas, a fin de que exista un determinado orden en la sociedad. Son los diferentes tipos de necesidades las que determinan, en ocasiones, la creación de instituciones de carácter jurídico; así la propiedad es un concepto jurídico, pero también es básicamente también un concepto económico. Es dentro de la sociedad, donde el hombre desarrolla su actividad, donde se van produciendo una serie de intercambios y actuaciones que son tuteladas por el derecho, la propiedad exige tener un ropaje jurídico, no solamente satisfacer una necesidad, pero no es suficiente dotar de formas legales de protección para estos, sino que es preciso que estas formas legales revistan de seguridad a quien ostenta un derecho en un momento y tiempo determinado.

Refiere Ávila (citado por González, G (2015)), al analizar las relaciones comerciales y mercantiles de carácter privado, los riesgos que se pueden presentar al no existir seguridad en el tráfico jurídico, por inexactitudes, falsedades o u otras situaciones, y que significan un riesgo para la convivencia en sociedad, así ha manifestado:

Los actos y contratos en que se desarrolla la vida jurídica cristalizan documentalmente. Ahora bien: un documento falso, inexacto o simplemente imperfecto es un peligro para el tráfico jurídico por el perjuicio que puede ocasionar no solamente a las partes (dificultades de interpretación, cumplimiento, etc.) sino también a los demás al crear una apariencia que no

responde a la realidad. La probabilidad de que se produzca tal documento es grande cuando el acto o contrato se confecciona sin más intervención que la de las partes y a veces de algún testigo más o menos imperito y más o menos irresponsable; pero se minimiza con la intervención tanto en la configuración del negocio como en su plasmación documental, de alguien con preparación jurídica especializada, imparcialidad profesional y responsabilidad por su actuación: el Notario. Por ello el ordenamiento provee a esa intervención y dando un paso más para facilitar aquel tráfico, impone a todos la confianza en el documento creado, dota a éste con la cualidad de creíble forzosamente para todos (p.1428).

Así las relaciones privadas requieren ser dotadas de seguridad, no es suficiente que Juan le pague a Pedro una suma determinada por comprar su casa, y que este entregue la llave, dejando constancia únicamente en un documento privado, donde no existe la seguridad en las firmas ni en las fechas que se ha otorgado el instrumento, y que posteriormente, en caso de una controversia, sea necesario lograr determinar tales datos sin conseguir efectivamente una prueba veraz de la ocurrencia de los mismos. Entonces deben existir mecanismos, que el mismo derecho proporcione, para llegar a generar esa paz social necesaria, es preciso que existan mecanismos – herramientas – en virtud de las cuales se consiga esa justicia, tan anhelada y finalidad del derecho.

La existencia del notario surge como resultado de una necesidad social, no es una invención del derecho en abstracto, surge para dotar de seguridad a las relaciones privadas, dotando de certeza y seguridad los actos y contratos que realizan las personas; en palabras de Pérez, L. (2008) “El notariado nace como resultado del requerimiento social de dar certeza en el desenvolvimiento de los derechos en un estadio fisiológico. Por ello, la misión puramente preventiva de la función notarial y de su protagonista: el notario (Conferencia pronunciada en el VIII Congreso de Notarios Públicos Rumanos, noviembre de 2008, p.5).

Es posible sostener entonces que existe una necesidad social para que el derecho cree la figura del notario, dotando de seguridad y certeza los actos y contratos que realizan los particulares, permitiendo que estos perduren en el tiempo, quedando su

voluntad plasmada en un documento – esencia de la actividad notarial y su consecuencia-, que se mantiene en archivos – denominados actualmente protocolos -, que son verdaderos custodios de los instrumentos que plasman la voluntad de las personas, y que son la razón de ser del notario. Esto motiva que se pueda señalar que la finalidad de esta institución es dotar de seguridad jurídica preventiva a las relaciones entre las personas.

Para concluir estas breves ideas es factible señalar las palabras de Tarragón, E. (2011), quien expresa que “la figura del notario no es una invención legal sino es producto de una evolución social. El Notario fue creado por la sociedad y solo se justifica porque la sociedad lo necesita para el desarrollo de algunas de sus funciones” (p.29). De cara a las reflexiones antes expuestas resulta por demás acertado lo expuesto por el autor.

La intervención del notario produce como efecto seguridad jurídica, calificada como preventiva, por cuanto esta se produce cuando no existe controversia. Uno de los conceptos más importantes que existe en el derecho, de cara a la existencia de un Estado de Derecho, es la seguridad jurídica, para algunos considerada un principio, para otros como una garantía y para otros finalmente considerada como un derecho; concepto jurídico complejo y abstracto, del que no siempre se reconoce su alcance y significado. Para Tarragón, E. (2011) supone la ausencia de riesgos y la previsibilidad de resultados, en un doble aspecto:

- a) **En sentido OBJETIVO, la seguridad jurídica supone la existencia de leyes claras y suficientes, sin lagunas y su aplicación efectiva de los Tribunales.**
- b) **En sentido SUBJETIVO, la seguridad jurídica consiste, de una parte, la posibilidad de todo ciudadano de conocer la ley, su significado y alcance, y por otra parte, en la libertad de actuar con arreglo a aquella eficacia de lo actuado. Es decir, saber a qué atenerse (pps.30 y 31).**

Blanquer, D. (2006) para referirse a la seguridad jurídica, cita al Tribunal Constitucional Español, en el proceso No.27/1981 del 20 de julio de 1981 (Tol

110830) quien ha declarado que la seguridad jurídica es "...suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad, pero que si se agotara en la adición de esos principios, no hubiera precisado de ser formulada expresamente. La seguridad jurídica es la suma de esos principios, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad en la libertad..." (p.65).

Nótese algunos elementos que se hacen presentes en este concepto, para la doctrina y la justicia española la seguridad jurídica, dentro de sus acepciones, es un principio del derecho, que comprende la suma de la certeza y legalidad, no asimila, como determinados sectores de la doctrina, a certeza y seguridad jurídica, sino que, para el Tribunal Constitucional español, la seguridad jurídica resulta de la suma de la certeza con otro principio que es la legalidad, incluyendo aspectos de publicidad normativa, resulta básico para desarrollar la seguridad jurídica la necesidad de que la norma jurídica sea conocida a fin de proceder a aplicarla, más allá de la presunción que determina el conocimiento de la ley. Finalmente el concepto recoge la asociación o vinculación estrecha que existe entre la seguridad jurídica, la justicia y la igualdad, dentro de un esquema de libertad.

Salgado, H. (2010) al referirse a la seguridad jurídica hace algunas consideraciones sobre ésta, considerando que seguridad y certeza significan que "... el individuo sabe a qué atenerse, es decir, pueden calcular las consecuencias jurídicas de su conducta o de sus actos..." (p.27); el autor cita a Recasens, quien distingue entre seguridad y certeza jurídica, considerando que: "... certeza es saber a qué atenerse y seguridad es saber que es a lo cual uno puede atenerse tendrá forzosamente que ser cumplido..."

Finalmente, Hernández, M. (2004) considera que desde un punto de vista amplio, la seguridad jurídica consiste en "... la certeza que tiene todo sujeto de Derecho sobre la aplicación efectiva del ordenamiento jurídico del Estado, o reconocido por éste con eficacia jurídica, y la garantía de que en caso de violación de dicho ordenamiento, la institucionalidad del país impulsa la materialización de la responsabilidad correspondiente..." (p.93).

Nótese que para el autor la seguridad jurídica consiste en la certeza, esto es, la convicción que tienen los individuos de la aplicación efectiva del ordenamiento jurídico, sin distinción del tipo o rango de norma, comprende a este en su totalidad, con la garantía que en caso de vulneración del ordenamiento, la institucionalidad del país permite “materializar” la responsabilidad de quienes han incurrido en dicha violación. Esta última parte del concepto revela un elemento importante en cuanto a esta, la seguridad jurídica comprende, no solo esa certeza a la que se ha hecho referencia, sino también que debe de haber una reacción por parte del Estado (“*institucionalidad del país*”) a fin de hacer valer y reconocer los derechos consagrados en dicho ordenamiento. De cumplirse lo indicado los ciudadanos pueden sentirse satisfechos y seguros en un determinado ordenamiento jurídico.

En un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, como es el Ecuador la existencia de una Corte Constitucional constituye el máximo órgano de interpretación y aplicación de justicia constitucional, sus decisiones, dictámenes y resoluciones contribuyen al diseño y configuración de instituciones jurídicas; dentro de esta concepción es de destacar lo dicho por esta respecto de la seguridad jurídica, en sentencia No. 16 – 13 – SEP – CC, la que ha afirmado que la seguridad jurídica es el pilar donde se asienta la confianza ciudadana en cuanto a las actuaciones de los distintos poderes públicos.

La seguridad jurídica que se da a través del notariado, es aquella denominada preventiva, es decir aquella que, bajo todos los parámetros expuestos, contribuye con la paz y armonía en la sociedad, y permite crear los elementos necesarios para la convivencia social. Entonces este es el elemento diferenciador de la seguridad jurídica preventiva sentar bases para la convivencia pacífica en sociedad. La función del notario se desarrolla sin conflictos, donde no existe controversia entre quienes concurren a solicitar sus servicios, cuando existe un antecedente de conflicto entonces la función del notario se termina, y comienza la de los jueces, quienes dotados de jurisdicción para resolver conflictos, deben proceder ante este tipo de situaciones.

Una vez que se ha definido la finalidad de la actividad notarial, analizado cuáles son los parámetros en los que se desarrolla la misma, y el marco en que se desarrolla

la actividad de estos dadores de fe pública; se considera importante, de cara al contenido de la presente investigación analizar, desde una perspectiva histórica, cómo se ha ido configurando la institución, sus orígenes más remotos, y en qué momento histórico, bajo qué supuestos se consideró que el notario era un funcionario público, postura adoptada por gran parte de los doctrinarios, y algunas legislaciones nacionales respecto de la naturaleza jurídica del notario.

2.2.1.1.1 Breve reseña histórica.-

Es preciso revisar el origen histórico de la institución del notariado, para observar cómo ha sido su evolución, y cómo poco a poco este, de cara a lo que se denomina el notariado latino, se ha ido configurando como un funcionario público, conforme las características y los elementos que va presentando la institución; así una revisión histórica se realizará a continuación desde sus orígenes hasta llegar a la actual configuración del notario.

Señala Plaza de García, N. (1990) que para hablar del notario resulta obligatorio referirse a Egipto donde existía el escriba que era un funcionario, que aunque prestaba sus servicios al faraón, era nacido de la plebe; según consta de la historia este formulaba un documento que era remitido para firma de un funcionario denominado visir. Lo que actualmente se conoce como minuta¹ se la hacía en piedra

¹ La minuta como se conoce actualmente es el documento, que elaborado por el abogado, constituye el borrador o antecedente para elaborar una matriz notarial, contiene los elementos básicos y necesarios de una determinada relación jurídica. localiza, para quedar plasmado el documento final en uno denominado papiro. Descubrimientos científicos realizados ya en el siglo pasado – 1987 -, permiten demostrar la existencia de determinados funcionarios que asistían al Faraón, y que ubican que en el Reinado de Ramsés II, hace aproximadamente unos 3.250 años, existieron varios funcionarios entre los que se encontraban los escribas, con lo cual existe el primer antecedente del notario (pp. 1- 2).

En la época de los babilonios se desarrolló el Código de Hammurabi, en algunas de sus leyes se observa que se requiere de la existencia de un contrato como prueba de

lo afirmado, y por regla general se exigen testigos de los actos, quienes debían dar fe de los hechos ocurridos, muchas veces con los documentos notariales y la comparecencia de testigos lo que se busca es dejar constancia de los hechos, y forjar pruebas para posteriores actuaciones que ya son propiamente judiciales, más adelante revisaremos que es este el fundamento para que algunas legislaciones – como la ecuatoriana – califiquen de funcionario auxiliar de la función judicial a los notarios.

Es de destacar que Grecia no conoció una figura como los escribas egipcios, en esta existían unos funcionarios denominados logógrafos, que eran quienes redactaban discursos al público y sabían exponerlos en forma muy elocuente; en ocasiones a pedido del público podían redactar documentos e información para conservarse. Aunque como se observa estos funcionarios cumplían una importante función para conservación de información, y redactaban documentos, no cumplían una actividad como la desarrollada por los escribas egipcios, sin embargo es posible observar la importante función desarrollada por estos durante la época del esplendor griego.

Para comprender muchas instituciones jurídicas los estudiosos del derecho debemos remitirnos a los estudios desarrollados en Roma, puesto que el diseño y estructuración de instituciones de derecho llegan hasta nuestros días. La elocuencia y coherencia desarrollada por los romanos es lo que permite sentar las bases para comprender en la actualidad cómo funcionaron y cómo funcionan diferentes instituciones. Así la historia nos demuestra que algunos funcionarios con funciones similares a la notarial se conocieron en las diferentes etapas de la evolución del derecho Roma, así estaban los *notarii*, *tabelione*, *escribas*, *tablari*, *chartularii*, *actuaira*, *librari*, *exceptores*, entre otros. De todos los mencionados solamente cuatro de estos cumplían con funciones propiamente notariales, estos eran, el *escriba*, el *notarii*, el *tabularii* y el *tabelión*.

Nuevamente citando a Plaza de García, N. (1990), refiere la autora que los escribanos tuvieron una función similar a los escribas egipcios y a los logógrafos griegos, en cuanto a copistas de documentos, forjadores y redactores de documentos, sin tener implicación religiosa o administrativa, como en otras civilizaciones. El escriba era un funcionario gozaba de gran prestigio y respeto,

tanto por sus estudios como por los procedimientos que utilizaba. Era netamente técnico, no tenía fuerza o injerencia política, de hecho eso estaba prohibido. Los escribas participaron en la creación del derecho romano, ya sea a través de la protocolización de las tablas, ya sean documentos como piezas oratorias valiosas, documentos del Senado, entre otros. Sus funciones eran muy amplias, pero entre otras comprendía: ser auxiliares o secretarios de magistrados, copistas de producción intelectual, eran consejeros, aclaraban los puntos oscuros de derecho. Dentro de los escribas había formas de organización en corporaciones que adoptaban diferentes presentaciones: *cerarii*, estos escribían en tabletas o tablillas de cera; *librarii* que eran los bibliotecarios, encargados de la conservación de libros; los *notarii*, eran verdaderos copistas, y registradores muy ágiles en el uso de la escritura (pp. 2 y ss).

La estructura anteriormente expuesta se mantuvo durante muchos años de la vida previa al Imperio Romano, sin mayores cambios, y conservando en esencia tanto las instituciones como las competencias a los funcionarios asignados. Un cambio importante que se produce es con la entrada en vigor del *Corpus Juris Civile*, que constituye una recopilación de las principales constituciones imperiales y jurisprudencia romana, generada hasta la fecha de su elaboración. Este instrumento, de gran relevancia jurídica, en general, y particularmente en materia notarial, fue obra de Bizantino Justiniano, en las mismas se actualizaron las reglas de la profesión y sentaron las bases de la forma como actualmente se concibe el notariado.

Con algunos cambios y varias normas regulatorias de la actividad es de destacar el trabajo desarrollado en la edad media por los estudios de la Escuela de Bolonia, a la que se le debe el concepto de documento público, y el valor de este instrumento como una verdadera expresión de lo que es verídico y cierto, que no deja duda sobre su claridad y las consecuencia práctica atribuida al mismo. No es posible hacer el análisis de la evolución de la figura del notario, sin citar en España a la figura de Alfonso X el Sabio, quien con su obra las Siete Partidas, construyó un importante código jurídico, que sirve de referencia hasta nuestros días. En este documento se contenían algunas referencias importantes respecto del ejercicio de la actividad notarial, e incluso incluía algunas fórmulas para poder redactar documentos

notariales. Es de destacar que contenía lineamientos éticos sobre cómo desarrollar la actividad notarial, así como aspectos relativos a la lealtad y competencia de los notarios. Se refiere en este instrumento que existían dos tipos de escribanos: los de la casa real que redactaban cartas y despachos; y, los públicos que redactaban instrumentos de obligaciones contraídas entre los hombres (Consejo de la Judicatura, 2011, p.17).

Cuando llega al poder Maximiliano de Austria, Emperador del Sacro Impero Romano Germánico, se promulga el documento conocido como la “Constitución Imperial sobre Notariado”, el beneficio de este instrumento es que extiende la actividad del notario, se busca que no solamente contribuya a la paz y armonía en la sociedad, sino también a que las relaciones entre el gobierno y los ciudadanos, asuntos que acontezcan todos los días, y que contengan deseos, voluntades, y hechos en las actuaciones de los hombres. Este documento constituye un gran aporte en materia notarial, establece ciertas formas que son importantes respecto de cómo deben llevarse los protocolos, la forma cómo se otorgan los testamentos, determina ciertas exigencias a la conducta de los notarios, respecto a la probidad en su actuación, el evitar las falsedades; señalando como nota curiosa, pero acorde con la mentalidad de la época, que todos los documentos debían comenzar invocando a Dios, el año de la salvación en el que se encontraban, así como la indicación del mes y día.

Muchos años pasaron sin mayores cambios en materia notarial, hasta el advenimiento de la Revolución Francesa, en esa época se promulgó en Francia una ley que recibió la denominación de la “Ley del Ventoso”, a la misma se la considera como rectificadora de muchos de los errores e imprecisiones que hasta la fecha se habían cometido, en varias áreas del derecho, entre ellas la notarial. Es en esta ley en que concibe por primera vez al notario como un funcionario público, cuya función era la de asegurar la fecha de los actos que ante él se realizaban, así como determinando que su competencia se refería al otorgamiento de actos y contratos a los que las partes deseaban conferirle autenticidad. (Consejo de la Judicatura, 2011, p.17).

Algunos aspectos de esta ley respecto de la actividad notarial es de destacar, así como ya se expuesto el notario era un funcionario público, el cargo tenía carácter vitalicio, con lo cual se confirió cierta estabilidad en su ejercicio, como una consecuencia de lo referido los fedatarios en esta época gozaron de mucho respeto y gran consideración. Otro aspecto a destacar de la regulación del notariado en el momento histórico que se analiza, fue la importancia que se confirió al documento, como garantía de las actuaciones, quedando finalmente determinado lo cual sigue siendo hasta la presente fecha una característica del notario, la fe pública notarial.

Como resulta conocido con la conquista española producida luego del descubrimiento de América en el año 1492, España volcó toda la institucionalidad europea a los países del nuevo mundo, señala Amado Ramírez, E. (2017) que en América Latina durante la época de la colonia, posteriormente e incluso hasta la independencia de los estados americanos, rigieron Las Siete Partidas de Alfonso X El Sabio, y todas las demás fuentes hispánicas del derecho notarial, que como fueron: el Fuero Real, el Fuero Juzgo, y las Leyes de Toro, la Nueva y la Novísima Recopilación. (p.944).

Hasta aquí la historia es común de los países que siguen el sistema notarial latino, para referirnos al caso concreto del Ecuador, la evolución histórica del derecho notarial presenta algunos elementos característicos. Refiere Salinas Tomalá, W. (2016) que en el inicio de la vida republicana los notarios estaban supeditados en su función a los jueces. Mediante Decreto Supremo No.94 del año 1937, Federico Páez confirió autonomía a los notarios, con la atribución de celebrar actos y contratos. En 1938 la primera ley notarial confiere a estos funcionarios la posibilidad de intervenir en escrituras públicas y participar en actos propios de su actividad. Caracterizó la época que la mayoría de las normas que regulaban la actividad notarial se encontraban dispersas en diferentes cuerpos jurídicos como el Código de Procedimiento Civil – el cual trataba de la escritura pública y la forma de su impugnación -, en el Código Civil derecho sustantivo a ser regulado por la actividad-, y en la Ley Orgánica de la Función Judicial (p.46).

Revisando la historia del Ecuador, se encuentra que la Ley Notarial dictada mediante Decreto Supremo No.1404 del 26 de octubre de 1966, publicado en el

Registro Oficial No. 158 del 11 de noviembre del mismo año, en la presidencia interina de Clemente Yerobi Indaburu, es un instrumento trascendente para la actividad notarial en este país, ya que constituye el documento, que hasta la presente fecha, con todas las reformas que ha tenido, sigue estando vigente, diseñó la actividad; y, si bien ha sido reformada para actualizarse conforme los requerimientos de la vida en sociedad, la incorporación de la tecnología y el desarrollo de nuevas actividades productivas que generan las nuevas necesidades, así como la demanda de nuevas funciones y atribuciones a los notarios; la ley sigue siendo un documento vigente y de referencia. En este cuerpo normativo se dispuso que los notarios eran designados por la Corte Suprema de Justicia, definiendo como facultad de esta el aumentar o disminuir su número según criterios técnicos; un aspecto importante contenido en la ley era que los notarios gozaban de fuero de corte para el juzgamiento de infracciones cometidas en el ejercicio de su actividad, condición de la cual carecen en la actualidad.

Las atribuciones de los notarios se encontraban incorporadas – como lo es hasta la presente fecha – en los diferentes numerales que comprendían el artículo 18 de la referida Ley Notarial. Como requisitos para ser notario se exigía que debía ser ecuatoriano – es de destacar que la mayoría de legislaciones del notariado latino exigen que los notarios sean nacionales de los países donde van a ejercer su función; debía tener más de treinta y cinco años de edad; gozar de buena reputación y rendir un examen que permita demostrar su conocimiento en la materia. Los notarios debían de rendir una caución para el ejercicio del cargo, pudiendo ser una fianza personal o real. El tiempo duración del cargo era de seis años, los notarios, a contrario de lo que se analizado, no eran vitalicios.

En lo atinente a esta investigación, en el artículo 6 la norma disponía que el notario era un funcionario investido de fe pública, para autorizar a requerimiento de parte, actos contratos y documentos determinados por la ley. A tres conclusiones importantes, luego de la revisión del artículo, se puede llegar. La primera es que desde un principio el notario ecuatoriano estaba revestido de fe pública, por lo tanto gozó y goza de esa facultad conferida por el Estado para dotar de autenticidad y certeza a las actuaciones que por su intermedio se realizan. Segundo disponía la norma que actuaba por requerimiento de parte, lo cual es un rasgo característico de

la función notarial, y del notariado en el Ecuador, que este actúa a rogación de parte, jamás de oficio, siempre tiene que existir una petición de usuario del servicio; y finalmente que los actos, contratos y documentos se encuentran determinados por la ley, no es posible que el notario cree el acto, debe regirse por un listado o por una serie de actos y contratos que se encuentran previamente determinados por la ley, lo cual lo lleva a obrar en un marco de legalidad.

El Decreto Supremo No.530 dictado por el General Guillermo Rodríguez Lara, que fue publicado en el Registro Oficial No.563 del 30 de mayo de 1974 introduce un cambio importante en el manejo de la actividad notarial, los protocolos dejan de ser manuales y pasan a ser mecanográficos, permitiendo que exista mayor agilidad en el desempeño de la actividad de los notarios, simplificando su ejercicio. Con las consiguientes reformas se fueron introduciendo – como se señalaba en líneas anteriores

– cambios importantes para la profesión, dotándole de más atribuciones o facultades, en su actuación. Tanto en la reforma de 1996 como la del 2006 se confieren competencias a los notarios respecto de los actos de jurisdicción voluntaria, que tradicionalmente había sido reservada para los jueces, con la finalidad de descongestionar los juzgados, aspectos que serán revisados más adelante.

Como ya se ha expuesto la Constitución del año 2008 introduce cambios trascendentes en la forma de concebir la actividad notarial, los cuales motivan esta investigación. El primero es que los servicios notariales, por primera vez en el Ecuador, son incorporados al rango de norma constitucional, esto es importante porque las normas constitucionales vigentes son operativas y no programáticas, esto es que son exigibles en forma directa sin necesidad de un desarrollo normativo de inferior jerarquía. Segundo, se incorpora al notariado como un órgano auxiliar de la Función Judicial, dentro de la clasificación administrativa que se establece de esta función del Estado, produciendo algunas consecuencias importantes, la primera los notarios pasan a ser funcionarios públicos – no solamente o con fundamento en el ejercicio de una función pública -, además se lo incorpora como parte integrante de esta función del Estado; adicionalmente la Constitución vigente crea un sistema

tributario en donde el usuario satisface una tasa que es percibida por el notario, y después de satisfacer esta se margina la utilidad por el acto realizado. Como se expresaba en líneas anteriores, estos cambios son los que motivan realizar la presente investigación.

2.2.2.3 SISTEMAS NOTARIALES.-

Como se ha expuesto en líneas anteriores, un sistema notarial no es otro que el conjunto de reglas o principios que, en un determinado ordenamiento, organiza a los notarios y regula su actividad, así como los efectos atribuidos al resultado de esta en relación con los intereses de la organización en general (Blanquer, R., 2006, p.276). Como se observa entonces que constituye la forma como se organiza al notariado, conforme al ordenamiento jurídico imperante en la sociedad, así como determina las reglas para el ejercicio de la actividad, las funciones que cumple, la forma de designación; y en forma general la función que este va a cumplir, puesto que dependiendo del ordenamiento jurídico imperante va a ser el sistema notarial vigente.

Un sistema notarial es un concepto importante, “permite dar un sustento o fundamento teórico a la actividad desarrollada por los notarios; permite conocer qué circunstancias se requieren para ejercer o actuar como notario; cómo se organiza por el notario el ejercicio de la función; en qué consiste la actuación como notarios, cuáles son sus funciones; en qué consiste el resultado de su trabajo; qué eficacia, valor o utilidad se atribuye al resultado de su trabajo” (Pérez, L., 2015, s/p.). A través de los sistemas notariales, se comprende entonces cómo es el ejercicio de la actividad de los notarios, conforme los rasgos determinantes de cada sistema se van a producir elementos característicos; es de destacar además que no todos los sistemas son puros, puestos que combinan diferentes elementos.

2.2.2.3.2 SISTEMA NOTARIAL ANGLOSAJÓN

No existe un solo sistema notarial, y no existe tampoco un criterio que lleve a concluir que un determinado sistema notarial es mejor que otro, va a depender del ordenamiento jurídico imperante en el país o de los objetivos que se pretendan

alcanzar como finalidad de la sociedad, en aras a la paz social, a la seguridad jurídica que se desea alcanzar. Sin embargo de los diferentes sistemas que existen, en esta investigación solamente se van analizar dos de todos los sistemas, por un lado el anglosajón o sistema de notariado inglés; y, por otro el sistema de notariado latino, en el que se encuadra el Ecuador.

Respecto del sistema anglosajón o inglés, este sistema rige en la mayoría de los estados de los Estados Unidos, en Gran Bretaña y en la mayoría de los países sujetos del régimen de la comunidad británica, en Suecia, Dinamarca y en algunas provincias de Canadá que básicamente tienen ascendencia inglesa. Para Verdejo, P. (1990) los elementos característicos del sistema anglosajón son los siguientes:

- a. El notario es un profesional privado.**
- b. No existe la institución notarial como un cuerpo unitario, orgánico o independiente, y con funciones específicas determinadas por la ley.**
- c. El documento es solo un principio de prueba que necesita la convalidación judicial, y por ende, como obra de funcionario fedante carece de valor específico en el orden procesal.**
- d. En concordancia con los principios que informan su contratación, no existe función solemnizadora notarial, pues la redacción del documento no exige autor calificado profesionalmente (p.32).**

A manera de síntesis de lo expuesto por el autor, es de resaltar algunos elementos, el primero de ellos es que el notario en el sistema anglosajón no necesariamente es un profesional de derecho, puesto que es un profesional en una profesión liberal, no cuenta con la experiencia y expertiz que permite la formación jurídica para solemnizar la voluntad de las personas, lo que hacen estas personas que ejercen la función de notarios es rendir un examen o dar un prueba que los califica para el ejercicio de la actividad, pero bajo ninguna circunstancia se cumplen con los requisitos y exigencias que si son propias del notariado latino - que se analizarán a continuación -. Una de las principales características del notariado latino es el valor

o utilidad del instrumento notarial, gracias a la fe pública que le ha sido impuesta al notario sus actos gozan de autenticidad y certeza, gozan de un principio de legalidad que tiene que ser expresamente destruida, corriendo la carga de la prueba de la falsedad del documento a quien la invoca, como se revisará más adelante.

Como consecuencia, el notario en el sistema notarial anglosajón no es fedatario, no está investido de fe pública, su actuación no tiene el aval del Estado que esta le confiere en el sistema latino. En cuanto al valor probatorio del documento notarial en el sistema anglosajón, este no goza de mayor valor procesal, para que los documentos gocen de una mayor fuerza probatoria, tal como lo refiere el autor, su actuación deberá ser convalidada por un juez, es decir, las actuaciones de los notarios en este sistema, constituyen un principio de prueba, pero nada más, el ejercicio de la función notarial en el sistema anglosajón carece de la función legitimadora que confiere la fe pública. Esta constituye una de las principales diferencias con el sistema de notariado latino, donde los documentos realizados por notario gozan de una presunción de legalidad, que tendrá que ser desvirtuada por un juez.

Dentro de este sistema es de reseñar el inglés y el norteamericano. En el sistema inglés la autorización para ejercer la actividad la da el Obispo de Canterbury, se reconocen tres tipos de notarios: los *notary de la city* que ejercen su función en Londres, Westminster, en el distrito de Southward y en un circuito alrededor de diez millas alrededor de la bolsa; los notarios generales autorizados para ejercer su función en toda Inglaterra con excepción de los lugares en los que está autorizado para actuar los *notary de la city*; y finalmente están los notarios de los distritos. Para poder ejercer como notarios deben haber cumplido con una práctica de aprendizaje denominada *Solicitor*, como se señalaba deben de haber cumplido con rendir un examen de práctica notarial para ser aceptados como *notary public*; obtener su designación por el llamado "*Master of Faculties*" bajo la autoridad del Arzobispo de Canterbury; también puede solicitar la admisión quien haya aprobado el examen y acredite determinada experiencia por haber trabajado con abogado o con "*notary*" (Fernández, M., 2015, s/p.)

Para concluir las breves líneas sobre el notario en el sistema anglosajón, y concretamente el notario en el sistema inglés, que como se analizaba pese a pertenecer a un mismo sistema no existen reglas totalmente comunes con otros del mismo sistema, porque se ajusta a la realidad de cada país, es de señalar que como se refería en líneas anteriores el “*notary*” inglés no goza de fe pública, no actúa en base a una función pública, la palabra “*public*” que se agrega junto a su denominación hace referencia únicamente al interés público o comunitario que tiene su actuación, pero carece de algún alcance o significación de carácter jurídico.

En cuanto al notario en Estados Unidos de América, es de destacar que debido a la íntima relación y por los antecedentes comunes el notariado norteamericano guarda algunas semejanzas con el notariado inglés, teniendo como elemento distintivo, en cambio que su organización es de un estado federado. Al igual que en el caso del notariado inglés el notario en los Estados Unidos de América no tiene o no está dotado de fe pública, es un profesional liberal, su función como fedatario – propia del notariado latino – es muy limitada, en algunas ocasiones sus funciones o competencias son compartidas con funcionarios judiciales. Los notarios no tienen funciones solemnizadoras de actos, por lo que no cumple con la importante función asesora que si realiza el notario en el sistema del notariado latino.

Para finalizar este análisis, es de destacar que en lo que tiene que ver con la forma de designación de los notarios en Estados Unidos de América esta va a depender de cada una de las legislaciones de los diferentes estados, no existiendo hasta la fecha o uniformidad o un único criterio para realizar tal actuación, así pueden ser designados el Presidente de los Estados Unidos, o podrán ser designados por parte de la Corte Suprema de Justicia; pudiendo además su designación ser realizada por algún colegio o autoridades especialmente determinadas dotadas de potestades para realizar tal actividad.

2.2.2.3.3 SISTEMA NOTARIAL LATINO

Producto de la revisión del sistema notarial anglosajón se podrían obtener algunas características del notario latino, que son fácilmente visibles, lo primero es que se trata de un profesional del derecho, que está dotado de fe pública, revistiendo de un

manto de seguridad y certeza las actuaciones que por este funcionario se realizan. Para Albán, M. (2010) el notario latino es:

Un profesional del derecho encargado de una función pública, consistente en decir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad, conservar los originales de esto y expedir copias que den fe de su contenido (p.28).

Algunos aspectos característicos presenta el notariado latino, el primero es que su ejercicio está a cargo de un profesional en derecho dotado de una función pública, investido de fe pública por parte del Estado, para documentar las relaciones jurídicas entre particulares; es de destacar que el origen del sistema de notariado latino tiene en Francia, en los estudios realizados por parte de la Escuela de Bolonia, que sienta las bases de un sistema que será transmitido – en forma general – a los países que han seguido la tradición latina del derecho. La labor desarrollada por el notario en este sistema notarial es muy compleja, porque exige el cumplimiento de una serie de competencias o facultades que son propias de esta actividad, de allí estar investido de fe pública y de ser un profesional del derecho.

El notario en el sistema latino no es un simple redactor de documentos, o sencillamente un abogado que ejecuta una actividad precisa, este debe receptar la voluntad de las partes, saber comprender lo que estas requieren, interpretando y dando forma legal a lo manifestado por estas, confiriéndole autenticidad al resultado de esta actividad. Con este sustento se concluye que el notario latino es autor del documento, pese a que recoge lo que la voluntad de las partes exponen, y que por regla general se encuentra comprendido en una minuta, la creación final, el instrumento es de autoría del notario, y este es el peso y la fuerza del notario dentro del notariado latino.

Además de realizar esta importante actividad, el notario dentro de este sistema debe asesorar o aconsejar a las partes, para que sin torcer o cambiar su voluntad, el producto que es el documento, sea acorde a la voluntad de estas, con una completa y mejor sujeción al ordenamiento jurídico; la labor de consejo y asesoría no es desarrollada por el notario en el sistema anglosajón. Finalmente el notario es un custodio de los documentos por él creados, en un archivo, propio de su actividad

denominado protocolo, con una función autenticadora – adicionalmente – por la fe pública de la que se encuentra investido, de los documentos por el receptados y custodiados.

Para Tarragón, E., (2011) la función del notario es compleja y comprende una serie de fases o etapas que se desarrollan en primer lugar cumpliendo con la obligación de escuchar a las partes y aconsejarlas sobre posibilidades y los medios lícitos para alcanzar los resultados esperados; una vez que el notario obtiene el acuerdo o la conformidad de quienes han solicitado sus servicios deberá redactar o controlar la redacción del contrato o documento solicitado, buscando que lo realizado se ajuste con la legalidad pertinente y exigiendo las debidas autorizaciones o justificaciones que correspondan; una vez construido y redactado el documento, el notario deberá autorizarlo, es decir asumir la autoría del mismo, garantizando la fecha y lugar de la celebración del negocio que los ocupa, confiriendo la autenticidad formal que se requiere y constatando la identidad y capacidad de las personas intervinientes; finalmente autorizado el documento lo conserva y confiere las copias necesarias para las actuaciones que se requieran, confiriendo un documento que tiene fuerza probatoria en sí mismo y con fuerza ejecutoria (pp.17-18).

De todo lo expuesto, de la concepción de la actividad del notario en el sistema de notariado latino, se observa que el autor agrega una característica adicional al documento notarial dentro de este sistema, que se puede contrastar o que lo diferencia con el sistema del notariado anglosajón, en líneas anteriores se había manifestado - con sustento doctrinario – que el notario en el sistema inglés o norteamericano, el documento que confiere cobra fuerza probatoria una vez que se autenticado o avalado por una autoridad judicial, lo cual es completamente diferente bajo el sistema en análisis, puesto que el documento notarial goza de fuerza probatoria – como señala el autor -, y esa verdad que le confiere la ley debe ser destruida atacándolo conforme los mecanismos previstos por misma; lo actuado por el notario se entiende por cierto, sin necesidad de una actuación adicional o posteriores valoraciones de otra autoridad, autenticadora Carvajal Flor, B. (2007) refiere que el notario en el sistema del notariado latino:

Tiene como función fundamental documentar, es decir, justificar en documento apoyado en la autoridad estatal los acuerdos realizados entre las partes contratantes, y por eso puede decirse que crea el documento, cuyo contenido no es otro que esos acuerdos atinentes a los extremos de ese negocio o contrato, esto es, los elementos esenciales y sustanciales que configuran y tipifican el contrato, o, en otras palabras, que ajustan las varias estipulaciones a un tipo de contrato señalado en la ley y que se regirá por una norma común, los elementos naturales al contrato así configurado y sus accidentales, atribuyéndole además al documento, y, por ende, al contrato mismo, la calidad de certeza, veracidad, seguridad y autenticidad (pp. 27-28).

Estas actuaciones propias del notariado latino, el peso que tiene en la sociedad este funcionario, por su función no contenciosa, más bien actuando en armonía con las partes, permitiendo alcanzar los objetivos de la convivencia en sociedad, pero a su vez dotado de una fuerza legitimadora, y autenticadora, brindando seguridad y certeza a las actuaciones, es posible porque significa que alguien le ha dotado de estos elementos, confiriéndole tales facultades, que no se las da a cualquier profesional en libre ejercicio, de hecho los abogados – y aun siendo el notario un profesional del derecho – no están facultados ni investidos de tal autoridad; esta autoridad deviene del Estado, y a esta es a la que se refiere cuando se trata de la fe pública notarial – tema que será tratado a continuación -, que constituye una forma de intervención estatal en la normalización y regularización de las relaciones privadas, confiriéndole eficacia jurídica; de allí la calificación del notario – en el sistema latino – como un funcionario público. Es de destacar, que no toda la doctrina ni todas las legislaciones concluyen que el notario es o debe ser un funcionario público, sin embargo esta concepción es mayoritariamente aceptada en el sistema materia de este análisis.

Para concluir con estas líneas respecto del notariado latino, es de señalar que a criterio de Barragán (citado por Villavicencio, M. (2012)) el notario en este sistema:

Desempeña (...) una función legitimadora, por cuanto al ejercer su cargo lo hace como órgano de aquella función contentiva del conjunto de reglas jurídicas que el Estado da para que ciertos actos y hechos jurídicos, los

contratos, los negocios, los derechos y las obligaciones que de unos y otros emanan, tengan certeza, veracidad, seguridad, autenticidad, y quizás en mayor grado, al servicio del interés público o general.

Está al servicio de los intereses particulares de quienes acuden a él, porque en su actuación, al crear el acto público notarial, le da al negocio jurídico los caracteres que aseguran la certeza, firmeza, seguridad y autenticidad, de los hechos con contenido jurídico sucedidos en su presencia, con lo cual está favoreciendo y amparando el interés particular o de los particulares que acudieron a él, ya porque así lo exige la ley, o porque ellos así lo desean (p.13).

La actividad, como se puede observar de los conceptos y apreciaciones de la doctrina es compleja, dentro del sistema del notariado latino, puesto que combina dos elementos, por una parte el interés del Estado para alcanzar la tan señalada seguridad y convivencia pacífica en la sociedad, dotándole de una facultad propiamente estatal a un particular que ejerce una profesión liberal; pero por otra parte está el interés de los particulares, y la asesoría y consejo de cómo llevar adelante, en forma correcta e idónea, las relaciones entre privados, precautelando estos intereses, y aplicando – bajo esta perspectiva – sus conocimientos como profesional de derecho; este complejo de relaciones es lo que motiva lo complejo de la actividad notarial. Para concluir vale citar las palabras de Pérez Gallardo, L. (VIII Congreso de los Notarios Públicos, 2008) respecto de la función notarial quien manifiesta que:

Tiene un componente público y privado que se expresa en una perfecta relación cuyo fin es la tutela de los intereses privados como parte de la necesidad de garantizar la credibilidad y autenticidad de cuantas transacciones se ejecutan en la vida privada, pero desde el desempeño de una función pública (p.8).

2.2.2.4 LA FE PÚBLICA NOTARIAL

Para poder tratar de la fe pública notarial, es preciso partir de ciertos conceptos y hacer, además, determinadas distinciones. El término fe viene del latín *fides* que significa creer, algunas concepciones tiene este término, incluyendo una

explicación o acepción de carácter religiosa que la vincula a una de las virtudes teologales de la religión católica cristiana, relativa a la revelación de Dios a los hombres. En forma general, según el Cabanellas, G. (1989) la fe es “creencias. Crédito que se da a una cosa por la autoridad del que le dice o por su fama pública (p.39); esta segunda acepción permite acercarse a la concepción lo que es la fe pública notarial. Entonces sea porque en forma ciega se cree, como es en el caso de la religión católica, o porque existe alguien que dice que así son las cosas, y por el peso o autoridad de esta se cree, tienen como elemento común el aceptar lo que proviene de otro, sin cuestionamientos, que significa en otras palabras confianza en quien lo dice, creencia en quien lo afirma, y porqué lo afirma.

La fe pública notarial, tiene su origen en la concepción general del término fe, el notario o escribano dice que algo ocurrió, dice como ocurrió o donde ocurrió, y las personas lo aceptan, está dotado de esa autoridad. Para Ávila, P. (1986) la función del notario consiste en:

Dar fe de ciertos actos; y del valor del instrumento el de hacer fe de su existencia y de todo o parte de su contenido. La vida jurídica - se dice sería imposible si pudiéramos negar o poner en duda todos los actos y contratos cuya celebración no hubiéramos presenciado. Es preciso arbitrar algún medio para que los mismos no puedan ser desconocidos o negados por los que en ellos no han intervenido. Atendiendo a esa necesidad, el Poder público, cuando aquellos actos se han celebrado en presencia de un “testigo público”, impone a todos la creencia en su certeza. En esa certeza y eficacia que concede el Poder público a los actos autenticados por el funcionario (Notario) en quien él delega, consiste la fe pública notarial (p.19).

Algunos elementos a destacar en lo dicho, en forma acertada, por Ávila; lo primero no son todos los actos y contratos, a todos los negocios los que se le dota de este importante efecto, son solamente aquellos que realizados ante el notario que se les confiere tal calidad; segundo, en la primera parte de estas líneas se analizaba que la finalidad de la institución del notariado es brindar certeza y dotar de legalidad aquellos actos y contratos, negocios que se realizan contando con su presencia, que la seguridad que brindaban sus actuaciones era preventiva porque previene litigios,

controversias y permite desarrollar la vida de sociedad en forma armónica, es precisamente esa confianza, esa creencia que dota la fe pública a esta autoridad, la que permite alcanzar los objetivos antes señalados; la fe pública es una concesión del Estado, es este el que confiere tal condición a las actuaciones realizadas a través y por el notario, el Estado requiere alcanzar las finalidades antes referidas, y por tal motivo dota de fe pública a estos funcionarios, es conferida por el Estado.

Para González Barrón, G. (2015) "... la fe pública implica que la narración del notario sobre un hecho se impone como verdad, se le tiene por cierta..." (p.1432), entonces en esto consiste la fe pública notarial, en lo que ha percibido, oído, lo que ha sido percibido por los sentidos del notario se tiene por cierto; para comprender lo afirmado es preciso proponer un ejemplo, si al notario se le solicita constatar un hecho, este deberá concurrir al lugar observar, percibir con sus propios sentidos la vista, el tacto, su olfato sobre lo que se le está pidiendo realice la diligencia, y a partir de esto podrá levantar un acta notarial, que deberá ser lo más fidedigna a lo percibido por él, por tal motivo se reseña como uno de los principios – en el notariado latino – que la función es personal e indelegable, porque no podrá otro percibir, sentir, ver u oler lo que le corresponde a él. ciertas facultades o destreza deberá tener el notario, que hacen aún más compleja su labor, así Rodríguez Adrados, A. (1979) reseña que:

La fe pública presupone, en efecto, la más absoluta pasividad por parte del documentador, que ha de recoger en el documento la realidad, valga la expresión, en su estado natural; son por ello corrientes, sobre todo en los medios periodísticos, expresiones como "limitarse a hacer de Notario", "función meramente notarial", etc., que tienen un sentido positivo, al poner de relieve la neutralidad, la imparcialidad consustancial al Notario (s/p).

Uno de los aspectos que destaca el autor, y que constituye uno de los principios que inspiran la actividad notarial, de cara a la fe pública, es la imparcialidad que caracteriza a este funcionario. El notario no es el abogado de unas partes, no es un simple asesor, o un simple documentador de lo que ha observado, su labor se centra – cuando se trata de actas notariales, como por ejemplo las constataciones -, en

relatar de forma fidedigna e imparcial lo presenciado por él en forma directa, sin comentarios, observaciones o tomando postura por una de las partes; cuando se trata de escrituras públicas, no se limita a transcribir una minuta, sino que debe revisar la correcta información contenida en esta, y la legalidad de las declaraciones y manifestaciones contenidas en este documentos, de tal manera que constituye una forma de control de legalidad de las actuaciones; su deber avanza a la corrección de minutas, en caso de encontrar inconsistencias o aspectos que en lo formal distan de la legalidad.

En necesario precisar que el notario no es el único funcionario dotado de fe pública, esta no le es exclusiva, para González Barrón (2015) existen otras, una es la administrativa y otra es la judicial (p.1433). La fe pública administrativa es aquella de la que, como su nombre lo indica está dotado un funcionario público de carácter administrativo para expedir copias certificadas de expedientes y trámites administrativos, de documentos que se agregan a los expedientes de tal naturaleza; por su parte la fe pública judicial es la que le corresponde a los funcionarios judiciales dotados de tal condición, en el caso del Ecuador los secretarios que pueden y es su facultad certificar los expedientes judiciales, y dar fe de lo contenido en los mismos. Para concluir sobre este punto es preciso señalar que el competente para certificar o dar fe de documentos administrativos o judiciales son los respectivos funcionarios dotados de tal condición, no los notarios.

Refiere Urrutia de Basora, G. (2015) respecto de la fe pública notarial que:

El Estado ha delegado en el notario la facultad de que todo lo que exprese en los documentos bajo su firma, signo, sello y rúbrica se tiene por cierto. Cada palabra que el notario expresa en un documento tiene que es fiel a la realidad, a la verdad, porque está dando fe de lo que sucede y esto tiene que coincidir con lo que sucedió en la realidad, a la verdad, porque está dando fe de lo que sucede y esto tiene que coincidir con lo que sucedió en la realidad. Si no, está dando fe falsamente. Por eso es que el Estado sanciona, castiga tan fuertemente las violaciones a la fe pública notarial. Se ha dado al notario la potestad de que todo lo que escriba bajo su firma, signo, sello y rúbrica se tiene por cierto, ya que el notario no tiene que probarlo. Es una presunción juris tantum que

traslada el peso de la prueba al que cuestione la fe pública notarial. Podemos decir que la médula de la función notarial, es la fe pública notarial. Si el notario entiende bien lo que quiere decir fe pública notarial no tendrá problema en su práctica notarial (pp.22 -23).

A manera de conclusión sobre la fe pública notarial es preciso referirse a la fuerza probatoria que cobra el documento notarial gracias a la facultad que le ha sido investida por el Estado, a través de esta fe pública, y es que al tenerse por cierto todo lo dicho y expresado por el notario, en el ejercicio de su función, no tiene que probarse, lo sellado y rubricado por el notario no exige prueba sino que goza de legitimidad haciendo trasladar la carga de la afirmación y de la prueba a la cabeza de quien alega la falsedad o solicita la nulidad de un instrumento notarial, goza de una presunción de legitimidad en su favor, presunción de carácter *juris tantum*, es decir, que admite prueba en contrario, una vez demostrada la falsedad o nulidad, destruida la presunción de la que gozaba el documento entonces pierde su fuerza; de allí que existe un régimen disciplinario bastante fuerte, impuesto por el Estado para cuando el notario viola la fe pública.

Respecto del régimen de sanciones en el caso del Ecuador este es compartido con el creado para los jueces, y está comprendido en el Código Orgánico de la Función Judicial, por formar parte el notario de esta función – como ha sido expuesto en líneas anteriores -, a criterio de quien realiza esta investigación deberían tener los notarios un régimen particular de sanciones, aun cuando pertenezcan a la Función Judicial. El régimen de sanciones es aplicado por el Consejo de la Judicatura, a través de control disciplinario, por ser este órgano el que tiene a cargo la función notarial en Ecuador, en otros países viene vinculado a Colegios o Federaciones de notarios.

2.2.2.4.1 FUNCIÓN PÚBLICA NOTARIAL

Para poder tratar de la función pública notarial es preciso partir del concepto de función pública desarrollado por la doctrina, así para Villegas, H. (2012), la función pública "... se vincula a los cometidos esenciales del Estado (dictado de leyes, administración de justicia, defensa externa, mantenimiento de orden interno,

emisión de moneda, representación diplomática, etc.)...” (p.7), más adelante el mismo autor señala:

Las funciones públicas son actividades que deben cumplirse en forma ineludible, que se identifican por la razón de ser del Estado, que atañen a su soberanía, que son exclusivas e indelegables y cuya prestación es en principio gratuita, lo que puede alterarse si el Estado resuelve utilizar su poder de imperio para exigir prestaciones a los individuos a quienes atañan tales actuaciones (p.7).

Para Ojeda Rodríguez, N. (2015) la “... función pública va vinculada a las funciones esenciales del Estado...”, más adelante señala que tiene:

Diversas formas de manifestación del Estado dirigida a una finalidad, se concretan en tres diferentes dimensiones: Elemento subjetivo: llevada a cabo por un ente público. Elemento objetivo: actividad realizada mediante actos sometidos en vínculo con el derecho público. Elemento teleológico: persigue fines públicos (s/p).

Una función pública tiene como cometido el cumplimiento de fines del Estado, como dictar leyes, respeto de la soberanía, emitir y acuñar monedas, son funciones que obligatoriamente brinda y da el Estado, dentro de las funciones públicas se encuentra la administración de justicia, como una reserva que se hace el mismo para cumplimiento de fines propios de este, como son la solución mediante mecanismos previstos normativamente de controversias que se susciten entre las personas. Bajo estos parámetros se encuentran estos tres elementos, que se sintetizan en la presencia de un ente público, que los actos estén vinculados con el derecho público, y que se persigan fines públicos; estos serían los aspectos diferenciadores de una función pública. El ejercicio y desarrollo de una función pública configura ciertos elementos, y la aplicación de un determinado régimen jurídico para el prestador del mismo.

Refiere Ávila, P. (1986) que son muchas las teorías que buscan dar explicación a la función pública notarial, concibiéndola como una función legitimadora que tiene como finalidad dar carácter jurídico a personas, cosas y actos, emanando este poder

del Estado; aseguradora de derechos, al respecto refiere el autor que la función notarial busca preservar la seguridad jurídica en tiempos de tranquilidad y paz, en comparación de la función de los jueces que se ejerce cuando existe controversia o contienda entre las partes; legitimadora especial, además de la tradicional división de función concebida por Montesquieu (ejecutiva, legislativa y judicial), concibe esta nueva función, en virtud de la cual se confiere seguridad, legalidad, autenticidad y publicidad de hechos y actos jurídicos, pero que por abarcar otros aspectos como la asesoría y autenticación tiene una configuración especial; y, promulgadora de normas jurídicas privadas, los acuerdos entre las partes contenidos en los instrumentos que se realizan ante el notario constituyen verdaderas normas que regulan las relaciones entre los particulares (pp.17-18).

Algunas reflexiones se pueden formular a partir de las consideraciones doctrinarias expuestas, una de ellas es que la función pública notarial es por demás compleja, el notario debe documentar la realidad, debe narrar con exactitud lo percibido por sus diferentes sentidos, es responsable por los actos y contratos que se realizan con su intervención; y permite hacer efectivas las finalidades estatales, de una sociedad en paz, armonía, pero a su vez tiene una importante función, no solo a lo que pretende alcanzar el Estado por sus fines, sino que tutela las relaciones particulares y privadas que ante él se realizan. A lo expuesto es preciso señalar, que las personas concurren ante el notario que les inspira confianza, en sus conocimientos, actividad, ejercicio. Hasta ahora se ha plasmado la función pública que cumple el notario, pero existe una función o actividad básicamente privada que va de cara al servicio notarial prestado al particular que concurre a un despacho notarial, la intervención del notario va permitir brindar seguridad en los actos que se realizan, pero no solo porque está investido de fe pública, sino porque el usuario del servicio confía en la actividad desarrollada por este.

En este punto cobra importancia una parte de la función de realizan los notarios, y que complementa y complica el tema de la actividad notarial, como es la asesoría que debe prestar el notario a quien concurre ante él a realizar un acto determinado. Ya en líneas anteriores se expresaba que resulta obligación del notario – no es su voluntad – sino que es obligación de este revisar la minuta, observar que esta corresponda a la realidad, autorizando a que realice los cambios que sean necesarios

para que esta se ajuste al ordenamiento jurídico, y en caso de no querer hacerse los ajustes y constituyendo esta un atentado al ordenamiento constituido, podrá el notario oponerse a la realización del acto, precisamente en cumplimiento de su actividad, y por el control de la legalidad que cumple la actuación notarial.

Lo antes referido es parte de la función de asesoría y consejo que debe dar el notario, dentro del notariado latino, al respecto González Barrón, G. (2015) refiere que la labor del notario "... no puede reducirse a la autenticidad de los convenios o actos privados sino, que también debe avanzarse a la justicia del propio acuerdo, para lo cual es imprescindible que el notario realice a cabalidad la función de asesoría o consejo..." (p.1456). Esta asesoría y consejo es especializada en la materia, debe ser imparcial, porque el notario – como ya se ha visto – no es abogado de la parte, ni actúa por ningún interés personal; de allí que legislaciones como la ecuatoriana dispongan que no podrán realizarse actos notariales a quien mantengan un vínculo de parentesco con el notario dentro de los grados de consanguinidad y afinidad reconocidos por el ordenamiento jurídico; por esto la imparcialidad es uno de los principios que inspiran el notariado desde el sistema latino, imparcialidad en cuanto a las partes e imparcialidad respecto del acto.

Esto es lo que Rodríguez Adrados (1997) denomina como “la *inescindibilidad de la función notarial*”, no es posible ver la actividad notarial únicamente desde el punto de vista de la función pública que el notario cumple por expresa delegación del Estado, este elemento privado que significa el ejercicio de una profesión liberal brindando asesoría y consejo, en función de la experiencia jurídica que tiene de una realidad determinada que es sometida a su conocimiento. Así el autor señala que:

La inescindibilidad entre las funciones públicas y las actuaciones privadas del notario; lo que verdaderamente caracteriza a la función notarial, según este punto de vista, consiste en que sus elementos públicos y privados son inescindibles, porque se han fundido en una realidad nueva; aunque el artículo 1.0 del Reglamento Notarial -sobre el que ya volveremos-, parezca yuxtaponer la misión de los notarios como profesionales del Derecho y su ejercicio, como funcionarios, de la fe pública notarial.

Las funciones públicas del notario vienen, por tanto, modalizadas por sus actividades privadas, de jurista, potenciándolas. Y lo mismo sucede al contrario; su actuación privada también resulta afectada por su función pública, recibiendo la impronta de la imparcialidad; porque el notario, un solo notario -a diferencia del abogado-, tiene que cuidar a la vez de los intereses de las dos partes, buscando su punto de equilibrio, su voluntad "común"; y por tanto el notario tiene que ser imparcial en virtud de la esencia misma de su profesión, y no sólo por razones de ética profesional.

Por ese íntimo entrecruzamiento no se pueden escindir dentro de la función notarial lo que teóricamente -he aquí una primera explicación de aquella yuxtaposición del artículo 1.0 del Reglamento-, sólo teóricamente, cabría considerar como funciones públicas o como actuaciones profesionales privadas; un Notariado de pura función pública dejaría desatendidos los intereses privados y no pasaría de la corteza de los negocios jurídicos; y unos notarios privados, meramente profesionales, quedarían absorbidos por la abogacía, serían abogados y no notarios (pp.162 – 163).

De lo referido por Rodríguez Adrados, se observa lo compleja de la actividad, y lo inseparable de la actividad desarrollada por los notarios, no puede haber una parte pública y una parte privada, y no procede analizar la actividad notarial en preponderancia de uno u otro elemento, ni existe yuxtaposición de los mismos; el notario es un funcionario particular, que debe tener sus propias reglas y sus propias normas regulatorias, de esta consideración, de todos estos elementos, y del análisis al detalle de la actividad, con elementos propios que se sumarán posteriormente en el análisis, es que a criterio de quien realiza esta investigación, considera que es uno de los importantes argumentos que impiden considerar la naturaleza jurídica del notario como la de un funcionario público.

Para concluir estas líneas es preciso reseñar algunas de las ventajas que recibe la sociedad de contar con la función pública notarial, entre estas es factible destacar que existe un tercero imparcial, que audita o “arbitra”, cuando no hay conflictos, los intereses de los particulares, permitiendo imparcialidad en las actuaciones sin que exista la balanza inclinada a una de las partes; genera un marco de legalidad en

las actuaciones privadas permitiendo que el tráfico jurídico se produzca con la seguridad y certeza necesaria, que resulta imprescindible para los particulares, pero que es esencial para la vida en sociedad, cuyos fines deben ser garantizados por el Estado; la función notarial debida y oportunamente cumplida, constituye un ahorro puesto que se evitan los conflictos y el tener que recurrir a la administración de justicia, limitando los conflictos entre las personas; en caso de producirse el conflicto, proporciona documentos probatorios que permiten conservar o constituir una prueba, de allí que se lo mira como un auxiliar de la función judicial; y, el gasto que significa el acto notarial, se ve compensado por todos los beneficios antes señalados.

2.2.2.4.2 NATURALEZA JURÍDICA DEL NOTARIO

2.2.2.4.2.1 Algunos aspectos Del funcionario público

A lo largo de esta investigación se ha abordado a la figura del notario, y se han revisado algunos aspectos trascendentes en la actividad, hasta llegar a comprender por qué, en algunos casos la doctrina y en otros algunas legislaciones lo consideran como un funcionario público; sintetizando se puede concluir que son dos elementos los que llevan a tal calificación, por un lado la fe pública notarial, analizada en líneas anteriores; y, por otro lado el ejercicio de una función pública, denominada función pública notarial. Para poder analizar este tema, es preciso partir de la definición de funcionario público, y de la consiguiente revisión de los elementos que configuran el concepto. Así refiere Pérez, L. (2015), que un funcionario público es una:

Persona física que mediante elección o nombramiento, sea regular o irregular ocupa un cargo y ejerce las funciones inherentes a este, en los órganos del Estado que prestan un servicio o función pública, o en las organizaciones empresariales estatales, que tiene como fin único la satisfacción de los intereses de la colectividad (s/p).

Algunos elementos del concepto antes referido es posible revisar a continuación, primero un funcionario público siempre será una persona natural o física, jamás otro tipo de formas jurídicas que adopte la personalidad podrán ser considerados como

funcionarios públicos; segundo se llega a tal ejercicio sea por elección o sea por nombramiento, puede ser que llegue como consecuencia de una elección popular, por un concurso de méritos y oposición, dependiendo dentro de este último si ingresa como funcionario de carrera o de libre nombramiento o remoción; los funcionarios públicos cumplen o con prestar un servicio público o con una función pública, y tienen como finalidad la satisfacción de intereses de la colectividad.

Adicionalmente, se pueden señalar como características del funcionario público las siguientes, primera es que existe un principio de legalidad estricto en sus funciones, solamente podrá hacer lo que una norma, sea la constitución – o como se la llame según la legislación – y la ley determine²; segundo forman parte de la nómina de la administración pública, tercero tienen una relación jerárquica dentro de alguna de las entidades, organismos, empresas o cualquier tipo de institución pública, como consecuencia de lo anterior existe una relación de dependencia en cuanto a las funciones

² El artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador, vigente desde el año 2008, reconoce este principio de legalidad, al disponer que las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias los servidores públicos y las personas que actúen por una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley y atribuciones que le son conferidas; sus actos están sometidos a control superior; la remuneración viene dada por la institución, organismo o dependencia a la que se pertenezcan; y, responden a los objetivos institucionales previamente determinados. Finalmente no pueden ejercer otra función que la expresamente determinada, salvo la cátedra universitaria. Estos son los elementos diferenciadores de un funcionario público, además de lo ya expuestos, habrá que analizar si estos requisitos se cumplen en el notario para calificarlo como tal.

2.2.2.4.3 El notario como funcionario público

Una vez que se han sentado las bases doctrinarias que permiten comprender las instituciones jurídicas vinculadas a la actividad notarial, es preciso comenzar con el análisis respecto a que si el notario, dada la naturaleza jurídica de la institución, es

o no un funcionario público, procediendo a revisar la doctrina que existe en torno al tema materia de esta investigación, así como las normas jurídicas aplicables vigente, a fin de arribar a conclusiones.

Señala Borrell, J. (2011) que como consecuencia del ejercicio de la función pública notarial devienen algunos aspectos que son esenciales de tal función, y que son determinantes para calificar al notario de funcionario público, lo que lleva al deber de prestación general del servicio debido a:

- a) **La condición de funcionario público del Notario, incardinado en una organización jerárquica con cúspide en el Ministerio de Justicia, compatible con su condición de profesional.**
- b) **La correlativa configuración del Notariado como servicio público, por el que el Estado garantiza la seguridad jurídica preventiva.**
- c) **El sistema retributivo del Notariado, con arreglo a la Ley de Tasas y Precios Públicos; por cuanto la prestación de la función no deriva de un pacto entre particulares, sino de la utilización de éstos del servicio público mediante el pago de un precio fijado por el Estado sin intervención alguna de la Corporación Notarial.**
- d) **El régimen de la Demarcación notarial, que garantiza a todos los ciudadanos el acceso ha dicho servicio con independencia de su ubicación geográfica (pp.68- 69).**

Refiere el autor algunos aspectos básicos de la función notarial, antes analizada, y que determinan la actividad del notario, primero el ejercicio de la función es obligatoria, no puede rechazar el notario ejercer la actividad, por su sola voluntad, debe existir una causa legal que motive no cumplir con el ejercicio de su función, de cara a que se trata de un servicio público el que se brinda; adicionalmente, destaca el autor lo ya expuesto en líneas anteriores, respecto de la seguridad jurídica

preventiva y que constituye la razón de ser del mismo, desde el punto de vista de las finalidades públicas; en cuanto al sistema retributivo del notario la razón de ser de la existencia de este tributo, tiene su sustento en la necesidad del servicio y los efectos ante dichos de las actuaciones notariales, entonces es el costo que paga la ciudadanía por obtener seguridad jurídica en sus relaciones, por la garantía que da el Estado en el tráfico jurídico, la certeza y trascendencia en el tiempo del acto notarial. Finalmente respecto de la demarcación de un determinado espacio geográfico territorial autorizado para cada funcionario, de esta forma el Estado garantiza el acceso al servicio público notarial en forma nacional, sin dependencia de la vinculación territorial del usuario al lugar donde reside, sino al lugar donde solicita el servicio.

Uno de los temas más complejos en materia notarial, y que igualmente ha generado muchas digresiones doctrinarias viene dado por el tipo de responsabilidad que asume el notario en caso de que no cumpla cabalmente su función, tanto en lo atinente a quienes demandan sus servicios notariales, como a aquellos terceros, que sin ser parte de la relación esta les produce una afectación directa o indirecta, al respecto Núñez Palomino, G. (2009), para tratar de este tema, se vale de la explicación de las teorías que permiten estudiar y desarrollar la naturaleza jurídica del notario, para lo cual expone:

Pensamos que el notario no es un funcionario público pues no integra el órgano de la administración pública. No está sujeto a una relación jerárquica donde un superior o anule los actos que aquél configura.

Veamos. La teoría funcionalista postula que el notario es un funcionario público del Estado. Los autores partidarios de esta teoría (Borda, Spota) estiman que existe una relación entre el notario y el Estado la misma que se materializa por medio de aquél. Afirman que el notario es representante del Estado desde el momento que brinda fe pública. Confunden fedatario con funcionario público.

La teoría profesionalista considera que el notario es un profesional liberal: aunque la actividad notarial se halle regulada por el Estado, ésta no hace del

notario un funcionario público. Pierden de vista que el notario, aunque profesional liberal, otorga fe pública en nombre del Estado.

Según la teoría intermedia o ecléctica es un profesional del Derecho que ejerce una función pública, el notario no extiende escrituras públicas en representación del Estado sino que lo hace en nombre propio. Esta posición intermedia coincide con la definición del notario que fuera adoptada por el Primer Congreso Internacional del Notariado Latino en 1948, en Buenos Aires, en el cual se crea la Unión Internacional del Notariado Latino”. En ese primer cónclave, se define al notario de tipo latino como “el profesional del Derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la

Voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad; conserva los originales y expide copias que den fe de su contenido, en su función está comprendida también la autenticación de hechos”. Esta es la teoría a la que nos adscribimos (p.48).

Al igual que lo referido por el autor antes citado, quien realiza esta investigación considera que de las tres teorías aquella que logra plasmar la naturaleza de este funcionario es la teoría ecléctica o intermedia, precisamente por lo ya analizado en esta investigación respecto de lo inescindible de la función pública y privada que convergen en este único funcionario, el considerarlo un funcionario público sería desconocer ese importante rol que cumple en las relaciones privadas y el fundamento del mismo; pero desconocer aquella función pública, es desnaturalizarlo.

Abella (citado por Núñez Palomino, G. (2009)), acoge los criterios expuestos en líneas anteriores, respecto de la responsabilidad en la que incurre el notario en cuanto a sus actuaciones, frente a quien demanda sus servicios, y quienes, terceros, se pudieren ver afectados por las actuaciones notariales, y cita a la autora cuando esta establece que: “la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil del escribano

público depende de la postura adoptada sobre la naturaleza jurídica de la función notarial” (p.49).

Para el notario español Menguel y Menguel, JM. (1993), el notario es un funcionario público, el tema es así - que a criterio del autor – y no admite discusiones, por el hecho de estar dotado de la fe pública y por esta investido de una función única y exclusiva como es la notarial, así las prebendas de la que este está investido la convierten en un funcionario público, textualmente ha dicho:

El Notario es un funcionario público, ya que el Estado le señala una función propia y exclusiva. Y en ese sentido bien puede afirmarse que la expresión “funcionario público” tiene una explicación tan general que todo aquel a quien el Estado señala una función, tiene la consideración de funcionario público (p.62).

Parte el autor de la consideración, expuesta en este trabajo que una función pública solamente puede ejercida por el Estado, sin embargo es de destacar que las actuales posturas admitidas por la doctrina en el derecho administrativos reconocen que tanto los servicios como las funciones públicas pueden ser cumplidas por los particulares, sean estos de cualquier naturaleza, dependiendo de que el ordenamiento jurídico así lo faculte. Si se revisa la Constitución Política de la República de Colombia se observa que se sigue con los criterios antes expuestos al señalar en el tercer inciso del artículo 123 de dicha norma que “La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio” la norma constitucional es clara, podrán desempeñar temporalmente funciones públicas, lo cual debe ser regulado por una ley; respecto de los servicios públicos la Constitución colombiana acoge el mismo criterio y dispone que podrán ser prestados por particulares:

Artículo 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares

Coherente con lo expuesto, refiere Blanquer, R. (2006) que, luego de los debates generados en los profesionales del notariado el análisis de la naturaleza jurídica del titular de esta actividad en el sistema de notariado latino, en la Asamblea de Presidentes del Notariado Miembros U.I.N.I., celebrada en el año 2004, ha concluido respecto de la función notarial y del notario, de la siguiente forma: “La función notarial es una función pública, por lo que el Notario tiene la autoridad del Estado. Es ejercida de forma imparcial e independiente, sin estar situada jerárquicamente entre los funcionarios del Estado” (p.280).

Concluye el mismo autor con una importante reflexión respecto de la naturaleza jurídica del notario, señalando que existen dificultades en cuanto a su definición y concepción, por cuanto este ejerce una función pública, que en algunos casos se lo mira como un oficial público, pero que cuando se lo considera como un funcionario público se debe aclarar que se lo hace porque se lo ve como quien ejerce una función pública, aunque no sea un funcionario administrativo del Estado, por no estar integrado en la Administración pública con dependencia formal o funcional de un empleo.

2.2.2.6.2 El notario en Colombia y Perú.-

Como se observa de las reflexiones que anteceden el tema de la naturaleza jurídica del notario, y su calificación como funcionario público no es sencilla y existen criterios encontrados por parte de la doctrina, que no es uniforme en las consideraciones realizadas con relación a esta institución. Procede hacer una revisión de las normativas aplicables a los países que son limítrofes con el Ecuador permitirá tener una visión más amplia de cómo se desarrolla esta actividad, a diferencia de cómo ha sido concebido en nuestro país desde el 2008.

Destaca Ortiz Rivas, H. (1984) que en Colombia la actividad notarial tiene dos formas diferentes de concebirse, por un lado la doctrina colombiana considera que

el notario no es un funcionario público, y da algunos argumentos, que se citarán a continuación; pero, destaca el autor que, en cambio la Corte Suprema de Justicia colombiana, así como el Consejo de Estado, lo consideran como un funcionario público, criterios jurisprudenciales valederos en los que el autor se adscribe. Respecto a la tesis sostenida por la doctrina, refiere al autor que:

Los autores del derecho notarial colombiano se inclinan por considerar al notariado del país como un servicio público de gestión privada, lo que equivale a afirmar que el notario no es un empleado público u oficial. Nuestros autores piensan que el notario es un particular que ejerce funciones públicas (p.146).

El autor refiriéndose a lo contenido en el Boletín del Colegio de Notarios destaca elementos que permiten concluir que el notario colombiano no es un funcionario público, tales como que un funcionario público no puede generar puestos de trabajo, facultad reconocida a los notarios en dicho país, el notario tiene calidad de patrono en Colombia respecto de quienes prestan sus servicios en las notarías; es autónomo en el ejercicio de su profesión, y por ello sus decisiones no están sometidas a recursos gubernativos o jurisdiccionales; no existe un orden jerárquico en su actividad que permita el control de sus actuaciones por un superior. Finalmente concluye el autor que la ley notarial colombiana vigente no define al notario como un funcionario público, el artículo 10 de la ley notarial dispone que “el ejercicio de la función notarial es incompatible con el de todo empleo o cargo público”, con la profesión de abogado y con cualquier gestión particular u oficial de negocios ajenos, cargos de representación política, auxiliar judicial, entre otros que la misma norma prevé. Es criterio de quien realiza esta investigación, que la legislación colombiana dispone que no se trata de un funcionario público, pese a lo respetable que pudieren ser los criterios de los tribunales de justicia.

Respecto de Perú, la situación parece más sencilla, la ley notarial vigente desde el año 2008, para adaptar el ordenamiento jurídico al tratado de libre comercio suscrito con Estados Unidos de América, evita incluso calificar al notario de público como lo hacen en la mayoría de las legislaciones y la doctrina. El artículo 2 del Decreto Legislativo No. 1049 del 26 de junio de 2008, dispone que el notario es un

profesional del derecho, autorizado para dar fe de los actos y contratos que ante él se celebran. Acto seguido el artículo 3 dispone que la función que ejerce el notario lo hace en forma autónoma, imparcial e independiente. Amado, E. (2017) considera que:

El artículo 3 de la Ley de Notariado, parece descartar el carácter funcional o estatal del notario, e incluso la norma se refiere siempre a la figura del notario, sin ningún adjetivo complementario, por lo que se descarta la locución notario público, aun cuanto este uso se encuentre ampliamente extendido, e incluso en algunas normas posteriores se ha utilizado en un evidente error de técnica legislativa (p. 933).

Finalmente refiere la misma autora, que aunque la doctrina lo considere un funcionario público, en virtud de las potestades de las que se encuentra investido, su función tiene características especiales, puesto que no pertenece al escalafón público, ni cobra sus emolumentos del presupuesto estatal, ni se encuentra sujeto a jerarquía administrativa alguna (p.933). A criterio de quien realiza esta investigación la postura adoptada por la normativa peruana es la correcta en materia de la naturaleza jurídica del notario, coincidiendo con lo manifestado por la autora que es incorrecto denominar al notario, como “notario público”, término común en el medio notarial.

II.2.2.6.2. El notario en el Ecuador, un funcionario público.-

La Constitución vigente desde el año 2008, introduce importantes reformas en materia de regulación del notariado y del notario como representante de esta actividad; siendo estas las que motivaron la presente investigación. La Norma Suprema a partir del artículo 167 trata de la Función Judicial, consagrando las normas generales que permitirán hacer efectiva, desde el punto de vista constitucional, el ejercicio de tan delicada función. El artículo 177 expresamente dispone que “La Función Judicial se compone de órganos jurisdiccionales, órganos administrativos, órganos auxiliares y órganos autónomos. La ley determinará su

estructura, funciones, atribuciones, competencias y todo lo necesario para la adecuada administración de justicia”.

Como se ha expuesto en líneas anteriores, dentro de los órganos auxiliares, conforme lo previsto en el artículo 178 de la Constitución, se encuentra el notariado; considerado así básicamente por algunas consideraciones, una de ellas es que permite descongestionar los tribunales y juzgados, permitiendo que aquellos casos en los que no existe controversia, de lo que se denomina la “jurisdicción voluntaria” sean despachados por los notarios; es de destacar que los notarios no ejercen una verdadera jurisdicción conforme lo previsto en el artículo 150 del Código Orgánico de la Función Judicial que concibe a esta como:

Art. 150.- JURISDICCION.- La jurisdicción consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, potestad que corresponde a las juezas y jueces establecidos por la Constitución y las leyes, y que se ejerce según las reglas de la competencia.

Del concepto de jurisdicción que recoge el Código Orgánico de la Función Judicial, y revisada la actividad que cumplen los notarios, es factible concluir que los notarios ni juzgan ni ejecutan lo juzgado, y expresamente la norma dispone que esa potestad le corresponde a los tribunales y jueces, quienes ejercen jurisdicción. Sin embargo la doctrina es común al hablar de jurisdicción notarial, entonces cuando se trata de esta, en esas reflexiones se comprenden aquellos asuntos que son sometidos a conocimiento y resolución del notario, pero que básicamente comprende a aquellos en los que no existe conflicto, por lo que se dan por acuerdo entre las partes.

Otro aspecto por el que se considera que el notariado constituye un órgano auxiliar de la administración de justicia, es porque los documentos que van a constituir pruebas en los procesos son generados, en su gran parte, en oficinas notariales, así el contrato de compraventa de inmueble incumplido se encuentra comprendido dentro de una escritura pública; existen documentos notariales en los que se reconocen obligaciones de pago o de suscripción de otros documentos; en fin la

infinidad de documentos que, en el caso del Ecuador la Ley Notarial permite que se realicen ante este funcionario, sirven de prueba para los procesos que se sustancian ante la administración de justicia, por tal consideración se considera al notariado como un órgano auxiliar de la administración de justicia. Es criterio de quien realiza esta investigación, que aunque los supuestos antes señalados tienen fundamento, no es menos cierto que la función notarial trasciende tales fines – como ha sido expuesto – y que el notario forme parte de la Función Judicial, como un órgano auxiliar es limitarlo.

En líneas anteriores, se dejó expresa constancia como en legislación comparada esta errónea percepción de la actividad notarial ha sido superada.

Es de destacar que ni en la Constitución vigente, ni en normas expedidas para regular el notariado, como parte del ordenamiento jurídico infra constitucional se lo define al notario como un funcionario público, tal texto no existe, pero sin embargo es el sistema que se adopta, como se analizaba en las líneas anteriores, la inclusión del notario como un funcionario auxiliar de la Función Judicial, por lo tanto sometiénolo a las reglas de esta, al órgano de control, y al mismo régimen disciplinario que a los demás miembros de la función judicial, lo que motiva – entre otras consideraciones - que sea considerado para el ordenamiento jurídico del Ecuador como un funcionario público. En concordancia con lo dispuesto el artículo 38 del Código Orgánico de la Función Judicial dispone que forman parte de la Función Judicial y consecuentemente son servidores judiciales los notarios; por lo que las reglas aplicables a estos funcionarios le son aplicables a los notarios en el Ecuador.

En adición a lo expuesto el artículo 199 de la Constitución de la República del Ecuador califica a los servicios notariales como un servicio público, siendo el artículo 17 del Código Orgánico de la Función Judicial, el que dispone que la administración de Justicia, a cargo de la Función Judicial, constituye un servicio a la comunidad. De todo lo expuesto, hasta ahora resulta evidente, que el notario es parte de la función judicial, que es un servidor judicial, que brinda un servicio público autorizado por el Estado, y que este constituye un servicio a la comunidad, al ser parte de una de las funciones del Estado, entonces ejerce una función pública,

que en este caso es la función pública notarial; por lo que resulta evidente su condición de funcionario público, hasta lo expuesto en estas líneas.

Acto seguido el artículo 200 de la Constitución de la República dispone que los notarios son depositarios de fe pública, a la que se ha hecho referencia en líneas anteriores, por lo que adicionalmente, por los dos aspectos antes referidos por estar investidos de una función pública y por gozar de esa presunción de legitimidad y certeza sus actuaciones, se configuran los elementos que desarrolla la doctrina notarial para considerar al notario como un funcionario público. Entonces, aunque ninguna norma constitucional o de inferior jerarquía expresamente disponga que el notario es un funcionario público, del análisis de las principales normas – por ser de superior jerarquía normativa – se colige que se trata de un funcionario público. La Ley Notarial vigente en el artículo 6 dispone que el notario es un funcionario investido de fe pública, nunca señala o refiere que sea un funcionario público.

La Constitución de la República dispone lo que reconoce la doctrina y las legislaciones de los países, al ejercer una función pública y al existir el control del Estado, a la función notarial se accede a través de un concurso de méritos y oposición, organizado por el Consejo de la Judicatura, pero que por ser parte de la Función Judicial se dispone que tiene que cumplir con la formación inicial de la carrera judicial. Los requisitos para acceder a la función notarial son los determinados en la misma Norma Suprema, e igualmente como ocurre en países como Perú, el ordenamiento jurídico exige que el notario sea nacional del país donde va a ejercer su actividad, quienes accedan al servicio notarial, exige además – de conformidad con lo previsto para el notariado latino – que el notario sea abogado determinando el Código Orgánico de la Función Judicial que debe haber ejercido con probidad la carrera por un lapso no menos de cinco años. Se había expuesto que el notario, en un primer momento era vitalicio, así lo recogió el Ecuador, pero con los cambios constitucionales y legales, se fijó como periodo del cargo seis años, reelegidos por una sola vez, siguiendo el mismo procedimiento de concurso de méritos y oposición.

En el Ecuador el órgano a cargo del gobierno, administración, vigilancia y disciplina de la Función Judicial (artículo 178) es el Consejo de la Judicatura, por

tal antecedente es este el que tiene a su cargo el control de la actividad notarial, el régimen de tasas notariales y el manejo del régimen disciplinario, sancionador por infracciones al ordenamiento que regula la actividad. Como órgano regulador y controlador, además expide las regulaciones que contienen las directrices para las actuaciones notariales. El Código Orgánico de la Función Judicial, en concordancia con la Resolución 010 – 2015 del Consejo de la Judicatura, con algunas reformas, constituyen el marco regulatorio de las tasas notariales y la forma de participación del Estado, que tiene su origen en lo previsto en la constitución vigente; su no pago, reiterado, es causal de destitución del notario.

Antes de concluir estas líneas sobre el notario en el Ecuador, es preciso hacer unas pocas reflexiones, adicionales a todas las contenidas en esta investigación que son completamente aplicables al funcionario del Ecuador. Siguiendo los criterios desarrollados por el Notariado en Colombia, y contenidos en el Boletín citado en este trabajo, existen elementos que hacen incompatible al notario ecuatoriano con el criterio de funcionario público, el primero de ellos es que en el Ecuador el personal que labora en las notarías son empleados del notario, regidos por el Código del Trabajo (artículo 302 Código Orgánico de la Función Judicial), por lo que son empleados a título personal.

Otro aspecto a destacar es que el notario en el Ecuador actúa a título personal, lo cual no ocurre con los funcionarios públicos, el acto notarial y el desarrollo de la actividad se lo hace bajo la figura de un profesional del derecho, quien tiene a su cargo una función pública. Finalmente la actividad la desarrolla en forma autónoma, escogiendo cómo la desarrolla – aunque sometido a los parámetros del Consejo de la Judicatura – el ejercicio, y la forma de organización y disposición de la notaria corresponde al notario. Los actos realizados por el notario no está sometidos a aprobación o control de un superior jerárquico, el Consejo de la Judicatura regula la actividad, pero no aprueba el acto notarial; y la impugnación ante jueces de actos notariales, cumple otra finalidad, no existe el control judicial al acto notarial en sí.

Aunque goce de fe pública y ejerza una función pública, se ha visto que estos no son elementos suficientes para considerar que el notario es un funcionario público, y que es más la doctrina en materia del derecho administrativo ha cambiado,

abriendo la oportunidad – no todavía en el Ecuador – a que sean particulares los que prestan un servicio o una función pública. Las instituciones en el derecho, son lo que corresponde, no lo que el legislador escriba o considere bajo su óptica, si bien como norma jurídica hay que cumplirla, por principio de orden y de convivencia social; no es menos cierto que las instituciones tienen que diseñarse y estructurarse en forma correcta, y reflejar la realidad de sus elementos y componentes, en el caso del Ecuador, debería revisarse esta calificación constitucional de la actividad notarial.

2.3 METODOLOGÍA

MODALIDAD. Modalidad - Cualitativa Categoría No Interactiva

Diseño.- El empleado es Análisis de Conceptos, puesto que se ha realizado un análisis crítico de ciencia jurídica, a la cual se ha aplicado además el análisis normativo de códigos y leyes, como la Constitución de la República del Ecuador, Código Orgánico de la Función Judicial, Ley Notarial, y demás aplicables a la materia. En el análisis se ha incluido lo expuesto en simposios y seminarios respecto de la materia, y revisado legislación comparada de países como Argentina, España y Cuba.

2.3.2 POBLACIÓN.-

UNIDADES DE OBSERVACIÓN	POBLACIÓN	MUESTRAS
Constitución de la República del Ecuador (2008) Artículos 167,168, 172, 174, 176, 177, 178, 179, 181, 199, 200	436	11
Código Orgánico de la Función Judicial Artículos 17, 38, 55, 56, 58, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 113, 114, 264, numerales 9 y 10, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 307.	346	27
Ley Notarial Artículos 1, 4, 5, 6, 7, 8	49	6
Código Orgánico General de Procesos	439	1
Resolución No. 010 – 2015 Consejo de la Judicatura	73	26
Ley Notarial de Perú	161	4
Ley Notarial de Colombia	233	6

Tomado de: Constitución de la República del Ecuador (2008) Código Orgánico de la Función Judicial (2009) Código Orgánico General de Procesos (2015) Ley Notarial (1966 y sus reformas)

Reglamento del Sistema Integral y Tasas Notariales, Función Judicial. Resolución del Consejo Nacional de la Judicatura No.10 (2015).

Ley Notarial Perú (2015)

Ley Notarial de Colombia (1983 y sus reformas)

2.3.3 MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN.-

Los métodos utilizados en la presente investigación fueron:

Métodos Teóricos:

1. **Análisis.-** Se realizó un estudio sobre la Función Notarial en general, la naturaleza jurídica del notario y los sistemas notariales, así como la Fe Pública y concretamente la Fe Notarial.
2. **Hermenéutico.-** Se procedió a utilizar este método sobre las normas recogidas en la Constitución de la República del Ecuador, Código Orgánico de la Función Judicial, Ley Notarial, Código Orgánico General de Procesos, legislación comparada y congresos y simposios relativos a la materia.
3. **Enfoque en Sistema.-** Se efectuó una comparación analítica entre el ordenamiento jurídico nacional y la doctrina de la materia.

II.3.2. PROCEDIMIENTO.-

La selección del tipo de investigación va a ser determinante para establecer cuáles son los pasos a seguir en el proceso de investigación, las técnicas y los métodos que

se pueden aplicar al trabajo. Así en función a la metodología desarrollada y al tipo de investigación se ha procedido a desarrollar lo siguiente:

El análisis del tema de investigación, plantea una problemática importante para comprender el alcance de la naturaleza de la función notarial, y las obligaciones y deberes a los que está sujeto el notario, y cuál debe ser el ordenamiento jurídico que lo ampara. Por tal motivo se escogió este tema de investigación, el que fue descompuesto en varios elementos que se ven reflejados en las preguntas de investigación, así al determinar los elementos se fueron configurando las instituciones jurídicas a analizar, siendo necesario revisar lo aplicable: al notariado en general, al funcionario público, la fe pública notarial, los sistemas notariales por las consecuencias que de esta concepción deriva en la naturaleza. Se observó que era preciso analizar además la normativa vigente tanto en otros países en la materia como en el Ecuador, a fin de analizar cuál es la postura doctrinaria y normativa en los países vecinos.

Determinado cuáles eran los elementos y las instituciones que debían revisarse en esta investigación, procedimos a analizar la realidad de los hechos, en base a la actividad desarrollada por los notarios, se ha revisado y analizado en forma

Descriptiva la doctrina y normativa aplicable al objeto de estudio, así como la actividad desarrollada por profesionales en la materia en congresos y simposios. Hemos consultado los ordenamientos jurídicos de países vecinos, en el caso de Colombia, partimos de la constitución de ese país para verificar el tratamiento de los funcionarios públicos, con una contradicción importante, para la jurisprudencia colombiana el notario es un funcionario público, no así para la doctrina que lo excluye de esta calificación. Se analizó, a manera de contraste, la legislación peruana, a partir de doctrinarios de este país, se revisaron normas jurídicas aplicables a la actividad, a fin de conocer el alcance y definición del notario en dicho país.

La información que se genera en simposios y congresos en materia notarial ha sido de gran utilidad en esta investigación, recogimos conceptos de expertos en este tema, y de posturas de doctrinarios respecto de avances en cuanto a posturas de la materia. Adicionalmente recolectamos información de profesores de la Maestría de Derecho Notarial y Registral, como insumos necesarios y de actualidad para contar con elementos para realizar la investigación.

Las técnicas permitieron recolectar información y datos necesarios para llevar adelante el proceso de investigación. Utilizamos la descripción, como una técnica donde se explicaron y narraron los aspectos más importantes del problema planteado. Realizamos una síntesis, uniendo todas las partes separadas, concebidas como instituciones, agrupándolas, y analizándolas como un todo que permitió arribar a conclusiones. Los datos obtenidos como parte del proceso de investigación se sistematizaron, para ir ponderar y seleccionar solamente aquellos que aportaron a la investigación, catalogando los contenidos de acuerdo con la definición del problema de investigación. La información obtenida, para elaborar la investigación, se procesó en un programa de Microsoft Word haciendo la digitalización de las ideas, conocimientos y datos obtenidos.

CAPÍTULO III CONCLUSIONES

3.1. RESPUESTAS.-

BASE DE DATOS

NORMAS CONSTITUCIONALES QUE DESARROLLAN EL NOTARIADO EN EL ECUADOR Y PERMITEN CALIFICARLO COMO FUNCIONARIO PÚBLICO	
OBJETO DE ESTUDIO	UNIDADES DE ANÁLISIS
	<p>Art. 167.- La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos y Funciones establecidos en la Constitución.</p>
	<p>Art. 168.- La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios:</p> <p>1. Los órganos de la Función Judicial gozarán de Independencia interna y externa. Toda violación a</p>
<p>CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR QUE DESARROLLAN EL NOTARIADO Y AL NOTARIO COMO FUNCIONARIO PÚBLICO</p>	<p>este principio conllevará responsabilidad administrativa, civil y penal de acuerdo con la ley.</p> <p>La Función Judicial gozará de autonomía administrativa, económica y financiera.</p> <p>En virtud de la unidad jurisdiccional, ninguna autoridad de las demás funciones Del Estado podrá desempeñar funciones de administración de justicia ordinaria, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución.</p> <p>El acceso a la administración de justicia será gratuito. La ley establecerá el régimen de costas procesales.</p> <p>En todas sus etapas, los juicios y sus decisiones serán públicos, salvo los casos expresamente señalados en la ley.</p> <p>La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo</p>

	<p>mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo.</p> <p>Art. 172.- Las juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley.</p> <p>Las servidoras y servidores judiciales, que incluyen a juezas y jueces, y los otros operadores de justicia, aplicarán el principio de la debida diligencia en los procesos de administración de justicia.</p> <p>Las juezas y jueces serán responsables por el perjuicio que se cause a las partes por retardo, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento de la ley.</p> <p>Art. 174.- Las servidoras y servidores judiciales no podrán ejercer la abogacía ni desempeñar otro empleo público o privado, excepto la docencia universitaria fuera de horario de trabajo.</p> <p>La mala fe procesal, el litigio malicioso o temerario, la generación de obstáculos o dilación procesal, serán sancionados de acuerdo con la ley. Las juezas y jueces no podrán ejercer funciones de dirección en los partidos y movimientos políticos, ni participar como candidatos en procesos de elección popular, ni realizar actividades de proselitismo político o religioso.</p> <p>Art. 176.- Los requisitos y procedimientos para designar servidoras y servidores judiciales deberán contemplar un concurso de oposición y méritos, impugnación y control social; se propenderá a la paridad entre mujeres y hombres.</p>
	<p>Con excepción de las juezas y jueces de la Corte Nacional de Justicia, las servidoras y servidores judiciales deberán aprobar un curso de formación general y especial, y pasar pruebas teóricas, prácticas y psicológicas para su ingreso al servicio judicial.</p> <p>Art. 177.- La Función Judicial se compone de órganos jurisdiccionales, órganos administrativos, órganos auxiliares y órganos autónomos. La ley determinará su estructura, funciones, atribuciones, competencias y todo lo necesario para la adecuada administración de justicia.</p>

Art. 178.- Los órganos jurisdiccionales, sin perjuicio de otros órganos con iguales potestades reconocidos en la Constitución, son los encargados de administrar justicia, y serán los siguientes:

1. La Corte Nacional de Justicia.
2. Las cortes provinciales de justicia.
3. Los tribunales y juzgados que establezca la ley.
4. Los juzgados de paz.

El Consejo de la Judicatura es el órgano de gobierno, administración, vigilancia y disciplina de la Función Judicial.

La Función Judicial tendrá como órganos auxiliares el servicio notarial, los martilladores judiciales, los depositarios judiciales y los demás que determine la ley.

La Defensoría Pública y la Fiscalía General del Estado son órganos autónomos de la Función Judicial.

La ley determinará la organización, el ámbito de competencia, el funcionamiento de los órganos judiciales y todo lo necesario para la adecuada administración de justicia.

Art. 179.- El Consejo de la Judicatura se integrará por 5 delegados y sus respectivos suplentes, quienes serán elegidos mediante ternas enviadas por el Presidente de la Corte Nacional de Justicia, cuyo representante lo presidirá; por el Fiscal General del Estado, por el Defensor Público, por la Función Ejecutiva y por la Asamblea Nacional.

Los delegados mencionados en el inciso anterior serán elegidos por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, a través de un proceso público de escrutinio con veeduría y posibilidad de una impugnación ciudadana.

El procedimiento, plazos y demás elementos del proceso serán determinados por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.

	<p>Los miembros del Consejo de la Judicatura, tanto titulares como suplentes, durarán en el ejercicio de sus funciones 6 años.</p> <p>El Consejo de la Judicatura rendirá su informe anual ante la Asamblea Nacional, que podrá fiscalizar y juzgar a sus miembros.</p>
	<p>Art. 181.- Serán funciones del Consejo de la Judicatura, además de las que determine la ley:</p> <p>Definir y ejecutar las políticas para el mejoramiento y modernización del sistema judicial.</p> <p>Conocer y aprobar la proforma presupuestaria de la Función Judicial, con excepción de los órganos autónomos.</p> <p>Dirigir los procesos de selección de jueces y demás servidores de la Función Judicial, así como, su evaluación, ascensos y sanción. Todos los procesos serán públicos y las decisiones motivadas.</p> <p>Administrar la carrera y la profesionalización judicial, y organizar y gestionar escuelas de formación y capacitación judicial.</p> <p>Velar por la transparencia y eficiencia de la Función Judicial.</p> <p>Las decisiones del Consejo de la Judicatura se tomarán por mayoría simple.</p>
	<p>Art. 199.- Los servicios notariales son públicos. En cada cantón o distrito metropolitano habrá el número de notarias y notarios que determine el Consejo de la Judicatura. Las remuneraciones de las notarias y notarios, el régimen de personal auxiliar de estos servicios, y las tasas que deban satisfacer los usuarios, serán fijadas por el Consejo de la Judicatura. Los valores recuperados por concepto de tasas ingresarán al Presupuesto General del Estado conforme lo que determine la ley.</p>

Art. 200.- Las notarias y notarios son depositarios de la fe pública; serán nombrados por el Consejo de la Judicatura previo concurso público de oposición y méritos, sometido a impugnación y control social. Para ser notaria o notario se requerirá tener título de tercer nivel en Derecho legalmente reconocido en el país, y haber ejercido con probidad notoria la profesión de abogada o abogado por un lapso no menor de tres años. Las notarias y notarios permanecerán en sus funciones seis años y podrán ser reelegidos por una sola vez.

La ley establecerá los estándares de rendimiento y las causales para su destitución.

Siendo el Ecuador un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, toda revisión jurídica debe partir desde la norma suprema, por lo que este análisis inicia desde la Constitución. La referencia constitucional comienza con los artículos que hacen relación con la Función Judicial, los que norman respecto a qué se entiende por la potestad de administrar justicia (art. 167) y cómo se ejerce, acto seguido la misma norma constitucional dispone cuáles son los principios que inspiran el desarrollo de la actividad de administrar justicia, propia de la función que se analiza (art. 168). A continuación se desarrollan algunas reglas de cómo debe realizarse la actividad disponiendo la aplicación de la debida diligencia para los servidores judiciales (art.172), aunque nunca se hace referencia a quiénes se refiere cuando trata de los servidores judiciales, estos son aquellos que forman parte de la ya referida función del Estado.

La norma constitucional contiene una disposición que resulta determinante para configurar la naturaleza del notario, y esta es aquella que regula la estructura de la Función Judicial, disponiendo que dentro de esta están comprendidos: los órganos jurisdiccionales, propiamente dichos; los órganos administrativos, los órganos auxiliares y los órganos autónomos (art.177). Dentro de los órganos auxiliares de la Función Judicial, por disposición normativa, se encuentra el servicio notarial (art.178). Si bien este es el marco normativo de máxima jerarquía en el Ecuador, a criterio de quien realiza esta investigación, producto de lo expuesto en líneas anteriores, el servicio notarial no cumple los requisitos o condiciones para ser

considerado como parte de la Función Judicial. Los notarios no están dotados de jurisdicción, y esta es la discusión de la doctrina respecto a considerar que la actividad de los notarios encuadra dentro de lo que se denomina “jurisdicción voluntaria”, no administran ni imparten justicia, y sus actuaciones se circunscriben, como se ha revisado en este trabajo, a aquellos actos en que no existe conflicto o controversia, ya que esta última es competencia de los órganos dotados de potestades jurisdiccionales para dirimirlos.

La Función Judicial, por expresa disposición constitucional, cuenta con un órgano administrativo a cargo de esta (arts. 179 y 180) cuya conformación es múltiple producto de ternas enviadas por diferentes estamentos vinculados a la actividad judicial, con funciones propias administrativas. Al Consejo de la Judicatura como órgano a cargo de la Función Judicial, le corresponde el control, fiscalización y sanción de todos los órganos que la conforman, incluido el servicio notarial, como órgano auxiliar. Si bien este es el ordenamiento jurídico imperante, y de máxima jerarquía, ya hemos expuesto en líneas anteriores que el notariado no configura los elementos para pertenecer a la referida función del Estado, por lo que no somos del criterio que debe ser excluido de la Función Judicial, no resultando adecuado que su controlador, fiscalizador y sancionador sea el Consejo de la Judicatura; sin embargo es de reconocer que mientras se mantenga la estructura actual de la Constitución, corresponde acatar lo dispuesto.

Los artículos 199 y 200 de la Constitución contienen el marco regulatorio vigente para materia notarial, y desarrollan algunas disposiciones importantes, a partir de las cuales se construye toda la arquitectura normativa en esta materia. Ya en líneas anteriores, sin que exista – como ya se había expuesto en esta investigación-, una norma expresa, pero por estar dentro de una función del Estado, y ejercer una función pública quedó configurada la naturaleza del notario como público. En el artículo 199 se califica a los servicios notariales de servicios públicos, aunque estos últimos podrían ser brindados por un privado, bajo determinado esquema jurídico, no es así en el Ecuador, conforme a la normatividad vigente desde 2008, los

servicios públicos de esta naturaleza son prestados por prestadores públicos, se trata de administración de justicia, reservada al Estado. La determinación del número de notarios, depende del Consejo de la Judicatura, por disposición expresa. Este artículo en que se crea, además, el complejo sistema de remuneración de los servicios notariales, que será desarrollado por el Código Orgánico de la Función Judicial; y, las tasas notariales, que siendo satisfechas por el usuario son parte del presupuesto general del Estado, y recaudadas a través de los notarios.

Finalmente el artículo 200 de la Constitución, refiere que los notarios serán designados luego de un concurso de méritos y oposición, así se ingresa a la carrera judicial, y que su órgano nominador es el Consejo de la Judicatura. Establece los requisitos para ser nombrados notarios, disponiendo como corresponde en el notariado latino, que este debe ser un profesional del derecho, contando como elemento una experiencia de tres años en el ejercicio de la profesión, siendo dadores de fe pública – no solamente porque su naturaleza es esas, sino porque el artículo así lo dispone expresamente- resultará importante contar con probidad notoria para el ejercicio de su actividad. Finalmente dispone que el cargo de notario tiene una duración temporal, lo cual ha caracterizado el servicio notarial, de acuerdo con lo expuesto en la revisión doctrinaria realizada en líneas anteriores.

Hasta aquí los resultados de la investigación en materia constitucional, las normas que se analizan a continuación reconocen y despliegan lo que la norma de máxima jerarquía ha dejado sentado respecto de la función notarial, corresponde revisar lo previsto en estas para comprender en su totalidad lo complejo de la actividad notarial, y en concreto la forma del ejercicio en el Ecuador, desde la perspectiva de un funcionario público.

NORMAS DEL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL QUE DESARROLLAN EL NOTARIADO EN EL ECUADOR Y PERMITEN CALIFICARLO COMO FUNCIONARIO PÚBLICO	
OBJETO DE ESTUDIO	UNIDADES DE ANÁLISIS
NORMAS DEL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL QUE DESARROLLAN EL NOTARIADO	<p>Art. 17.- PRINCIPIO DE SERVICIO A LA COMUNIDAD.- La administración de justicia por la Función Judicial es un servicio público, básico y fundamental del Estado, por el cual coadyuva a que se cumpla el deber de respetar y hacer respetar los derechos garantizados por la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes y las leyes.</p> <p>El arbitraje, la mediación y otros medios alternativos de solución de conflictos establecidos por la ley, constituyen una forma de este servicio público, al igual que las funciones de justicia que en los pueblos indígenas ejercen sus autoridades.</p> <p>En los casos de violencia intrafamiliar, por su naturaleza, no se aplicará la mediación y arbitraje.</p>
	<p>Art. 38.- CONFORMACION DE LA FUNCION JUDICIAL.- Integran la Función Judicial y se denominan, en general, servidores de la Función Judicial:</p> <p>Las juezas y jueces; las conjuezas y los conjueces, y demás servidoras y servidores de la Función Judicial que prestan sus servicios en la Corte Nacional de Justicia, cortes provinciales, tribunales y juzgados de primer nivel;</p> <p>Las juezas y jueces temporales, mientras estén encargados de la unidad;</p> <p>Las vocales y los vocales, y los demás servidoras y servidores de la Función Judicial que prestan sus servicios en el Consejo de la Judicatura;</p> <p>La Fiscal o el Fiscal General del Estado, la Defensora o Defensor Público General, y los demás servidoras y servidores de la Función Judicial que</p>

	<p>prestan sus servicios en la Fiscalía General del Estado y en la Defensoría Pública;</p>
	<p>Las notarias y los notarios y los demás servidoras y servidores de la Función Judicial que prestan sus servicios en los órganos auxiliares de la Función Judicial; y,</p> <p>Quienes sean designados servidoras y servidores judiciales provisionales para prestar servicios en los órganos de la Función Judicial.</p>
	<p>Art. 55.- REQUISITOS GENERALES.- Para ingresar a la Función Judicial se requiere:</p> <ul style="list-style-type: none"> . Ser ecuatoriana o ecuatoriano y hallarse en goce de los derechos de participación política; . Acreditar probidad, diligencia y responsabilidad en el cumplimiento de sus obligaciones, de conformidad con el reglamento que dictará el Consejo de la Judicatura.

	<p>Art. 57.- REQUISITOS ESPECIFICOS PARA INGRESAR A LAS CARRERAS JUDICIAL JURISDICCIONAL, FISCAL Y DE DEFENSORIA PUBLICA.- Además de reunir los requisitos generales, la o el postulante a ingresar a las carreras judicial jurisdiccional, fiscal y de defensoría pública, deberá ser abogada o abogado con título de tercer nivel legalmente reconocido, y presentará:</p> <p>Certificado de calificaciones generales de carrera otorgado por la universidad en la que obtuvo el título;</p> <p>Certificado de evaluación del periodo de práctica previa a la obtención del título de abogado otorgado por la institución en la que se lo realizó. Este requisito es válido para quienes hubieren obtenido su título con posterioridad a la expedición del reglamento que regula la práctica pre profesional obligatoria.</p> <p>Relación escrita de las motivaciones por las cuales el postulante aspira a ingresar al servicio judicial. Esta relación se utilizará como uno de los elementos en las pruebas teóricas orales y psicológicas.</p> <p>Declaración juramentada de no haber sido condenado por delitos de concusión, cohecho, extorsión, peculado, defraudación al Estado y demás entidades y organismos del sector público o prevaricato (sic).</p>
	<p>Art. 58.- CONVOCATORIA PUBLICA.- La convocatoria para ingresar a la Función Judicial deberá ser publicada en el Registro Oficial, y socializada en medios masivos escritos de comunicación social de cobertura nacional y en la página Web de la Función Judicial, sin perjuicio de que se utilicen otros medios de comunicación disponibles.</p> <p>La convocatoria para el ingreso a la Función Judicial se hará a nivel nacional. Será pública,</p>

	<p>abierta y respetará los principios de transparencia, no discriminación e igualdad.</p>
	<p>Art. 104.- RESPONSABILIDAD</p> <p>ADMINISTRATIVA.- Las servidoras y los servidores de la Función Judicial serán sancionados por las infracciones disciplinarias que incurrieren en el ejercicio de sus funciones, de acuerdo con lo regulado en este Capítulo, independientemente de las responsabilidades civiles o penales que hubieren lugar. En cualquier tiempo, de presumirse motivadamente la existencia de un delito de acción pública, se remitirán los antecedentes al Fiscal General del Estado, a los fiscales distritales o agentes fiscales, según corresponda.</p> <p>Art. 105.- CLASES DE SANCIONES DISCIPLINARIAS.</p> <p>Las sanciones disciplinarias serán de las siguientes clases:</p> <ul style="list-style-type: none"> . Amonestación escrita; . Sanción pecuniaria que no exceda del diez por ciento de su remuneración mensual; . Suspensión del cargo, sin goce de remuneración, por un plazo que no exceda de treinta días; y, . Destitución.

Art. 106.- PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN.- La acción disciplinaria prescribe:

Por infracciones susceptibles de sanción pecuniaria o de amonestación en el plazo de treinta días;

Por infracciones susceptibles de sanción de suspensión de funciones sin goce de remuneración en el plazo de sesenta días; y,

Por las infracciones susceptibles de destitución, en el plazo de un año, salvo las que estuvieren vinculadas con un delito que prescribirán en cinco años, sin perjuicio del régimen de prescripción del delito o de la acción establecida en la ley.

Los plazos de prescripción de la acción disciplinaria se contarán, en el caso de queja o denuncia desde que se cometió la infracción; y en el caso de acciones de oficio, desde la fecha que tuvo conocimiento la autoridad sancionadora.

La iniciación del proceso disciplinario interrumpe la prescripción hasta por un año. Vencido este plazo, la acción disciplinaria prescribe definitivamente.

	<p>Art. 107.- INFRACCIONES LEVES.- A la servidora o al servidor de la Función Judicial se le podrá imponer amonestación escrita o sanción pecuniaria, a juicio del sancionador, por las siguientes infracciones disciplinarias:</p> <p>Incurrir en tres o más faltas injustificadas de puntualidad o atrasos al trabajo, siempre que no excedan de cinco en un mismo mes, o tres o más abandonos de la oficina en horario de trabajo;</p> <p>Recibir a una de las partes o a su defensor para tratar asuntos relativos a la causa, sin proceder en la forma prevista en el artículo 103 número 14, para que la otra parte pueda ejercer su derecho a concurrir a la audiencia. Esta disposición será aplicable únicamente a las juezas y jueces;</p> <p>Desempeñar actividades extrañas a las funciones que le corresponden durante las horas de trabajo;</p> <p>Agredir de palabra o por escrito a sus compañeros o a otros servidores de la Función Judicial o a los usuarios de los servicios de justicia, con ocasión del ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de que los términos utilizados constituyan injuria grave, según el Código Penal;</p> <p>Incurrir en negativa o retardo injustificado leve en la prestación del servicio que está obligado;</p> <p>No remitir la información a la que está obligado el servidor o la servidora judicial;</p> <p>Utilizar las instalaciones de trabajo para organizar reuniones o actos ajenos a su función;</p> <p>Realizar actividades de compraventa de bienes o servicios en las instalaciones de trabajo;</p> <p>Ocasionar daño leve a los bienes de la Función Judicial, particularmente los informáticos; y,</p> <p>Haberse aceptado la recusación en un proceso por retardo injustificado en el despacho.</p> <p>La reiteración en cualquiera de estas faltas por tres ocasiones en el período de un año, será motivo de suspensión.</p>
--	---

	<p>Art. 108.- INFRACCIONES GRAVES.- A la servidora o al servidor de la Función Judicial se le podrá imponer sanción de suspensión, por las siguientes infracciones:</p> <ul style="list-style-type: none"> . Agredir de palabra o por escrito, siempre que los términos empleados constituyan injuria grave, según el Código Penal, o de obra a sus superiores o inferiores jerárquicos, compañeros de trabajo o usuarios del servicio; . Acudir en estado de ebriedad o bajo el efecto de sustancias estupefacientes al lugar de trabajo; o consumir bebidas alcohólicas o sustancias estupefacientes en el lugar de trabajo;
	<ul style="list-style-type: none"> Propiciar, organizar o ser activista en paralizaciones del servicio de justicia; Causar daño grave en equipos, documentos, expedientes, enseres y demás bienes bajo su custodia, mantenimiento o utilización, sea por negligencia o por dolo; Reincidir en la omisión del envío de la información a la que está obligado el servidor o la servidora judicial; No firmar intencionalmente actas, providencias o diligencias judiciales; Dejar caducar la prisión preventiva; y, No haber fundamentado debidamente sus actos administrativos, resoluciones o sentencias, según corresponda, o en general en la substanciación y resolución de las causas, haber violado los derechos y garantías constitucionales en la forma prevista en los artículos 75, 76 y 77 de la Constitución de la República. Quien no notifique oportunamente providencias, resoluciones y actos administrativos, decretos, autos y sentencias. La reiteración de estas faltas por tres ocasiones en un período de un año, será motivo de destitución.

Art. 109.- INFRACCIONES GRAVISIMAS.- A

la servidora o al servidor de la Función Judicial se le impondrá sanción de destitución, por las siguientes infracciones disciplinarias:

Vulnerar, a pretexto de ejercer facultad de supervisión, la independencia interna de las servidoras y los servidores de la Función Judicial;

Abandonar el trabajo por más de tres días laborables consecutivos o por más de cinco no consecutivos injustificados en un mismo mes;

Haber sido sancionado disciplinariamente con sanción pecuniaria por más de tres veces en el lapso de un año;

Retener indebidamente documentos, procesos o bienes de la Función Judicial o de terceros que se encuentran en la dependencia donde labora o sea responsable de su manejo o cuidado;

Introducir extemporáneamente documentos al proceso o sustituirlos, así como mutilar los procesos extrayendo piezas del mismo, aunque no sea para favorecer a una de las partes;

Ejercer la libre profesión de abogado directamente o por interpuesta persona;

Intervenir en las causas que debe actuar, como Juez, fiscal o defensor público, con dolo, manifiesta negligencia o error inexcusable;

	<p>Haber recibido condena en firme como autor o cómplice de un delito doloso reprimido con pena de privación de la libertad.</p> <p>Proporcionar información falsa o utilizar documentos falsos para la selección, concurso de oposición y méritos e inscripción de su nombramiento;</p> <ol style="list-style-type: none"> 0. Acosar sexualmente a sus inferiores jerárquicos, compañeros de trabajo o usuarios del servicio, u ofrecer favores de este tipo a sus superiores a cambio de obtener un trato preferencial; 1. Solicitar o recibir préstamos en dinero u otros bienes, favores o servicios, que por sus características pongan en tela de juicio la imparcialidad del servidor de la Función Judicial en el servicio que le corresponde prestar; 2. Manipular o atentar gravemente contra el sistema informático de la Función Judicial; 3. Ejecutar en forma irregular el sorteo de causas cuando sea obligatorio dicho requisito para prevenir en el conocimiento de las causas; 4. Revelar, antes de la práctica de la diligencia de confesión, el contenido de las posiciones presentadas en sobre cerrado; 5. No cobrar las tasas por servicios notariales, apropiarse de parte o totalidad de ellas, o cobrar más de lo debido a los usuarios del servicio para beneficiarse; y, 6. Revelar información sobre actos investigativos que por su naturaleza puedan favorecer o perjudicar ilegítimamente a una de las partes. 7. No comparecer a una audiencia, excepto por caso fortuito o fuerza mayor 8. No citar o notificar a las personas investigadas cuando lo han solicitado en las investigaciones previas; o, a las personas procesadas, en las investigaciones procesales, por delitos de ejercicio público de la acción.
--	---

	<p>Art. 110.- CIRCUNSTANCIAS</p> <p>CONSTITUTIVAS.- La calificación de una infracción disciplinaria como susceptible de suspensión o destitución, en los casos que se utilizan estas expresiones en los artículos precedentes, se hará de acuerdo con las siguientes circunstancias constitutivas:</p> <ul style="list-style-type: none"> . Naturaleza de la falta; . Grado de participación de la servidora o servidor; . Haberse cometido el hecho por primera vez o en forma reiterada;
	<ul style="list-style-type: none"> . Tratarse de hechos que constituyan una sola falta o una acumulación de faltas; . Los resultados dañosos que hubieran producido la acción u omisión; y, . Otros elementos atenuantes o agravantes que consten del sumario disciplinario. <p>Se exceptúan los casos en que la ley ya realiza la calificación o dispone que se apliquen sanciones determinadas por la comisión de dichas infracciones.</p>

Art. 113.- EJERCICIO DE LA ACCION.- La acción disciplinaria se ejercerá de oficio, o por queja o denuncia.

Podrán presentar queja: La Presidenta o el Presidente de la República, la Presidenta o el Presidente de la Asamblea Nacional; la Presidenta o el Presidente del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social; la Contralora o el Contralor General del Estado; la Procuradora o el Procurador General del Estado; la Presidenta o el Presidente y los demás vocales del Consejo de la Judicatura; las primeras autoridades de los órganos autónomos; las juezas y jueces de la Corte Nacional de Justicia así como las conjuetas y los conjuetes de la misma; y las juezas y jueces de las cortes provinciales, tribunales penales y juzgados de primer nivel; el Comandante General y los jefes de unidades de la Policía Nacional; y, la Auditora o el Auditor Interno.

Podrá presentar denuncia escrita, cualquier persona natural o jurídica, grupo de personas, pueblo o nacionalidad, que tenga interés directo en un juicio o servicio solicitado. Presentada la denuncia se reconocerá la firma ante el funcionario encargado de tramitarla.

La denuncia reunirá los siguientes requisitos:

- . Nombres y apellidos completos del denunciante;
- . Identificación del servidor o servidores de la Función Judicial denunciados con la indicación de la unidad o dependencia en que presta sus servicios;
- . Un resumen de los hechos denunciados;
- . La infracción disciplinaria imputada con todas sus circunstancias;
- . Las normas legales y reglamentarias, circulares o instructivos que se hubieren infringido;
- . Los medios de prueba que disponga debidamente autenticados o el señalamiento de indicios razonables que permitan presumir la comisión de la infracción disciplinaria; y,

	<p>7. La designación del casillero judicial o dirección electrónica en que ha de ser notificado el denunciante.</p> <p>Si no cumplen estos requisitos, no admitirá a trámite la denuncia</p>
	<p>Art. 114.- INICIACIÓN DE SUMARIOS DISCIPLINARIOS.- Los sumarios disciplinarios se iniciarán de oficio por la Directora o el Director Provincial, o por la unidad que el Consejo de la Judicatura establezca de manera general, cuando llegare a su conocimiento información confiable de que el servidor de la Función Judicial ha incurrido en una presunta infracción disciplinaria sancionada por este Código.</p> <p>También podrá iniciarse por denuncia presentada por cualquier persona, grupo de personas, pueblo o nacionalidad.</p> <p>En caso de denuncias en contra de Jueces y Conjuces de la Corte Nacional de Justicia, del Director General, de los directores regionales o provinciales y de los directores de las comisiones o unidades, será el Pleno del Consejo de la Judicatura quien tramite los sumarios e imponga las sanciones correspondientes.</p>
	<p>Art. 264.- FUNCIONES.- Al Pleno le corresponde:</p> <p>Fijar y actualizar: a) las tasas notariales que serán pagadas por los usuarios de los servicios notariales;</p> <p>b). Expedir, modificar, derogar e interpretar obligatoriamente el Código de Ética de la Función Judicial, el Estatuto Orgánico Administrativo de la Función Judicial, los reglamentos, manuales, instructivos o resoluciones de régimen interno, con sujeción a la Constitución y la ley, para la organización, funcionamiento, responsabilidades, control y régimen disciplinario; particularmente para velar por la transparencia y eficiencia de la Función Judicial.</p>

	<p>Art. 296.- NOTARIADO.- El Notariado es un órgano auxiliar de la Función Judicial y el servicio notarial consiste en el desempeño de una función pública que la realizan las notarias y los notarios, quienes son funcionarios investidos de fe pública para autorizar, a requerimiento de parte, los actos, contratos y documentos determinados en las leyes y dar fe de la existencia de los hechos que ocurran en su presencia. Así como intervenir en ejercicio de la fe pública de la que se encuentran investidos,</p> <p>en los asuntos no contenciosos determinados en la Ley, para autorizar, conceder, aprobar, declarar,</p>
	<p>extinguir, cancelar y solemnizar situaciones jurídicas respecto de las que se encuentren expresamente facultados en el Código Orgánico General de Procesos, la Ley Notarial y otros cuerpos legales.</p> <p>El ejercicio de la función notarial es personal, autónomo, exclusivo e imparcial.</p>
	<p>Art. 297.- REGIMEN LEGAL.- El Servicio Notarial se rige por la Constitución, este Código, la Ley Notarial y demás disposiciones legales y reglamentarias.</p>
	<p>Art. 298.- INGRESO AL SERVICIO NOTARIAL.- El ingreso al servicio notarial se realizará por medio de un concurso público de oposición y méritos, sometido a impugnación y control social, y con el procedimiento establecido en este Código, que será dirigido por la Unidad de Recursos Humanos del Consejo de la Judicatura, sin perjuicio de que la formación inicial esté a cargo de la Escuela de la Función Judicial.</p> <p>Las disposiciones contenidas en este Código relativas a la convocatoria, calificación, selección, impugnación, formación inicial y nombramiento para el ingreso a las diferentes carreras de la Función Judicial, se aplicarán en lo que sea pertinente al ingreso al Servicio Notaria.</p> <p>Los concursos no podrán privilegiar la experiencia</p>

	<p>frente a la preparación académica y la evaluación de desempeño.</p> <p>Art. 299.- REQUISITOS PARA SER NOTARIA O NOTARIO.- Para ser notaria o notario se requerirá:</p> <ul style="list-style-type: none"> . Ser ecuatoriana o ecuatoriano y hallarse en goce de los derechos de participación política; . Tener título de abogada o abogado, legalmente reconocido en el país; . Haber ejercido con probidad notoria la profesión de abogada o abogado por un lapso no menor de tres años. <p>Art. 300.- DURACIÓN EN EL CARGO.- Las notarias y los notarios permanecerán en el ejercicio de sus funciones seis años, y podrán ser reelegidos por una sola vez. Quienes hubieren sido reelectos podrán, libremente, participar en los concursos que se abran respecto de otras notarías, cuando concluya su segundo período.</p> <p>Art. 301.- DEBERES DE LAS NOTARIAS Y NOTARIOS.- El servicio notarial es permanente e ininterrumpido. Para cumplir sus funciones, cuando el caso amerite o las partes lo requieran,</p>
	<p>podrá autorizar los actos o contratos fuera de su despacho notarial.</p> <p>También son deberes de las notarias y notarios:</p> <ul style="list-style-type: none"> Presentar su relación de gastos así como el presupuesto de gastos ordinarios y extraordinarios ante el Consejo de la Judicatura. Declarar bajo juramento los valores cobrados por los servicios prestados en forma mensual y depositar en la cuenta única del Tesoro Nacional lo que exceda del monto máximo que le sea permitido percibir por el desempeño de la función notarial que no podrá ser superior al señalado en el artículo 304. <p>La falsedad en las declaraciones tributarias o el ocultamiento en la inscripción o registro de bienes</p>

	<p>muebles o inmuebles, será motivo de destitución, sin perjuicio de las acciones penales correspondientes.</p>
	<p>Art. 301A.- Notarias y notarios suplentes.- Cada notaria o notario titular contará con una o un notario suplente, quien debe reunir los mismos requisitos que el titular y lo reemplazará en casos de ausencia temporal. Para el efecto, la notaria o notario titular remitirá a la Dirección Provincial del Consejo de la Judicatura el nombre de su notaria o notario suplente, que no podrá ser su cónyuge o conviviente o pariente hasta el segundo grado de consanguinidad ni primero de afinidad, y los documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos. La falsedad de los documentos o información remitida ocasionará la destitución de la notaria o notario titular.</p> <p>La notaria o notario titular será solidariamente responsable civil y administrativamente por las actuaciones de la notaria o notario suplente en el ejercicio de sus funciones.</p> <p>En ningún caso, la notaria o notario suplente reemplazará al titular cuando la ausencia se deba por suspensión o destitución de la notaria o notario titular como consecuencia de una acción disciplinaria.</p>
	<p>Art. 302.- PERSONAL QUE LABORA EN LAS NOTARÍAS.- Quienes presten sus servicios en las notarías serán trabajadores dependientes de la notaria o el notario, sujetos al Código del Trabajo.</p>
	<p>Art. 303.- TASAS POR SERVICIOS NOTARIALES.- Es atribución del Consejo de la Judicatura establecer, modificar o suprimir mediante resolución las tasas por servicio notarial, fijar sus tarifas y regular sus cobros. Igualmente, es atribución de dicho Consejo fijar y actualizar periódicamente, mediante resolución, los</p>

	<p>mecanismos de remuneración de las notarias y notarios, que serán pagados por los usuarios del servicio.</p> <p>La notaria o notario que cobre valores no establecidos por el Consejo de la Judicatura, comete una falta susceptible de destitución.</p>
--	--

Art. 304.- MECANISMO DE

REMUNERACIÓN.- Le corresponde exclusivamente a la notaria o notario asumir los costos de la administración general de su despacho, su propia remuneración y el cumplimiento de las obligaciones laborales de su personal, por medio de la recaudación directa que por concepto de tasas realiza. En ningún caso el Estado deberá erogar valor alguno por estos conceptos.

La notaria o notario sentará razón al margen de la escritura matriz o del documento protocolizado o de la diligencia practicada, del número de la factura emitida por el acto o contrato notarial realizado.

El Estado recibirá, según lo determinado en el siguiente esquema, un porcentaje del ingreso bruto percibido por la notaria o notario.

. Del ingreso bruto comprendido entre la categoría 5 y 10 de la carrera judicial, el Estado participará en el diez por ciento (10%) del excedente una vez descontado el monto equivalente a la remuneración de un funcionario judicial de la categoría 5;

. Del ingreso bruto comprendido entre la categoría 10 de la carrera judicial y el duplo de ésta, el Estado participará en el veinte por ciento (20%) del excedente una vez descontado el monto equivalente a la remuneración de un funcionario judicial de la categoría 5;

. Del ingreso bruto comprendido entre el duplo de la categoría 10 de la carrera judicial y el cuádruplo de ésta, el Estado participará en el treinta por ciento (30%) del excedente una vez descontado el monto equivalente a la remuneración de un funcionario judicial de la categoría 5; y,

. Del ingreso bruto superior al monto anterior, el Estado participará en el cincuenta y uno por ciento (51%) del excedente una vez descontado el monto equivalente a la remuneración de un funcionario judicial de la categoría 5.

Estos porcentajes de participación podrán ser modificados por el Consejo de la Judicatura,

mediante resolución, según las necesidades del servicio.

Esta participación en el rendimiento no constituye un tributo; por lo tanto no constituye crédito fiscal a favor de la notaria o notario.

La notaria o notario deberá depositar este monto dentro de los diez primeros días del mes siguiente, en la cuenta única del Tesoro Nacional y presentar la respectiva liquidación al Consejo de la Judicatura. Si la notaria o notario no realiza el depósito del porcentaje correspondiente dentro del plazo señalado, pagará los intereses legales y una multa equivalente al tres por ciento (3%) por cada mes o fracción, sin perjuicio de las responsabilidades penales o administrativas por

Retención de fondos públicos. El retraso reiterado será causal de destitución.

Art. 305.- TARIFA MINIMA O REDUCIDA.-

Cuando la Constitución o la ley lo dispongan, los servicios notariales serán gratuitos o causarán tasas y mecanismos de remuneración inferiores a los establecidos.

Art. 306.- EXENCIÓN PARA PERSONAS

ADULTAS MAYORES.- Las personas adultas mayores se encuentran exentas en el pago de las tasas y los mecanismos de remuneración notarial en los actos que contengan su única y exclusiva declaración de voluntad. Para el caso de contratos bilaterales los adultos mayores no pagarán estos mecanismos de remuneración notarial en el porcentaje que señala la ley, pero les está prohibido asumir el pago del porcentaje que corresponda cubrir a los demás intervinientes.

Art. 307.- ARCHIVO NACIONAL NOTARIAL.-

Créase el Archivo Nacional Notarial, dependiente del Consejo de la Judicatura, el mismo que será implementado de acuerdo a las disposiciones que dicte este órgano.

El Consejo de la Judicatura, a través de la unidad correspondiente, implementará la creación y desarrollo progresivo de un archivo electrónico de los actos y documentos que notarias y notarios registran en los libros de protocolo.

Las notarias y notarios conservarán en su poder los libros de protocolo por cinco años, cumplidos los cuales deberán remitir aquellos a la oficina provincial de archivo notarial correspondiente, que funcionará en la capital de cada provincia, a cargo de los directores provinciales del Consejo de la Judicatura, a más tardar el último día hábil del mes de enero del año que corresponda.

Las notarias y notarios que finalicen sus funciones tendrán igual obligación que la cumplirán dentro de los treinta días siguientes a la terminación de las mismas. En caso de fallecimiento de la notaria o notario, este deber lo cumplirá la notaria o notario

	<p>suplente o la persona en cuyo poder se hallen los protocolos.</p> <p>Las notarias y notarios, dentro de los quince primeros días de finalizado cada mes remitirán a la oficina provincial del archivo notarial, copia certificada del índice de los protocolos correspondientes a dicho mes.</p> <p>Las oficinas provinciales remitirán copia certificada de los protocolos al Archivo Nacional Notarial dentro del primer trimestre de cada año. El Consejo de la Judicatura reglamentará el funcionamiento de este Archivo Nacional Notarial y de sus oficinas provinciales.</p> <p>Sin perjuicio de lo anterior, las notarias y los notarios tienen la obligación de llevar un archivo electrónico de todas sus actuaciones realizadas en el ejercicio de sus funciones.</p>
--	--

Como ya expusimos en líneas anteriores, a partir de la Constitución se construye la nueva arquitectura del ordenamiento jurídico, lo cual es aplicable para todas las áreas del derecho, y el notarial no puede ser la excepción. La Constitución de la República (art.177) había dejado sentado que los órganos de la Función Judicial son los propiamente jurisdiccionales, los administrativos, los auxiliares y los autónomos, disponiendo además que la ley determinará las atribuciones, funciones, competencias y todo lo necesario para la administración de justicia. La ley que desarrolla la actividad de la Función Judicial es el Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ), que entró en vigencia una vez que fue publicado en el Registro Oficial Suplemento 544 del 9 de marzo de 2009.

Algunos artículos del Código Orgánico de la Función Judicial deben revisarse para arribar a conclusiones válidas respecto de la naturaleza jurídica del notario en el Ecuador, el primero de ellos es el artículo 17 que dispone, en concordancia con lo previsto en la norma constitucional, que el servicio de administración de justicia es público, y que se lo desarrolla a través de los órganos que conforman la Función Judicial, agregando en forma general que este coadyuvará a la consecución del deber estatal de respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la

Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes y las leyes. Aunque resulta importante el reconocimiento de los mecanismos alternativos de solución de controversias que se encuentra comprendido en este artículo, no es relevante para esta investigación, por lo que solamente se lo deja señalado.

El artículo 38 del COFJ, en armonía con la Constitución de la República, dispone quiénes conforman la Función Judicial, comprendiendo en el número 5 del citado artículo al servicio notarial, y a los demás órganos auxiliares de la Función Judicial. Los artículos 55, 57 y 58 del COFJ, norman lo que tiene que ver con el acceso de los servidores públicos a la referida Función Judicial, disponiendo los requisitos generales, que se lo hará a través de un concurso público, mediante una convocatoria publicada en el Registro Oficial, debiendo el concurso garantizar los principios de igualdad y no discriminación.

Siendo el Consejo de la Judicatura el órgano administrativo a cargo de los procesos de selección, acceso y sanción de los servidores de la Función Judicial (art.181, 3 CRE), el sistema notarial está incluido en este control, el artículo 104 del COFJ regula respecto de la responsabilidad administrativa de los servidores que forman parte de la Función Judicial, disponiendo que serán sancionadas sus infracciones conforme lo previsto en el Código Orgánico de la Función Judicial, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que pudieren generarse, Así la comisión de delitos que pudieren presumirse en el ejercicio de la actividad, motivarán que los agentes fiscales, los fiscales distritales o el Fiscal General del Estado, dependiendo si el funcionario goza de fuero de corte, inicien las investigaciones penales. La Ley Notarial vigente, antes de las sucesivas reformas, en el artículo 6 disponía que el notario gozaba de fuero de Corte; actualmente se ha despojado al notario de este beneficio de ser juzgado en sus actuaciones primero por un tribunal es decir un órgano colegiado tomando una decisiones, no un criterio unipersonal, y segundo, por un órgano de mayor jerarquía, dada la naturaleza de la actividad notarial.

Los artículos 105, 106, 107, 108, 109 y 110 contienen las normas relativas a los procesos disciplinarios, la prescripción de la acción disciplinaria, y el tipo de infracciones que pueden ser leves (art. 107), graves (art.108) y gravísimas (art.109)

es de destacar que estas infracciones son, en su mayoría, construidas para funcionarios a cargo del ejercicio de jurisdicción, somos del criterio que al amparo de la facultad de control y sanción, debería generarse normativa de idéntica jerarquía para sancionar el incumplimiento de los diferentes deberes y obligaciones que tienen los notarios en el ejercicio de su actividad, por lo peculiar de su actividad, habrán infracciones administrativas, civiles y penales, que solamente un notario, no un juez, podrá cometer en el ejercicio de su cargo; aunque se discrepe de la calificación que el ordenamiento

jurídico ecuatoriano le ha dado al notario, una vez que este está vigente, tiene que ejercerse entonces en forma coherente con las funciones y competencias de la actividad que se norma. Finalmente en este tema se encuentran los artículos 113 y 114, respecto del ejercicio de la acción y sumario administrativo, respectivamente.

A partir del artículo 296 del COFJ se desarrolla el notariado, más allá de repetir lo dispuesto por otras normas de la Constitución y del mismo cuerpo normativo respecto a que es un órgano auxiliar de la Función Judicial, presenta ya algunos elementos que son configurativos de la actividad notarial, así conforme ya se lo ha expuesto en esta investigación define que esta consiste en el ejercicio de una función pública (actividad esencial del Estado) dotados de fe pública, no cualquier fe pública, sino la notarial. En el artículo se encuentran recogidos algunos principios que inspiran la actividad notarial, el primero de estos es el de rogación de parte, los notarios solamente actúan cuando existe una petición de interesado, no pueden hacerlo de oficio, esto caracteriza a la actividad notarial; el segundo principio que recoge el artículo es que actúa bajo reserva legal, es decir, solamente podrá dar fe de actos, contratos o autorizar documentos conforme esté determinado por la ley. Entonces el notario actúa a petición de parte y está autorizado para hacer todo lo que la ley le faculte.

El notario no puede actuar en situaciones donde existe controversia, puede ser que se realicen documentos ante él que servirán de base para un conflicto o que será materia de un juicio, pero no podrá haber controversia en aquellos actos en el que intervenga, y de presentarse conflicto ante él, entonces deberá actuar conforme lo

determinado en la ley. El artículo 296 comprende además dos aspectos trascendentes, el primero es que las competencias de los notarios no solamente se encuentran concentradas en la Ley Notarial o el Código Orgánico General de Procesos, sino en cualquier ley que regule temas o aspectos notariales, así por ejemplo encontramos al Código Orgánico de Niñez y Adolescencia o al Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD) que norma respecto de algunas competencias notariales, en el ámbito de su competencia, el artículo siguiente (art. 297) dispone que la actividad se rige por la Constitución, el Código Orgánico de la Función Judicial Código Orgánico General de Procesos y la Ley Notarial. Finalmente este artículo desarrolla la actividad del notariado caracterizándola como personal, autónoma, exclusiva e imparcial.

El régimen para el ingreso al servicio notarial, los requisitos para ser notario al amparo de la Constitución y la duración del cargo se encuentran recogidos por los artículos 298, 299 y 300 del COFJ, es de destacar que entre los requisitos está ser ecuatoriano lo cual es desarrollado por la Constitución, como se revisó en líneas anteriores, las leyes notariales de Perú y Colombia exigen también este requisito, somos del criterio que esta limitación viene dada por la concesión que hace el Estado a favor del notario de dotarlo de fe pública y por lo tanto la credibilidad que esta significa, se la está reservando a los nacionales de su país exclusivamente, es una forma de comprender esta limitación, pese a la declaración, también constitucional de la igualdad de derechos entre nacionales y extranjeros. Una característica, contrastada con la historia, es que el cargo del notario es temporal, aunque exista la posibilidad de reelección, por una sola vez o concursar por otra notaria que no sea en la que ejercía, caracteriza su ejercicio la temporalidad del mismo.

El COFJ, acorde con lo previsto en la Ley Notarial vigente, y en la concepción de que los servicios notariales constituyen un servicio público dispone que estos son permanentes e ininterrumpidos, siendo hábiles para actos notariales todos los días y cualquier hora, por experiencia de quien realiza esta investigación se ha observado que los servicios notariales son demandados en cualquier día y hora, sábado,

domingo, feriado y en horas de la noche o madrugada, satisfaciéndolo bajo los parámetros y condiciones determinados para la actividad. Lo previsto en este artículo es acorde con lo normado por la ley de la materia (art.6 Ley Notarial) que dispone que para el servicio notarial son hábiles todos los días y horas.

El artículo 301 A está reformado por el Código Orgánico General de Procesos, su revisión se hará en forma integral en este espacio de análisis de resultados, como los servicios notariales son ininterrumpidos y permanentes, puede ocurrir que el notario titular se enferme, tenga algún contratiempo, o necesite vacaciones, por lo que se debe designar quien lo supla en caso de ausencia temporal, el suplente debe cumplir los mismos requisitos que el titular, en la práctica se observa que no cumplen con requisito del concurso de méritos y oposición, sino solamente lo previsto en el artículo 299 del COFJ. La responsabilidad de las actuaciones del notario suplente son asumidas por el notario titular, en vista que este sugiere su nombre al órgano nominador que el Pleno del Consejo de la Judicatura, y que actúa a cargo de “su notaría”, más allá de lo delicado del cargo, este es un motivo para tener un especial cuidado en señalar el nombre de quién actuará como suplente. El mismo artículo norma respecto limitaciones en cuanto a quienes pueden ser notarios suplentes, las mismas que no compartimos, ya que si hay responsabilidad y la actividad es tan delicada, entonces debe ser alguien de confianza del notario titular, limitaciones por parentesco (cuatro y grado de consanguinidad y afinidad, cónyuge o conviviente).

El siguiente artículo en análisis da fundamento al cuestionamiento para la calificación de funcionario público al notario, así el 302 del COFJ que dispone que quienes trabajen en las notarías son trabajadores dependientes del notario y sujetos al Código del Trabajo, entonces este funcionario tiene la calidad de patrono (no el Estado), el notario es el empleador y debe cumplir con todas las exigencias de las leyes laborales y de seguridad social respecto del personal que labora en las notarías, y estos prestan sus servicios lícitos y personales al notario y no para o a favor del Estado. Este argumento rompe la estructura del funcionario público quien desarrolla su actividad por parte de la institución o en la calidad que cumple, y jamás a nombre propio. Somos del criterio, como se expondrá más adelante, que el notario no configura como un funcionario público, sino como un concesionario del Estado,

sujeto a un régimen mixto en cuanto a los servicios notariales. La revisión de los siguientes artículos que trata de la participación del Estado complican a un más el tema.

Los artículos siguientes, 303, 304, 305, 306 norman respecto de la participación del Estado en la actividad notarial, de conformidad con lo previsto en la Constitución de la República, es el órgano a cargo de los servicios notariales – Consejo de la Judicatura – el que regula respecto a la tarifa de la tasa por servicios notariales, que es satisfecho por el usuario de los servicios, y recaudados por el notario, quien deberá presentar el formulario y declarar conforme lo previsto en las normas aplicables. Este tarifario es normado en ejercicio de facultad reglamentaria del Consejo de la Judicatura, la que debe tener un origen en una norma de superior jerarquía que confiera tal facultad. La Resolución 010 – 2015 expedida por el Pleno del Consejo de la Judicatura es el cuerpo normativo que regula las tasas notariales, el COFJ dispone que el incumplimiento por parte del notario del cobro conforme el tarifario del Consejo será causal de destitución del notario (art.303).

El artículo 304 contiene, para efectos de esta investigación de analizar al notario bajo la perspectiva de un funcionario público, un aspecto importante ya que esta norma dispone que los costos de la administración general de su despacho serán asumidos por el propio notario, ¿de dónde satisface estos gastos? Del residual de las tasas, luego de descontar la participación del Estado. Entonces las tasas notariales reguladas por el Consejo de la Judicatura, de obligado cobro por parte del notario, se descomponen en dos rubros, el porcentaje del Estado (art.304), y la diferencia para el notario y sus gastos de notaría y gastos personales, un sistema mixto donde el notario es un recaudador y generador de ingresos para su subsistencia y de su actividad económica. Entonces, no recibe remuneración de nadie, en jerarquía o bajo dependencia, sino que de los usuarios que soliciten sus servicios, mensualmente se liquida y determina su ingreso final, nadie paga su sueldo, nadie le aporta a la seguridad social, ni le pagan remuneraciones adicionales, no consta en la nómina de ninguna entidad o estamento del sector público, no acata o recibe órdenes de ninguna entidad o estamento público. ¿Cómo califica como funcionario público?

Finalmente está el artículo que dispone la formación del archivo nacional notarial, que hasta la presente fecha no opera, desde 2009 hasta la actualidad. La norma dispone que este archivo depende del Consejo de la Judicatura, y que el notario mantendrá en su poder los libros por cinco años, cumplidos estos deberá remitirlos a este archivo nacional notarial cuando comience a operar, disponiendo la obligación de llevar un archivo electrónico de los actos notariales (art.307). Lo dispuesto no está operativo hasta el momento de realizar esta investigación, en lo personal no comparto el contenido del artículo, ni la creación del archivo nacional notarial, los notarios van a ser despojados de los libros, que se entiende por el sistema son de propiedad del Estado; pero de qué van a dar fe los notarios, se entendería que a partir del sexto año quien deberá dar fe es el Consejo de la Judicatura. Debe existir normativa de inferior jerarquía que determine la responsabilidad y básicamente el alcance de este artículo.

A manera de conclusión es posible afirmar que este cuerpo normativo permite sentar las bases para configurar al servicio notarial en el Ecuador, y aunque alejado de su verdadera naturaleza jurídica, ya que no es un funcionario público, diseñar y estructurar cómo se desarrolla la actividad notarial en este país.

NORMAS DE LA LEY NOTARIAL	
OBJETO DE ESTUDIO	UNIDADES DE ANÁLISIS
	Art. 1.- La función notarial se rige por esta Ley y por las disposiciones de otras leyes que expresamente se refieran a ella.
LEY NOTARIAL VIGENTE	Art. 4.- La función notarial la ejercen en el país exclusivamente los notarios, salvo las disposiciones de leyes especiales.
	Art. 5.- Para el ejercicio de la función notarial son hábiles todos los días y horas del año.
	Art. 6.- Notarios son los funcionarios investidos de fe pública para autorizar, a requerimiento de parte, los actos, contratos y documentos determinados en las leyes.

	Para juzgarlos penalmente por sus actos oficiales gozarán de fuero de Corte.
	Art. 7.- Cada Notario ejercerá su función dentro del cantón para el que haya sido nombrado, cualquiera que sea el domicilio de los otorgantes, la ubicación de los bienes materia del acto o contrato o el lugar del cumplimiento de las obligaciones.
	Art. 8.- En cada cantón habrá el número de notarios que determine el Consejo de la Judicatura, sobre la base del informe estadístico elaborado anualmente por la unidad correspondiente sobre el número de actos y contratos realizados en cada jurisdicción cantonal, la población y otros aspectos relevantes del tráfico jurídico en dicha circunscripción. Conforme a esta norma el número de notarios en cada cantón, podrá ser aumentado o disminuido cada año, para un mejor servicio a los usuarios.

Los cuerpos normativos ya analizados, estos son, la Constitución de la República y el Código Orgánico de la Función Judicial, son las normas que permiten configurar al notario como funcionario público, la Ley Notarial incluye unas pocas normas que permiten revisar la naturaleza jurídica de la institución, pero desarrolla más la actividad que cumple el notario que al funcionario mismo. En su primer artículo dispone cuáles son los cuerpos normativos que regulan la actividad de los notarios, dejando abierta la puerta a cualquier disposición legal que contenga normas sobre la actividad (art.1).

Más adelante la normativa notarial pertinente contiene algunas disposiciones sobre el servicio notarial tales como que se ejerce en forma exclusiva por los notarios (art.4) salvo excepciones como son los cónsules que tienen facultades notariales sin ser notarios; así también dispone que para el ejercicio de la función son hábiles todos los días y horas del año (art.5), aspecto que ya habíamos analizado en líneas anteriores, debe pensarse por ejemplo en testamentos o permisos de salida del país; así también otra norma de ejercicio de la actividad notarial contenida en la ley se refiere a que la competencia del notario se ejerce por cantón (arts. 7 y 8), así si el

notario es designado para actuar en Guayaquil, solo podrá hacerlo dentro de este cantón sin importar si quien le peticiona el acto se tiene su domicilio en otra ciudad o cantón, basta que concurra ante él para que se pueda otorgar el acto, así tampoco interesa el lugar donde se encuentra el bien materia del acto notarial, por ejemplo si el bien materia de una compraventa se encuentra en la provincia de Pichincha o Zamora Chinchipe.

Finalmente el artículo 6 de la ley Notarial recoge lo ya analizado en líneas anteriores, y es el único artículo que nos aproxima a la naturaleza jurídica de la institución objeto de esta investigación, es de destacar que la ley que regula la materia no refiere que se trate de un funcionario público, se limita a referir que se trata de un “funcionario” investido de fe pública, la misma que ha sido analizada en forma exhaustiva en esta investigación, fe pública notarial, con aquella función legitimadora que recibe por parte del Estado.

NORMAS REGLAMENTARIAS QUE COMPLEMENTAN LA NATURALEZA DEL NOTARIO COMO FUNCIONARIO PÚBLICO: RESOLUCIÓN 010 – 2015 DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA	
OBJETO DE ESTUDIO	UNIDADES DE ANÁLISIS
RESOLUCIONES DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA QUE NORMAN	<p>REGLAMENTO DEL SISTEMA INTEGRAL Y TASAS NOTARIALES, FUNCION JUDICIAL.- Resolución del Consejo Nacional de la Judicatura 10 (Registro Oficial 442 de 21- febrero-2015)</p> <p>Art. 1.- Objeto.- Este reglamento regulará el funcionamiento y administración del sistema notarial integral, en relación al sistema informático, tarifas de servicios notariales, porcentajes de participación al Estado y régimen disciplinario aplicable.</p> <p>Art. 3.- Sistema Informático Notarial.- El Sistema Informático Notarial es una herramienta diseñada para el registro, control y verificación de la información que debe ser utilizada por las notarias y notarios a través de la página web del Consejo de la Judicatura. Son usuarios de este sistema las notarias y notarios, y las personas que estos</p>

EL SISTEMA NOTARIAL EN EL ECUADOR, Y LO ENCUADRAN COMO FUNCIONARIO PÚBLICO, SISTEMA DE TASAS NOTARIALES

deleguen.

Art. 4.- Objeto del Sistema Informático.- El Sistema Informático Notarial tiene como objeto:

Registrar, controlar y verificar los actos, contratos, certificaciones y diligencias notariales generados en cada una de las notarías, en su celebración y otorgamiento; los mismos que constan en los libros de protocolo, diligencias, inscripción de arrendamientos, certificaciones; otros actos notariales y demás libros que prevea la ley, de esta manera se brinda seguridad jurídica a la documentación generada en los mismos; y,

Registrar, controlar y verificar el cálculo del porcentaje que le corresponde al Estado de los ingresos brutos percibidos por los notarios por la recaudación directa que por concepto de tarifas realizan; así como, los mecanismos de control, notificación y alertas a los usuarios del sistema.

Art. 5.- Administrador del Sistema Informático Notarial.- El administrador del Sistema Informático Notarial, es la Subdirección Nacional de Gestión del Sistema Notarial, en coordinación con la Dirección Nacional de Tecnologías de la Información y Comunicaciones; y, la Dirección Nacional Financiera del Consejo de la Judicatura, en el ámbito de sus respectivas competencias y atribuciones.

El administrador del Sistema Informático Notarial tendrá las siguientes facultades:

Otorgar usuarios y claves a notarías y notarios titulares;

Otorgar usuarios y claves a las notarías y notarios suplentes;

Registrar nuevas notarías cuando exista la creación respectiva;

Disponer y coordinar con el personal que realiza el control y monitoreo del Sistema Informático Notarial, en las Direcciones Provinciales;

	<p>Verificar la información otorgada por las notarias y notarios en el Sistema Informático Notarial;</p> <p>Validar que todas las notarias y notarios hayan realizado el proceso de cierre de formulario de índice y de participación del Estado dentro del plazo establecido;</p> <p>Actualizar mensualmente las tasas de interés de conformidad con la tasa máxima legal establecida por el Banco Central del Ecuador; y,</p> <p>Registrar la actualización de las tarifas y porcentajes de participación al Estado.</p>
--	--

	<p>Art. 8.- Obligatoriedad del uso del Sistema Informático Notarial.- La utilización del Sistema Informático Notarial es de uso obligatorio, en caso de incumplimiento a esta disposición, las notarias y notarios estarán sujetos a las sanciones establecidas en la ley y los reglamentos correspondientes.</p> <p>Art. 9.- Protocolo, diligencias, inscripciones de arrendamientos, certificaciones y otros actos notariales.- El Sistema Informático Notarial se compone del libro de protocolo, libro de diligencias, libro de inscripciones de arrendamientos, libro de certificaciones, libro de otros actos notariales y demás libros que prevea la ley; los cuales generan un código numérico secuencial de los actos, contratos y diligencias notariales realizados; los mismos que se encuentran ligados con cada factura emitida por el notario en el ejercicio de sus funciones.</p> <p>Art. 10.- Código numérico secuencial en los actos, contratos, certificaciones y diligencias notariales.- Todos los actos, contratos, certificaciones y diligencias notariales, se incorporarán a los libros de protocolo, diligencias, inscripciones de arrendamientos, certificaciones, otros actos notariales y demás libros que prevea la ley; estos deberán llevar un código numérico secuencial, en orden cronológico a su autorización, de modo que una escritura o documento protocolizado de fecha posterior no preceda a otra de fecha anterior.</p> <p>El código numérico secuencial estará compuesto por los siguientes números, en el estricto orden que se menciona: el año de su celebración, el número correspondiente al código de cada provincia, el número correspondiente del cantón, el número de notaría; y, el número secuencial de la escritura matriz.</p> <p>Los documentos públicos o privados que el notario autorice se incorpore al archivo notarial, estarán precedidos por la letra "P", cuando se trate del libro de protocolo, la letra "D" cuando se trate del libro de diligencias, la letra "A" cuando se trate del libro de inscripciones de arrendamientos, la letra "C" cuando se trate del libro de certificaciones; y, la letra "O" cuando se trate del libro de otros actos notariales,</p>
--	---

conforme se muestra a continuación: PROTOCOLO
2017 17 01 01 P00001

DILIGENCIAS 2017 17 01 01 D00001 INSCRIPCIONES
DE ARRENDAMIENTOS 2017 17 01 01 A00001.

CERTIFICACIONES 2017 17 01 01 C00001

	<p>Otros 2017 17 01 01 O00001</p> <p>Art. 12.- Obligación de registro de actos, contratos, certificaciones y diligencias notariales; y, facturación.- Los notarios tienen la obligación de registrar todos los actos, contratos, certificaciones y diligencias notariales que se realicen en su notaría; y, emitir una factura por cada uno de estos. El incumplimiento de estas disposiciones será sancionado de acuerdo a lo establecido en la ley y los reglamentos correspondientes.</p> <p>Art. 14.- Ingresos brutos.- Constituyen ingresos brutos de la notaría o notario, todos los valores correspondientes a los servicios brindados por la notaría conforme a los parámetros fijados por el Consejo de la Judicatura, que han sido cobrados a los usuarios de dicho servicio.</p> <p>Los referidos ingresos brutos constituyen la base imponible para el cálculo del 12% del impuesto al valor agregado y retenciones en la fuente, debiendo la notaría o notario emitir en cada prestación de sus servicios, el respectivo comprobante electrónico, de acuerdo a lo señalado en la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno, y en el Reglamento de Comprobantes de Venta, Retención y Documentos Complementarios, desglosando en el mencionado comprobante electrónico el monto correspondiente al impuesto al valor agregado percibido y demás normativa que dicte el Servicio de Rentas Internas para el efecto.</p> <p>Art. 15.- Valores.- Los valores que le corresponden al Estado, por la participación de los ingresos brutos percibidos por la notaría, (notaría o notario) por su naturaleza constituyen un derecho establecido legalmente, que debe ser satisfecho directamente al Estado con ocasión de dicho servicio; por lo que, la transferencia o depósito bancario que realiza la notaría (notaría o notario) a favor del Estado, no constituye un hecho generador del impuesto al valor agregado.</p> <p>Los valores del servicio notarial que le corresponden al Estado, no deberán constar desglosados en la factura que emita la notario o notario, que de conformidad con lo .señalado en la Ley Orgánica de</p>
--	--

	<p>Régimen Tributario Interno y su reglamento de aplicación, constituyen gasto deducible para la notaría o notario.</p> <p>Art. 16.- Porcentaje de participación al estado.- El Sistema Informático Notarial determinará el valor de participación al Estado, por cada acto reflejado en la factura emitida por los servicios notariales prestados por los notarias y notarios; dicha</p>
	<p>participación se calculará sobre la base de los porcentajes establecidos por el Consejo de la Judicatura.</p> <p>.....</p> <p>La notaría o notario en la liquidación mensual declarará bajo juramento, el ingreso bruto mensual y monto de participación que le corresponde al Estado.</p> <p>Los porcentajes de participación al Estado serán los determinados en los (Anexos 2, 3, 4, 5, 6, 7; y, 8) que forman parte de este reglamento.</p> <p>Art. 17.- Costos de administración.- La diferencia entre los ingresos brutos percibidos cada mes por la notaría o notario y los valores que le corresponden al Estado, le servirá a la notaría o notario, para asumir los costos de la administración general de su despacho, el cumplimiento de las obligaciones laborales de su personal y su propia remuneración.</p> <p>En el caso de que dicho monto no les permita cubrir los costos citados en el inciso anterior, el Estado no erogará valor alguno,</p> <p>Comprenderán los costos de la administración general del despacho de las notarias y notarios todos aquellos rubros que permiten el desarrollo del servicio y el mantenimiento de la oficina notarial.</p> <p>Art. 18.- Del monto de participación al Estado.- Dentro del plazo de los primeros diez (10) días del mes siguiente, la notaría o notario depositará el monto de participación al Estado...</p> <p>Art. 19.- Ingreso mensual notarial.- Dentro del plazo señalado en el artículo precedente, la notaría o notario deberá ingresar al Sistema Informático Notarial de la página web del Consejo de la</p>

	<p>Judicatura, y anexo en formato PDF en el casillero creado para el efecto, el comprobante de depósito realizado en la Cuenta Única del Tesoro Nacional, por concepto de participación al Estado de los ingresos brutos percibidos por la notaría o notario; y, el detalle de la liquidación mensual, según el formato que proporcionará el sistema.</p> <p>No obstante lo indicado, la notaría o notario deberá remitir mensualmente copias certificadas de la referida liquidación y del comprobante de depósito, a la Dirección Provincial del Consejo de la Judicatura de su sección territorial, los cuales constituyen documentos que sustentan los gastos deducibles de sus ingresos, de conformidad con lo señalado en la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno, en su reglamento de aplicación</p>
	<p>y en el numeral 3 de la Circular No. NAC-DGECCGC12-00005, de 19 de abril de 2012, emitida por el Servicio de Rentas Internas.</p> <p>Art. 20.- Control y seguimiento.- Las unidades provinciales financieras de las Direcciones Provinciales del Consejo de la Judicatura a nivel nacional, realizarán el control y seguimiento respecto del cumplimiento del plazo de diez (10) días que tienen la notaría o notario para depositar el porcentaje de participación al Estado, con el objeto de establecer los cumplimientos e incumplimientos, y comunicarlo a la Dirección Nacional Financiera del Consejo de la Judicatura. Art. 21.- Cobro indebido de tasas notariales.- Los usuarios del servicio notarial podrán presentar sus denuncias motivadas por el cobro indebido de las tasas notariales, y en aquellos casos en los cuales la notaría o notario altere la veracidad de la información de las facturas por el servicio prestado, a la Dirección Provincial del Consejo de la Judicatura de la sección territorial a la que pertenece, para efecto de las sanciones correspondientes, de ser procedentes.</p> <p>Art. 23.- Verificación.- La Dirección General del Consejo de la Judicatura verificará el cumplimiento e incumplimiento de lo establecido en este reglamento</p>

	<p>en cualquier momento a través de la auditoría interna designada para el efecto.</p> <p>Art. 24.- Participación al Estado.- El Sistema de Participación al Estado permite calcular los porcentajes de Participación al Estado sobre los ingresos brutos percibidos por las notarias (notarias y notarios), el costo establecido para el servicio notarial que brindan; así como establece los mecanismos de control, cálculo y pago del monto de participación al Estado por concepto de tasas (tarifas) por el servicio notarial. Facilita el cálculo y la liquidación mensual que las notarias y notarios deben realizar a fin de cumplir con lo establecido en el artículo 304 del Código Orgánico de la Función Judicial.</p> <p>Art. 25.- Facultades y deberes de las Direcciones Provinciales.- Las facultades y los deberes de las Direcciones Provinciales, son:</p> <p>Receptar la información física notarizada, firmada y sellada de la liquidación de ingresos brutos mensuales;</p> <p>Control y monitoreo respecto al cumplimiento de las disposiciones de este reglamento, con respecto a los plazos establecidos para el depósito de participación al Estado, cierre del formulario de</p>
--	--

	<p>liquidación de ingresos brutos mensuales y recepción de la información física del mismo;</p> <p>Prestar apoyo a la Subdirección Nacional de Gestión del Sistema Notarial, en la gestión de los requerimientos realizados por la misma; y,</p> <p>Designar una persona encargada de la gestión notarial en cada Dirección Provincial.</p> <p>Art. 28.- Reporte.- Una vez transcurrido el plazo de diez (10) días, que establece el artículo 304 del Código Orgánico de la Función Judicial, el Sistema Informático Notarial procesará el reporte, el cual contendrá los nombres de las notarías y notarios que no han realizado el pago del monto de participación que le corresponde al Estado, o de aquellos que han depositado un valor inferior al calculado por el Sistema Informático Notarial.</p> <p>Dicho reporte será validado por la Dirección Nacional Financiera del Consejo de la Judicatura, que revisará la información reportada en el Sistema Informático Notarial (archivos PDF), con la información enviada por el Banco Nacional de Fomento.</p> <p>Art. 29.- Notificaciones.- Toda notificación que sea generada por el Sistema Informático Notarial, se la realizará mediante un mensaje de datos a la dirección electrónica o correo(s) electrónico(s) designados(s), en el Sistema Informático Notarial. A partir de la notificación de la nueva liquidación, la notaría o notario tendrá el plazo de cuarenta y ocho (48) horas para el pago de dicha liquidación, y en el mismo plazo deberá la notaría o notario subir al Sistema Informático Notarial la liquidación mencionada, y el comprobante notarizado del pago correspondiente.</p>
--	---

El Código Orgánico de la Función Judicial, en el artículo 304, dispone que el Consejo de la Judicatura mediante resolución modificará los porcentajes de participación del Estado en el servicio notarial. La implementación obligatoria del denominado Sistema Informático Notarial comenzó a partir de la aplicación de las normas constitucionales y legales que así definieron y concibieron al sistema. La

Resolución 010 – 2015 contiene el Reglamento del Sistema Integral y Tasas Notariales, Función Judicial. Este documento contiene todo el desarrollo reglamentario, amparado en lo previsto en el ordenamiento jurídico del manejo del sistema notarial a fin de regular el sistema de tasas notariales, el porcentaje de participación del Estado, la estructura del sistema y finalmente las consecuencias de la no utilización del sistema informático, como el mismo reglamento dispone esta herramienta permite el registro,

control y verificación de la información que se genera a través del servicio público notarial (art.3) desde una perspectiva estatal, y la consecuente consideración del notario como un funcionario público.

El administrador del sistema es el Consejo de la Judicatura a través de la Subdirección Nacional de Gestión del Sistema Notarial, en coordinación con la Dirección Nacional de Tecnologías (art.5), a través del sistema notarial se desarrolla toda la actividad del servicio notarial, su uso es obligatorio (art.8), las claves de usuarios a notarios titulares, registros de notarios suplentes y sus claves, registro de nuevas notarias, el control en el proceso de cierre del formulario del índice y participación del Estado se desarrolla en este sistema. El sistema informático notarial contiene además un listado de actos y contratos, con clasificación de los libros (art.9) en que se tienen que registrar estos actos, y el costo del acto notarial, del cual se desprende además – en su momento oportuno – el porcentaje de la participación del Estado, la actividad del notariado en el Ecuador, se desarrolla a través de este sistema.

En este sistema se genera también la información alfa- numérica de identificación de los actos notariales, dependiendo de la provincia a la que pertenece la notaría, el cantón dentro de la provincia, la numeración del notario si existen varios en un mismo cantón de una misma provincia, el tipo de libro al que pertenece el acto, para finalmente contener el número asignado al acto notarial (arts. 10 y 12). Los artículos 14 al 19 desarrollan lo relativo a la participación del Estado, la forma de su desglose (art.14), la obligatoriedad de reconocer este derecho (art.15), disponiendo el efecto tributario de la inexistencia de un hecho generador de IVA (art.15) puesto que los

valores siempre han sido del Estado, como se indicaba en líneas anteriores, este prestador de un servicio público lo único que hace es recaudar la tasa, en el porcentaje que le corresponde al Estado, y entregarle en el momento oportuno, su parte. Bajo este parámetro el notario debe declarar bajo juramento (art.16) el valor de los ingresos brutos y el porcentaje de la participación del Estado, quedando la diferencia – como ya se había expuesto – para los costos de administración del despacho del notario, y para sus gastos personales.

Como funcionario público sus ingresos podrán provenir por un lado del desarrollo de la actividad notarial, de esta diferencia entre ingreso bruto, menos participación del Estado, el diferencial es, como se expuso en líneas inmediatas anteriores, para administrar su despacho, y satisfacer las necesidades personales y de su familia del notario. La otra forma de generar ingresos viene vinculada al desarrollo de la cátedra universitaria, nada más, puesto que como funcionario público no puede ejercer su profesión, pese a ser un abogado calificado como tal y con experiencia en el ejercicio de su actividad; pero esto es incompatible con la actividad notarial. Aun cuando no fuera un funcionario público, compartimos el criterio que el notario desarrolle únicamente la actividad que tiene en tal calidad, y no desarrolle actividades más allá que pueden descuidar tan delicado cometido que ha recibido por parte del Estado, que es dar fe de los actos y contratos autorizados por él, o de lo que ocurre en su presencia a fin de producir seguridad jurídica preventiva.

Finalmente el reglamento desarrolla un complejo sistema de control y sanciones por parte del órgano controlador del sistema, en caso de incumplimientos de los notarios de lo previsto en el mismo.

LEGISLACIÓN COMPARADA EN MATERIA NOTARIAL: NOTARIO COMO FUNCIONARIO PÚBLICO	
OBJETO DE ESTUDIO	UNIDADES DE ANÁLISIS
LEGISLACIÓN COMPARADA: REVISIÓN DE LEY DE NOTARIADO PERUANA	<p>LEY NOTARIAL DE PERÚ</p> <p>Artículo 1.- El notariado de la República se integra por los notarios con las funciones, atribuciones y obligaciones que la presente Ley señala. Las autoridades deberán prestar las facilidades y garantías para el cumplimiento de la función notarial.</p> <p>Artículo 2.- El notario es el profesional del derecho que está autorizado para dar fe de los actos y contratos que ante él se celebran. Para ello formaliza la voluntad de los otorgantes, redactando los instrumentos, a los que confiere autenticidad, conserva los originales y expide los traslados correspondientes.</p> <p>Artículo 3.- El notario ejerce la función notarial en forma personal, autónoma, exclusiva e imparcial.</p>

Artículo 4.- El ámbito territorial del ejercicio de la función notarial es provincial no obstante la localización distrital que la presente ley determina.

LEY NOTARIAL DE COLOMBIA

Art. 2º- La función notarial es incompatible con el ejercicio de autoridad o jurisdicción y no puede ejercerse sino dentro de los límites territoriales del respectivo Círculo de Notaría.

Art. 4º- Los Notarios sólo procederán a ejercer sus funciones a solicitud de los interesados, quienes tienen el derecho a elegir libremente el Notario ante quien deseen acudir.

Art. 5º- En general, los servicios notariales serán retribuidos por las partes según la tarifa oficial y el Notario no podrá negarse a prestarlos sino en los casos expresamente previstos en la ley.

Art. 6º- Corresponde al Notario la redacción de los instrumentos en que se consignan las declaraciones emitidas ante él, sin perjuicio de que los interesados las presenten redactadas por ellos a sus asesores. En todo caso, el Notario velará por la legalidad de tales declaraciones y pondrá de presente las irregularidades que advierta, sin negar la autorización del instrumento en caso de inasistencia de los interesados, salvo lo prevenido para la nulidad absoluta, dejando siempre en él constancia de lo ocurrido.

Art. 7º- El Notario está al servicio del derecho y no de ninguna de las partes; prestará su asesoría y consejo a todos los otorgantes en actitud conciliatoria.

Art. 8º- Los Notarios son autónomos en el ejercicio de sus funciones, y responsables conforme a la ley.

En materia de derecho comparado se seleccionaron los dos países con los que limitamos al norte y en el sur para completar estas reflexiones respecto de la naturaleza jurídica del notario. En Perú se hizo una profunda reforma en cuanto a la materia notarial, la ley del año 2008, introdujo cambios importantes en la actividad, incluso siendo cuestionada la constitucionalidad de la referida ley. Como se revisó en el contenido de esta investigación uno de los cambios importantes fue eliminar la referencia al término “público” a continuación del término “notario”, a efectos de dejar establecido que el notario no es un funcionario público, según lo dispuesto por el ordenamiento jurídico del referido país.

Aunque pareciera redundante la normativa peruana comienza por determinar que el notariado de la República está integrado por los notarios que ejercen las funciones, atribuciones y tienen las obligaciones determinadas por la ley (art.1). Acto seguido en la ley determina que el notario es un profesional del derecho, esto es que es requisito legal para ejercer el notariado en Perú el contar con un título profesional en derecho (art.2) al igual que en el Ecuador, puesto que ambos países están adheridos al sistema del notariado latino, que lo caracteriza – como ya analizamos – que es ejercido por un profesional del derecho, con la misma regla de este sistema notarial, y al igual que en nuestro país el notario peruano está dotado de fe pública notarial en el desarrollo de su actividad, dando autenticidad a los documentos otorgados por él, y siendo un custodio de los instrumentos ante él otorgados o por él realizados expidiendo las copias correspondientes (art.2). Esta última calidad de custodios la perdería el notario ecuatoriano una vez que opere el archivo nacional notarial previsto en el COFJ.

Finalmente dos aspectos propios del notariado que recoge la normativa peruana, el primero al igual que nuestro COFJ califica que el ejercicio de la función se lo hará en forma personal, autónoma, exclusiva e imparcial (art.3), él único que está dotado de la fe pública es el notario, no su personal ni funcionarios que le colaboran en la oficina, es autónoma no depende de ninguna autoridad superior para el ejercicio de su actividad, por lo que no configura como funcionario público; señala además que es exclusiva, ningún otro funcionario está dotado de fe pública notarial, salvo los

cónsules, que son verdaderos notarios; y, la ejerce en forma imparcial, respecto de quienes solicitan sus servicios, puesto que debe de asesorar, aconsejar y obrar con la pureza que la actividad así lo exige, buscando la protección y tutela que su actividad le confiere, en forma imparcial de quien demanda el servicio. Para concluir se observa que el ejercicio de la actividad, al igual que en nuestro país, tiene una circunscripción territorial donde se ejerce, solamente que en el caso de Ecuador se lo hace por cantones mientras que en Perú se lo hace por provincias.

En cuanto a Colombia similares normas a la peruana y ecuatoriana contiene la normativa vigente en dicho país, que no define al notario como funcionario público, pero tampoco adopta una postura excluyendo tal categorización; de hecho se revisaban en líneas anteriores que pese a que la normativa colombiana omite expresamente pronunciarse respecto de la naturaleza jurídica de este funcionario, y que la doctrina le da tratamiento de privado, sin embargo la jurisprudencia del máximo tribunal de justicia de Colombia, los califica de funcionarios públicos. De forma general la normativa colombiana contiene determinadas disposiciones comunes con el Ecuador, al igual que en nuestro país, por lo delicada e importante de la actividad el ejercicio de la función notarial es incompatible con el ejercicio de cualquier otra actividad (art.3) y se ejerce en las circunscripciones territorialmente determinadas (art.3)

Recoge el principio de rogación de parte característico de la actividad (art.4), ratificando la libertad de los usuarios en la selección del prestador de los servicios notariales. La normativa colombiana dispone respecto a la remuneración del notario que esta depende de una tarifa oficial (art.4) al igual que en el Ecuador, existiendo entonces igualmente una regulación de la actividad por parte del Estado, agregando que el notario no podrá negarse a prestar el servicio, salvo por casos expresamente determinados por la ley (art.4), similar disposición se encuentra incluida en el artículo 18 número 1 de la Ley Notarial vigente del Ecuador. Dentro de las características comunes de la actividad notarial se encuentra que el servicio incluye la asesoría en la mejor prestación del servicio, al igual que una función conciliadora, alejada del conflicto como ya se ha analizado (art.7). Se lo califica como un funcionario que desarrolla su actividad en forma autónoma, como profesional del derecho (art.7).

Finalmente el artículo 6 de la Ley Notarial colombiana recoge lo que es significativo de la actividad notarial, que ha sido expuesto en esta investigación, al disponer que el notario es el autor del documento, lo que caracteriza a este funcionario en el sistema notarial latino, aun cuando se presenten los documentos redactados por los peticionarios – las minutas -, quien redacta el documento es el notario, como se revisaba en líneas anteriores su función es la seguridad jurídica preventiva, dotando de legalidad a las actuaciones ante el realizadas.

Nótese que existen elementos comunes en la forma de concebir al notario en los tres países, aunque cada país desarrolla normas que evidencian características propias, ya al revisar los sistemas notariales habíamos reflexionado señalando que cada país va aportando sus propios elementos configurativos de la actividad, lo cual convertía al notariado en una actividad propia y singular; el Ecuador ha adoptado como modelo de la actividad notarial el considerarlo como un funcionario público, y particularmente como parte de la Función Judicial, dependiendo del máximo órgano a cargo de lo administrativo de dicha función, y disponiendo por tanto que forma parte de esta; postura que reiteramos como conclusión no compartimos, por no tratarse

de su naturaleza jurídica propia, esta consideración fue lo que motivo la presente investigación.

Tomado de:

Constitución de la República del Ecuador (2008) Código Orgánico General de Procesos (2015) Código Orgánico de la Función Judicial (2009) Ley Notarial Vigente (1966 y reformas)

Ley Notarial de Colombia (1970) Ley Notarial de Perú (2008)

3.1 CONCLUSIONES.-

Se evidenció en la investigación que la naturaleza jurídica del notario no es la de un funcionario público, y que más bien es o un funcionario especial con sus propios elementos o características, o es un profesional liberal dotado de una función pública; con lo cual se permite que converjan los elementos distintivos de la compleja actividad notarial; en la que confluyen lo público con lo privado, que no son divisibles, y en donde no existe una prevalencia de uno sobre lo otro, y que como refieren los doctrinarios no se yuxtaponen, sino que coexisten entre sí. En lo público, como se observó en varios parajes de la investigación, el Estado necesita dotar de seguridad y certeza las actuaciones privadas, necesita garantizar el tráfico jurídico, y requiere la convivencia en paz dentro de sociedad, por esto lo dota de la fe pública notarial, y confiere estos aspectos a los actos notariales, lo que solamente podrán ser desvirtuados luego de una resolución mediante intervención de la autoridad autorizada para solucionar los conflictos.

Algunos elementos presenta el funcionario público que han sido destacados a lo largo de esta investigación, el primero de ellos al que podemos referirnos es que un funcionario público no actúa por sí mismo, sino a nombre de la institución que representa, otro elemento es que el funcionario público su remuneración y sus funciones y atribuciones dependen, en lo primero o del presupuesto estatal o del de una entidad, organismo o institución pública, y su relación es jerárquica, es decir existe alguien de quien depende el ejercicio de su actividad, otro elemento diferenciador es que, como no actúa a nombre propio, no tiene personal a su cargo, sino que las personas con las que colaboran o le colaboran pertenecen a la institución de la que forma parte. Tratándose de funciones públicas, el tema es más delicado puesto que mira a funciones o actividades esenciales del Estado. Si bien la fe pública notarial deviene de una concesión que realiza el Estado a favor del notario, los elementos que hemos expuesto ninguno se cumple en el caso de la función notarial, el notario actúa por cuenta propia, su actividad es autónoma, contrata por sus propios derechos, no recibe una remuneración depende de su volumen de trabajo, paga de sus recursos la actividad que desarrolla; no configura un funcionario público.

Uno de los criterios que se analizó en esta investigación como motivo para que el notario sea un funcionario público es que realiza o ejecuta una función pública, por lo tanto corresponde que al no ser delegables las funciones públicas por ser relativa al cometido esencial del Estado, debe ser prestado por quienes sean parte de la estructura estatal, quedó demostrado en esta investigación que no necesariamente debe ser cumplido así, que la doctrina moderna en materia de derecho administrativo admite que las funciones públicas puedan ser cumplidas por privados, bajo los parámetros y lo determinado por el ordenamiento jurídico, así lo dispone y ha sido aplicado por países como Colombia, cuya realidad fue analizada en este trabajo; y que recoge las fórmulas como actualmente se concibe esta actividad.

En el derecho las instituciones son lo que deben ser y no como se quiera forzar, la naturaleza jurídica del notario no es la de un funcionario público, sino la de un profesional del derecho en uso o ejercicio de una potestad conferida por el Estado. Como se indicaba, en pureza, las instituciones deben estudiarse, analizarse, desarrollarse y ejecutarse conforme lo que estas son, para evitar distorsiones y complejidades para quienes la ejercen o se relacionan con ellas. El notario no es un funcionario público, no tiene que tener los controles a su actividad como si tuviera tal calidad, y mucho menos debe estar incorporado en una función del Estado como la judicial, para que sus actuaciones en general se vean inspiradas por los principios que determinan la pertenencia a esta, y que miran al desarrollo de la jurisdicción, de la que no se encuentra dotado el notario. Rectificar lo dispuesto por el ordenamiento jurídico, de este complejo entramado creado para regular el notariado, va a ser difícil porque significa reformar la Constitución, pero definitivamente debe hacerse.

Finalmente en esta investigación se ha podido concluir que la naturaleza jurídica del notario es la de un profesional del derecho dotado de una función pública, actividad que se desarrolla en forma inescindible entre la función pública y el ejercicio de una función privada. Tratar de privilegiar un elemento sobre el otro significa desconocer a la actividad notarial en su integralidad, porque no es nada más un dador de fe pública, es además un abogado que aconseja, asesora, conoce del derecho, y ese es el beneficio de acceder a un notario en el sistema latino. De

allí la figura reconocida actualmente por el derecho administrativo a la que nos referíamos en líneas anteriores, en virtud del cual un particular, un privado puede brindar un servicio público o cumplir una función pública por expresa delegación del Estado, la complejidad del tema en el Ecuador, es que el ordenamiento jurídico vigente, de rango constitucional, no admite este figura.

3.2 RECOMENDACIONES.-

Dada la naturaleza de esta investigación y a las conclusiones a las que se ha arribado, acordes con la doctrina y legislaciones avanzadas de otros países, es factible formular algunas recomendaciones. Para las universidades y responsables de temas de formación profesional o de cuarto nivel en materias jurídicas brindar exponer correcta y concretamente la naturaleza del notario, determinando cuál es su real naturaleza, donde puedan destacarse las bondades de la institución, y la correcta formulación de esta, como un elemento imprescindible para conocer y actuar en derecho. Siendo ambiciosos una recomendación para legisladores y formadores de políticas públicas se considera conveniente que se revise la organización y estructura del notariado en el Ecuador, en la difícil tarea de revisar el ordenamiento jurídico constitucional y de inferior jerarquía, con la finalidad de adaptar las normas a la naturaleza jurídica de esta institución, de tal suerte que el marco normativo del Ecuador, sea acorde a tendencias que existen en el mundo, pero a la realidad de la institución del notariado, lo cual ha sido desplegado por doctrinarios, y acogido por legislaciones más avanzadas.

De mantenerse la estructura de que el notario es un funcionario público, se recomienda revisar su permanencia como un órgano auxiliar de la Función Judicial, y su dependencia en cuanto a organización, control, vigilancia y sanción del Consejo de la Judicatura, como aquel que está a cargo del servicio notarial, puesto que como se ha puesto y analizado en forma reiterada, la naturaleza del servicio notarial no tiene elementos comunes con la función de administrar justicia, propia de la Función Judicial, y pretender limitar la actividad del notario a un simple creador de pruebas o descongestionadores de administración de justicia es desconocer lo trascendente de la función notarial para la paz, la seguridad jurídica

preventiva, la seguridad en el tráfico jurídico y el mantenimiento de valores en la sociedad.

Finalmente, ya que tenemos que trabajar con la realidad, al mantenerse la estructura del ordenamiento jurídico como se encuentra concebido, debería el actual órgano que tiene a su cargo el control de la actividad notarial, motivar el debate que permitan compartir ideas, que sean puntos de encuentro de tendencias, y que permitan comprender en forma clara la naturaleza de la institución, con la finalidad de que quienes desarrollan esta actividad conozcan a cabalidad el alcance y lo delicada de la actuación de los notarios, y su rol en la sociedad. Un debate incluso que permita conocer y comprender el alcance de las responsabilidades y la forma del ejercicio de la actividad notarial, algo que tanta falta hace actualmente en pos del desarrollo completo y correcto de la actividad.

BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES NORMATIVAS BIBLIOGRAFÍA.-

Abella, A. (2005). *Derecho Notarial, Derecho Documental, Responsabilidad*

Notarial. Buenos Aires, Argentina: S/E.

Albán, M. (2010). *El Notario Y Sus Atribuciones*. Quito-Ecuador: Imprenta Riera.

Ávila Álvarez, P. (1986). *Derecho Notarial*. (Sexta Edición). Barcelona, España:

Bosch, Casa Editorial.

Amado Ramírez, E. (2017). *El Derecho Registral Y Notarial En La Era Digital*.

Lima, Perú.: Legales Ediciones.

Borrel, J. (2011). *Derecho Notarial*. Valencia, España: Tirant Le Blanch.

Cabanellas, G (1989). *Diccionario Enciclopédico De Derecho Usual*.

Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta Srl.

Carvajal Flor, B. (2007). *Práctica Notarial Y Registral*. Guayaquil, Ecuador:

Edilex.

Blanquer, R. (2006). *Derecho Notarial*. (Tomo I) La Habana -Cuba: Editorial

Félix Varela.

Blanquer, D. (2006) *Curso De Derecho Administrativo Iii. El Fundamento Del Control*. Valencia, España: Tirant To Blanch.

Díaz, D. (2013). *Manual De Práctica Notarial*. (Primera Ed.) Quito, Ecuador: Corporación De Estudios Y Publicaciones.

Di Cagno V. ((2000) *El Papel Social Y Humano Del Notario Latino*, Varadero, Matanzas, Cuba: Ponencia Presentada En La Iii Jornada Científica Internacional Del Notariado Cubano.

Fernández, M (Marzo De 2015). Módulo De Derecho Real, *Los Bienes Y El Derecho Notarial*, Maestría De Derecho Notarial Y Registral Iv Promoción, Universidad Católica De Santiago De Guayaquil.

González Barrón G. Y Ochoa López J. (2011) *Derecho Notarial Temas Actuales*, Lima, Perú: Ediciones Legales.

González Barrón, G. (2015) *Derecho Registral Y Notarial*. Lima, Perú: Editorial San Marcos De Aníbal Jesús Paredes Galván.

Hernández Terán, M. (2004) *Seguridad Jurídica. Análisis, Doctrina Y Jurisprudencia*. Guayaquil, Ecuador: Edino.

Mendoza Arzabe, F. (1993) *Tratado De Derecho Notarial*. Santiago De Chile, Chile: Editorial Jurídica Conosur Ltda.

Mengual Y Mengual, Jm. (1993). *Elementos De Derecho Notarial*. Barcelona, España: Bosh.

Núñez Palomino, G. (2009). *La Responsabilidad Y La Ética Notarial*. Cuzco, Perú: Arco Legal Editores.

Ojeda Rodríguez, N. (Junio De 2015). *Derecho Notarial De La Administración Pública*, Maestría De Derecho Notarial Y Registral Iv Promoción, Universidad Católica De Santiago De Guayaquil.

Ortiz Rivas, H. (1984). *Comentarios Al Estatuto Del Notariado Colombiano*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.

Pazmiño Pazmiño, E. (2004). *Manual De Derecho Notarial*. Quito, Ecuador: Editorial Jurídica Del Ecuador.

Plaza De García, N. (1990). *Escribanos Y Notarios*. Guayaquil, Ecuador: Luis Pérez Larraín Y Cía. Editores.

Pérez Gallardo, L. (2008). *El Notario: Función Pública*. Viii Congreso De Los Notarios Públicos Rumanos, Celebrado En La Ciudad De Sinaia, Rumanía.

Pérez, L (2015). *Derecho Notarial De La Administración Pública*, Iv Promoción De La Maestría De Derecho Notarial Y Registral, Universidad Católica De Santiago De Guayaquil.

Rodríguez Adrados, A. (Octubre 1997). *El Notario: Función Privada Y Función Pública, Su Inescindibilidad*. Conferencia Pronunciada En La Academia Granadina De Notariado. Granada, España.

Salinas Tomalá, W. (2016). *La Acción Notarial Su Filosofía Y Práctica En El Ecuador*. Milagro, Ecuador: S/E.

Salgado Pesantes, H. (2010). *Introducción Al Derecho – Un Esbozo De Teoría General Del Derecho*. Quito, Ecuador: V&M Gráficas.

Tarragon, E. (2011). *Derecho Notarial, Tema 1*, Valencia, España: Tirant Lo Blanch.

Urrutia De Basora C. (2015). *Derecho Notarial*. San Juan, Puerto Rico: Editorial Situm Inc., Biblio Services Inc.

Usuga Varela, O. (1992). *La Intervención Del Notario En El Campo De La Jurisdicción Voluntaria Y La Reforma Notarial En Colombia*. Cartagena De Indias, Colombia: Xx Congreso Internacional Del Notariado Latino.

Villegas, H. (2012). Curso De Finanzas, Derechos Financiero Y Tributario.

Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.

Villavicencio Cárdenas M. (2012). Manual De Derecho Notarial.

Lima, Perú: Jurista Editores.

Verdejo, P. (1990). Derecho Notarial. Primera Reimpresión. La Habana, Cuba:

Editorial Pueblo Y Educación.

Fuentes Normativas.-

Asamblea Nacional Constituyente. (2008). Constitución De La República Del

Ecuador. Registro Oficial No. 449 Del 20 De Octubre De 2008.

Asamblea Nacional Del Ecuador. (2009). Código Orgánico De La Función

Judicial. Registro Oficial No. 544 Del 09 De Marzo De 2009.

Asamblea Nacional Del Ecuador. (2015). Código Orgánico General De Procesos.

Registro Oficial Suplemento No. 506 Del 22 De Mayo De 2015.

Congreso Nacional Del Ecuador. (2005). Codificación Del Código Civil.

Registro Oficial Suplemento No. 46 De 24 De Junio De 2005.

Decreto Supremo No. 1404 Del Presidente Interino Del Ecuador Clemente Yerovi
Indaburu. (1966). Ley Notarial. Registro Oficial 158 Del 11 De
Noviembre De 1966.

Fuentes Electrónicas.-

Syllabus Del Consejo De La Judicatura (2011).

(<https://www.google.com.ec/search?q=Syllabus+Notarial&Oq=Syllabus+Notarial&Aqs=Chrome.0.69i59j0.2251j0j7&Sourceid=Chrome&Ie=utf-8>, 10/04/2017)

Constitución De La República De Colombia

(<http://pdba.georgetown.edu/constitutions/colombia/colombia91.pdf>.15/05/2017)



Presidencia
de la República
del Ecuador



Plan Nacional
de Ciencia, Tecnología,
Innovación y Saberes



SENESCYT
Secretaría Nacional de Educación Superior,
Ciencia, Tecnología e Innovación

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **Dra. María Isabel Nuques Martínez**, con C.C: # **0912659901**, autora del trabajo de titulación: ***EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL NOTARIADO EN EL ECUADOR, DESDE LA PERSPECTIVA DEL FUNCIONARIO PÚBLICO*** Previo a la obtención del grado de **MAGÍSTER EN DERECHO NOTARIAL Y REGISTRAL** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato 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 SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de graduación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, 28 de mayo del 2018

f. _____

Nombre: Dra. María Isabel Nuques Martínez

C.C: 0905998118

REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA			
FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN			
TEMA Y SUBTEMA:	El Régimen Jurídico del Notariado en el Ecuador, desde la Perspectiva del Funcionario Público		
AUTOR(ES)	Nuques Martinez Maria Isabel		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES)	Ab. María José Blum M. - Dr. Francisco Obando Freire		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
FACULTAD:	Sistema de Posgrado		
CARRERA:	Maestría en Derecho Notarial y Registral		
TITULO OBTENIDO:	Magíster en Derecho Notarial y Registral		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	28 de mayo del 2018	No. DE PÁGINAS:	124
ÁREAS TEMÁTICAS:	Notarial y Registral		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	Notario , Funcionario, Publico		
RESUMEN/ABSTRACT (150-250 palabras):			
<p>La Constitución de la República del Ecuador, vigente desde octubre del año 2008, sin definirlo en forma expresa, contiene una serie de disposiciones que permiten concluir que el notario es un funcionario público, al incorporarlo como un órgano auxiliar de la Función Judicial, y al definir la Administración Pública. Sin embargo, existen algunos elementos que no permiten configurarlo al notariado, y su representante el notario con tal calidad, la existencia de un régimen de responsabilidades y patrimonial propio, diferente al del funcionario público permiten generar inquietudes respecto de lo anteriormente expuesto. Abonan a la concepción constitucional el régimen de tasas notariales y la calificación del servicio notarial como un servicio a la comunidad, que aborda ya al servicio público. Esta definición y concreción resulta trascendente de cara a la naturaleza de la actividad desarrollada, y de cara a las responsabilidades y régimen de sanciones aplicables; así como a la esencia del acto notarial. El Consejo de la Judicatura, mediante normativa de inferior jerarquía, ha desarrollado una serie de normas – mediante resoluciones e incluso únicamente mediante circulares – que han ido cercando el tema, de tal forma que el tratamiento que recibe el notario en el Ecuador es de un funcionario público. El criterio generalizado, por así disponerlo la normativa vigente, es que es un funcionario público, olvidándose de aspectos trascendentes que llevan al análisis respecto de la naturaleza jurídica del titular de esta función, y cuestionar tal calificación.</p>			
ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO	
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: +593998078974	E-mail: wana20@hotmail.com	
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE)::	Nombre: Blum Maorry María Auxiliadora		
	Teléfono: +593991521298		
	E-mail: mariuxiblum@gmail.com		
SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA			
Nº. DE REGISTRO (en base a datos):			
Nº. DE CLASIFICACIÓN:			
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):			