



FACULTAD DE DERECHO

TÍTULO DEL TRABAJO

ANÁLISIS A LOS REQUISITOS PARA DESEMPEÑAR EL CARGO DE  
NOTARIO EN LA LEY NOTARIAL Y SU PROBLEMÁTICA

Trabajo de Titulación presentado en conformidad a los requisitos establecidos  
para optar por el título de:

Abogado de los Tribunales y Juzgados  
de la República

Profesor Guía

Dr. Ing. Alfredo Suquilanda Valdivieso Mcs

Autor:

Andrés Felipe Castro Loaiza

Año  
2011

## **DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA**

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el/la estudiante, orientando sus conocimientos para un adecuado desarrollo del tema escogido, y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.”

DR. ING. ALFREDO SUQUILANDA VALDIVIESO MSC  
Profesor Guía  
090325212-0

**DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE**

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes”

.....  
Andrés Felipe Castro  
Número Cédula

110391343-8

## **AGRADECIMIENTO**

Quiero dejar expresa constancia de mi agradecimiento a la Universidad de las Américas y de manera muy especial a la Facultad de Derecho, dependencias que me brindaron la posibilidad de forjar un anhelo profesional.

Hago extensivo este agradecimiento, también de gratitud, hacia los señores docentes de la carrera, quienes con su sabiduría y enseñanzas, me permitieron crecer espiritual, psicológica, moral e intelectualmente, día a día durante el desarrollo académico.

Finalmente quiero expresar mi especial agradecimiento y mis sentimientos de consideración y estima al Dr. Ing. Alfredo Suquilanda Valdivieso, Director de Tesis, quien hizo posible la culminación del presente estudio a través de sus amplios conocimientos y asesoramiento.

## **DEDICATORIA**

El presente trabajo investigativo tiene un significado muy especial, porque es el producto del esfuerzo y sacrificio de toda mi familia y de manera especial de mis queridos padres Wilman Castro e Inés Loaiza y a mis hermanos Diego y Pablo, quienes supieron brindarme todo su apoyo para poder conseguir esta tan ansiada meta profesional.

## RESUMEN

El Presente trabajo investigativo que lleva como título “ANALISIS A LOS REQUISITOS PARA DESEMPEÑAR EL CARGO DE NOTARIO EN LA LEY NOTARIAL Y SU PROBLEMÁTICA” fue elaborado con la finalidad de realizar un estudio doctrinario y jurídico sobre el derecho notarial ecuatoriano y sus diferentes transformaciones y reformas específicamente en lo relacionado a los requisitos para ser Notario. Para la realización de este trabajo investigativo se utilizaron algunos métodos de investigación que nos permitieron reunir y recolectar la información tanto teórica como practica del problema en mención, de esta manera se utilizaron fichas documentales, bibliográficas y memotécnicas que permitieron hacer el acopio teórico entorno a los entendidos temáticos planteados en el esquema, para su desarrollo y conocimiento. Dentro del aspecto práctico se aplicaron treinta encuestas a profesionales del derecho y dos entrevistas a funcionarios del Consejo Nacional de la Judicatura, los resultados de estas técnicas de trabajo nos ofrecieron muchos elementos de juicio para poder determinar que es necesario realizar reformas a la Constitución de la República del Ecuador, al Código Orgánico de la Función Judicial, respecto de exigir requisitos de mayor nivel para el cargo de Notario ya que los que existen actualmente en estos cuerpos legales citados son insuficientes para desempeñar tan importante cargo

**ABSTRACT**

The present research work bearing the title "Requirements analysis for play the CARGO of notary EN LA LEY NOTARIAL and your problem" was developed with the purpose of performing a doctrinaire and legal study on Ecuadorian notarial law and its different transformations and reforms specifically related to the requirements to be notary. Some research methods that allowed us to meet were used for the realization of this investigative work and recoilectar information both theoretical as practised the problem in reference, in this way were used mnemonic, bibliographical and documentary tabs which allowed the muster theorist environment to thematic experts raised in the schema, for its development and knowledge. From the aspect I practice is aplicarón thirty surveys to professionals in law and two interviews with officials of the National Council of the judiciary, the results of these techniques work offered us many elements of judgment to determine necessary to carry out reforms to the Constitución of the Republic of the Ecuador, the professional code of the judicial function require higher level for the position of notary requirements regarding since that currently exist in these cited legal bodies are inadequate for such an important post.

## INDICE

### Introducción

### 1. Capítulo I

#### 1.1. Generalidades.

1.1.1. Antecedentes históricos del Derecho Notarial Ecuatoriano.	1
1.1.2. Evolución del notariado.	7
1.1.3. Origen de la palabra notario.	12
1.1.4. Notariado; definición y naturaleza.	17
1.1.5. El Notario y la fe pública.	25
1.1.5.1. Clases de fé Pública	27
1.1.5.1.1. Fé Pública Notarial	28
1.1.5.1.2. Fé Pública Administrativa	28
1.1.5.1.3. Fé Pública Registral	28
1.1.5.1.4. Fé Pública Judicial	29
1.1.5.1.5. Fé Pública Consular	29
1.1.5.1.6. Fé Pública del Derecho Eclesiastico	29
1.1.5.2. La fé pública y fé Notarial	29

### 2. Capítulo II

#### 2.1. Análisis Socio Jurídico del marco legal del Servicio Notarial Ecuatoriano

2.1.1. Naturaleza jurídica de la función notarial.	31
2.1.2. La función pública del Notario.	34
2.1.3. Análisis constitucional del servicio notarial ecuatoriano.	38
2.1.4. Análisis jurídico del Código Orgánico de la Función Judicial	40
2.1.4.1. El servicio notarial	42
2.1.4.2. Ingreso al servicio notarial	42
2.1.5. Inconsistencias en las reformas legales sobre el Servicio Notarial	43
2.1.6. La probidad y capacidad como requisitos fundamentales para ser Notario	47
2.1.7. Requisitos para ser Notario en el Derecho Comparado	50
2.1.7.1. En México	50
2.1.7.2. En España	52
2.1.7.3. En Colombia	53

### 3. Capítulo III

#### 3.1. Fundamentos Prácticos y Jurídicos para mejorar el Sistema Notarial Ecuatoriano

3.1.1. Análisis de las encuestas por preguntas a funcionarios del Consejo de la Judicatura	54
3.1.2. Análisis de las encuestas por preguntas a abogados de libre	54



ejercicio de la profesión	56
3.1.3. Verificación y contrastación de objetivos e hipótesis	60
3.1.3.1. Contrastación de Hipótesis	61
3.1.4. Fundamentación jurídica para reformar los requisitos para ser Notario en el Ecuador	52
	61
<b>4. Capítulo IV</b>	
<b>4.1. Conclusiones y Recomendaciones</b>	64
4.1.1. Conclusiones	64
4.1.2. Recomendaciones	65
<b>Bibliografía</b>	67
<b>Anexos</b>	68

## **CAPITULO I.**

### **NOCIONES GENERALES DEL DERECHO NOTARIAL ECUATORIANO**

#### **1. GENERALIDADES.**

##### **1.1.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DERECHO NOTARIAL ECUATORIANO.**

El tratadista de derecho notarial Carlos Emérito González divide a la historia del notariado en dos períodos: Aquel que corresponde a la época en que el escribano era simple escribidor de lo que se le dictaba y, el notario jurista, que no es precisamente aquel que escribe sino el intérprete de las voluntades de las partes, que da forma al negocio jurídico y lo reviste de validez, asesorando debidamente a los contratantes.

El documento notarial más antiguo surge en Francia es aquel de un notario genovés hecho en diciembre de 1154, que se refiere a una entrega de especias al regreso de un navío proveniente de Alejandría.

Muchos creen encontrar los orígenes del notario en los escribas egipcios, conocedores de la escritura y de los números. A estos se los podría considerar incluso como consejeros de los faraones.

En Grecia, había los "logógrafos" que hacían los alegatos de los acusados y los discursos. En la antigua Roma éstos tenían funciones parecidas.

Es en la época del Imperio Bizantino que aparece el título de "notarius". El notarius era un profesional libre, sin vínculo con el Estado, con conocimiento del derecho. Su labor, a decir de Bono, "era de rango jurídico" y "asumían el carácter de asesores en derecho".

Como resultado de la actividad de los notarius aparece la "scriptura publice confecta" (escritura pública), que es extendida por los notarius. En cuanto a las formalidades que los notarius debían de cumplir, según los clásicos boloñeses, éstas debían distinguirse entre solemnidades y publicaciones. Las solemnidades eran requisitos que el notario debía ejecutar sin que debiese dejar constancia de ellas en el documento, mientras que las otras debían quedar plasmadas en el mismo. Era menester que constase la firma de tres testigos y la autorización o "completio" en el lenguaje romano y la "absolutio", o entrega de conformidad entre las partes.

Ambas integraban la cláusula de autorización y debía, entre otros, constar la fecha y lugar del otorgamiento, la afirmación de que el notario dio lectura al mismo o las partes y la firma de éstas.

La primera regulación positiva del notariado aparece en el siglo VI de la Era Cristiana, gracias a Justiniano, quien, en su obra Compilación y Legislación, conocida como el "Corpus Juris Civilis", en las novelas XLV, XLIII y LXXVI, regula la actividad del notario y el protocolo y otorga al documento notarial el carácter de probatorio.

Es solamente en el siglo XIII, según se conoce, que nace la Escuela de Bolonia. Los Notarios tienen que ser verdaderos conocedores del derecho y aparecen los primeros instrumentos jurídicamente autorizados.

Sus precursores fueron Irnerio, Raineri de Perugia y Rolandino Passaggero. A mediados del siglo XIII, aparece en el Fuero Real la definición de escribano público y, en la Tercera Partida de las Siete Partidas de Alfonso El Sabio, se define a la escritura pública como *"toda carta hecha por mano de escribano público o de consejo, o sellada con sello de rey o de otra persona auténtica, que sea de creer en fe de ella"*.

En el Título XIX de esta partida se define a los escribanos como *"los hombres*

*sabedores de escribir", clasificándolos en dos grupos: Los que escriben los privilegios y las cartas y los actos de casa del rey; y, los escribanos públicos "que escriben las cartas de las vendidas, de las compras de los pleitos de las posturas que los hombres ponen entre sí en las ciudades o en las villas".*

En la Ley VIII dictada por el Reinado Español, se define a los registradores como escribanos, o sea aquellos que escriben cartas en libros denominados registros. Hasta antes de la ley del 25 Ventoso del año XI, dictada el 10 de marzo de 1803, estos oficios eran vendidos. Con esta ley se modificó el sistema y se separó lo judicial de lo estrictamente notarial. En ella se define al notario como *"los funcionarios públicos investidos por la ley para dar fe de los negocios jurídicos que ante él se celebraren y a quien corresponde estructurarlos jurídicamente, dándoles solidez formal, para cuyo objeto debe previamente captar los hechos a través de las manifestaciones de voluntad, adecuándolas a las normas jurídicas valederas".*

El 28 de mayo de 1862 se dicta la Ley Española, bajo el reinado de Isabel II, se introduce la figura del profesional del derecho en el ámbito notarial. En ella se indica, además, los requisitos para obtener y ejercer la fe pública, se trata sobre el protocolo, las copias, gobierno y disciplina de los notarios.

En cuenta a las raíces del notariado ecuatoriano se pueden hablar de que los mismos surgen del Derecho Indiano, aquel que se formó en América luego de su descubrimiento en 1492, compuesto por el Derecho Español, el Derecho Canónico Ecuménico y aquellas normas que se iban sistematizando a medida en que las necesidades y circunstancias así lo determinaban en estas nuevas tierras.

Abelardo Levaggi, en su artículo "Derecho Romano y Derecho Indiano en el siglo XVIII" (publicado en el Anuario Histórico Jurídico Ecuatoriano, Tomo V), afirma que "Un filón más en el Derecho Indiano en el que es posible descubrir la vigencia del Derecho Romano lo constituyen los documentos notariales.

Desde luego que la situación en España era exactamente la misma, las escrituras respondían a modelos que eran copiados literalmente y nada diferían los textos peninsulares de los textos americanos. A aquellos precisamente se refería Juan Francisco de Castro cuando decía que los escribanos *"apenas dan fe de instrumento en que no intervenga renunciación de algunas leyes romanas que corruptamente citan en las mismas escrituras"*<sup>1</sup>. Y agrega luego: *"Sucede que en el orden notarial tanto o más que en lo judicial, el peso de las fórmulas judiciales era abrumador". Por esta razón, éstas se repetían de manera sacramental"*.

Aún hoy, la de "de conocer doy fe" continúa en vigencia.

Según el citado autor, "en todas las escrituras de contratos bilaterales se incluía invariablemente el artículo del sometimiento a la jurisdicción real y el "renuncio el mío propio fuero, domicilio y vecindad con la ley sit convenerit de juriditione omnium, et iuditiium" o "sit convenerit" a secas. También esta fórmula es conservada hasta hoy, exceptuando lo del fuero real, naturalmente.

"En las escrituras de poder y de venta continúa el autor el de renunciación de la excepción de la non numerata pecunia. Cuando los que se obligaban eran dos o más, se imponía el renunciar las leyes de duobus reis de vendi, y, "si la otorgante era mujer, las leyes de senatus consultatus Veleyano... y las leyes del reino que hablan en favor de las mujeres". Es decir, que las fórmulas romanas se introdujeron en el derecho español y, de éste, pasó al derecho de Indias. Al decir de Levaggi "el Derecho Romano fue todavía en el setecientos un importante elemento formativo del "corpus iuris indiano".

Los documentos notariales han servido de base para reconstruir no sólo parte de nuestra historia, sino para conocer a través de ellos la vida social de los pueblos, sus costumbres y sus medios de vida.

---

<sup>1</sup> PAZMIÑO, Edgar, "Manual de Derecho Notarial", Edición Primera, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito-Ecuador, 2001, pág 45

*“Con la creación de la Nueva Audiencia de Quito el rey dictó nuevas ordenanzas para las Audiencias de América, que fueron promulgadas en Monzón de Aragón. En ellas se trata en forma detallada de la administración de justicia por los Magistrados inferiores o la forma en que los abogados, procuradores, escribanos, etc. debían desempeñar sus funciones.”<sup>2</sup>*

En esas ordenanzas se imparten verdaderas disposiciones legales que van sistematizando en forma orgánica un incipiente derecho notarial en América y, particularmente, en la Audiencia de Quito. Así, entre las más importantes (106) se dispone que los escribanos de ésta no puedan poner tenientes de escribanos de gobernación ni de justicia en las ciudades, villas y lugares del distrito audiential; que el oidor visite los registros de los escribanos (111); que estos tengan en su poder las escrituras originales, poderes y sentencias definitivas y que entreguen los procesos a los procuradores, y que las hojas de los procesos vayan numeradas; que tengan los registros cosidos y los firmen en fin de cada año; que no escriban por abreviaturas; que no entreguen los autos menguados; que lleven los derechos que les pertenece conforme al arancel y asienten en las escrituras los derechos que percibieren de las partes; que comuniquen las sentencias el mismo día o al siguiente; que no reciban cosas de comer ni aves ni otras cosas en satisfacción de sus derechos; que no confíen los procesos ni las escrituras a las partes; que escriban de su mano las sentencias; etc. etc. En la actualidad, subsisten muchas de estas disposiciones.

Revisando nuestra historia y consultas en el Libro Leyendas, Tradiciones, y Páginas de la Historia de Guayaquil, de don J. Gabriel Pino Roca, en el tomo II, en el capítulo referente a los Señores del Cabildo encontramos que el Cabildo Guayaquileño se componía de dos alcaldes ordinarios, 8 regidores, más tarde aumentados a 12, un secretario, que lo era siempre un escribano real y un tesorero denominado mayordomo de propios.

---

<sup>2</sup> PAZMIÑO Edgar, Obra Citada

El cargo de escribano era indefinido. *"El Escribano de Cabildo -dice Pino y Roca- se titulaba también de Minas y Real Hacienda (Secretario Municipal de nuestros días). Era el único autorizado para dar fe de las escrituras y demás actos del cabildo y debía ser forzosamente elegido entre los escribanos del rey. Llevaba, por otra parte, un libro en que se sentaba los ingresos de la caja de propios de la ciudad y en el que dejaba constancia de los depósitos que se hacía de aquellos fondos en los particulares, atribución esta última que le fue quitada más tarde para señalársela al depositario general. Pocos desempeñaron estas funciones en Guayaquil"*.

Incluye una lista de 13 escribanos desde 1540 hasta 1813, encabezada por don Diego de Navarrete. En 1813, dice, *"empezó a actuar, de acuerdo con la Constitución de Cádiz, en calidad de Secretario del Ayuntamiento don Manuel de Carmona y Tamariz, hasta el 20 de abril de 1815, en que volvió a ser nombrado el escribano Casanova, quien duró en esa calidad hasta el 9 de octubre de 1820"*.

Por su parte, el doctor Rafael Euclides Silva, en su obra Biogénesis de Guayaquil, supone que el primer escribano en esta ciudad fue Francisco de Heres, "aquel que certifica la Representación del Cabildo en 1541", atribuyéndole la doble calidad de escribano público y de concejo, es decir, "Registrador de actas concejiles y de escrituras públicas".

### **1.1.2. EVOLUCIÓN DEL NOTARIADO.**

El Derecho Notarial surge de una manera importante, contribuyendo con el progreso del Derecho Privado, al respecto los civilistas franceses Colín y Capitant, afirman que éste es *"una de las más útiles de las instituciones jurídicas y de la vida económica de la mayoría de los países"*<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Citados por Pazmiño Edgar, Obra Citada

Al Notario le corresponden tradicionalmente dos cometidos desempeñados con un esmero que ha sido la razón de su prestigio; uno comprobar la realidad de los hechos, y el otro, legitimar el negocio jurídico, dejando todo ello acreditado en el documento notarial, especie característica e irreductible.

*“Ello se ha ido produciendo históricamente a medida que la especulación jurídica, iniciada por las escuelas de glosadores y post-glosadores, elabora los conceptos científicos de un Derecho nuevo que esto ha sido el Derecho Común o Intermedio con respecto al Derecho Romano y con cuyo aporte fue desarrollándose una doctrina coherente del instrumento público que prefigura y esclarece la función del Notario, término procedente de "notar", o sea, en sentido germánico medieval, quien redacta o pone por escrito”.*

En el presente trabajo, realizaremos un breve recorrido por la historia de tan importante derecho en la vida jurídica del mundo entero y su evolución y desarrollo dentro del derecho mismo.

Descubierto el Nuevo Mundo en 1492, lógicamente la nueva realidad humana y geográfica, requería de la creación y aplicación de una legislación capaz de interpretarla.

Pero la dicha realidad hizo casi imposible la aplicación del ordenamiento legal castellano. Se hacía necesaria una distinta legislación, apta para el mundo nuevo de los europeos.

Tuvieron que promulgarse normas jurídicas reguladoras de lo que como nuevo representaba a los legisladores peninsulares. Nace así el Derecho Español en las Indias, o mejor, el derecho indiano que pronto alcanzó frondosidad extraordinaria y que en muchos aspectos de la vida social económica y jurídica, desplazó a un segundo plano al derecho castellano tradicional. Volviéndose éste supletorio, sólo aplicable a falta de precepto propiamente indiano.



Conviene tener en cuenta las características generales del derecho indiano, por cuanto de ellas han de derivarse muchos elementos peculiares de las posteriores legislaciones coloniales y, después, republicanas.

En segundo lugar, la legislación indiana mostró una tendencia uniformada a los preceptos jurídicos peninsulares. En tercer término, la legislación indiana fue frondosa en reglamentación expuesta en una "minuciosa reglamentaria". Se reglamentaba para todo caso por pequeño y sencillo que fuera. Los monarcas españoles pretendieron tener en sus manos todos los hilos de un gobierno de un mundo tan vasto, tan complejo en su diversidad y tan lejano. Presentaron por último, dichas leyes, un "profundo sentido ético y religioso". Teólogos y moralistas, más que juristas y hombres de gobierno, fueron los animadores espirituales de esta legislación. Se acusa en ella un tono de plausible elevación ética, pero se desconocen al propio tiempo, o se tratan de soslayar, ineludible imperativos económicos y sociales.

Fueron concebidas para regular casos muy concretos, esto es, de un acentuado casuismo. Se trató de generalizar, en la medida de lo posible, en la solución en cada paso adoptado.

Los mismos quisieron conocer de los grandes problemas políticos y económicos que afectaban a todas las Indias o toda la demarcación territorial de un virreinato o de una audiencia, que de cuestiones minúsculas que interesaban sólo a una ciudad o a un reducido distrito rural.

Al derecho indiano lo informaban, primero aquellas disposiciones emanadas de la Corona, como cédulas reales y gracias; luego las resoluciones del gobierno español sobre las indias, como el Consejo de Indias y la Casa de Contratación, y las normas que emanaban de los organismos y funcionarios radicados y establecidos en Las Indias, y que eran ordenadas por el cabildo, real audiencia, por los virreyes, capitanes generales y alcaldes ordinarios.

El descubrimiento es un hecho de tal envergadura e importancia para la civilización, y en tal sentido se necesitaba legalizar ante el mundo tan importante situación, y es en este momento donde aparece la figura del notario para dar fe de este acontecimiento. A partir del hecho del descubrimiento, "marcharían unidas, la espada del conquistador, la cruz de la religión y la pluma del escribano, que habría de asentar la relación de los hechos que iban produciéndose en el plan histórico, en tanto se sucedían los acaeceres de la conquista y luego de la colonización"<sup>4</sup>.

Así, pues, con los conquistadores llegaron a América, los primeros notarios, el primero fue don Rodrigo de Escobedo, acompañante expedicionario de Cristóbal Colón, y designado como Escribano por el Consulado del Mar. Tres años más tarde, al del descubrimiento, muere el notario Escobedo en forma trágica a manos del cacique Caonobó, en tierras de La Española, hoy Haití.

No sólo para cada viaje se nombraba un escribano, sino que a la expedición de conquista de tierra adentro era indispensable su presencia. De esta forma el oficio de escribano fue fundamental a toda la esfera de Indias. Un funcionario con esa denominación acompañaba a todas las expediciones, tanto las de descubrimiento costero, como las que luego entraron a los territorios. Así, por ejemplo, el 6 de septiembre de 1501, en Granada, se extiende el título a Juan de Guevara como Escribano de la expedición de Ojeda. Se trata en estos casos, de un funcionario real, cuya presencia es indispensable para dar legalidad a los actos de la expedición.

Puede afirmarse que en la vida jurídica colonial, la institución notarial tuvo una vigencia y un desarrollo semejante y paralelo a la de los demás países. Pero con el advenimiento de la república el sistema notarial quedó suprimido.

No obstante del rancio abolengo del notariado Ecuatoriano, éste quedó inmerso dentro de la función registral, pues, de las primitivas oficinas de Anotación de

---

<sup>4</sup> NERI, Obra Citada, pág 32

Hipotecas que se reconocieron en el período colonial y que fueron suplantadas en 1836 al instaurarse el registro público, se cayó en un funcionismo entre notariado y registro que persiste hasta nuestros días, aunque, es de justicia reconocer el hecho de que ya se nota una corriente renovadora en las nuevas promociones de los profesionales del derecho en elevar el nivel científico de la institución notarial y colocar a Ecuador en el punto que le corresponde en el mundo moderno de las leyes.

Volviendo al cuadro general histórico de la legislación indiana, advertimos en ésta una gran confusión de escribanías, de la más variada índole y especialidad.

Se ha establecido una interesante clasificación de dichas escribanías en atención al organismo que pertenecían como a la de su especialidad. Había escribanías adscritas a los organismos residentes en la metrópoli, llamada escribanía mayor de armada, de cámara de Consejo de Indias, de la casa de contratación de Sevilla; de naos, de visitas, de residencias, de rociones. Escribanías residenciadas en Indias, de gobernación, de justicia, la de cámara de audiencia, de bienes de difuntos. Escribanías de Hacienda, como la de real hacienda, minas y registros, de las casas de la moneda, pesquería de perlas, de juntas de temporalidades, de registro de puertos. Había las eclesiásticas, las propiamente eclesiásticas, las del santo-oficio. Habría, así mismo, las municipalidades como la de cabildo o capitulares; las extrajudiciales como las escribanías públicas numerarias, o de número de la ciudad.

El casuismo propio de las leyes de Indias se observa en la forma como concibieron su sistema escribanil y, además, podría explicarse ante razones de tipo económico si se piensa que dichos cargos fueran vendibles. Así pasó al Nuevo Mundo la institución notarial, con sus virtudes y sus fallas.

*“La institución notarial hoy, gracias al celo de su cultura ofrece al hombre seguridad jurídica. En el escribano -decía Andrés Bello- descansa la fe pública,*

*siendo un ministro constituido especialmente para dar testimonio de la verdad. Y le daba al escribano la alta misión de tutelar el bien público. Es el escribano, el depositario de la confianza pública. En sus protocolos, conserva cuanto puede considerarse preciso para hacer efectivo el cumplimiento de los actos, y de las otras disposiciones de los hombres; y en sus archivos, los procesos, en que se interesan nada menos que el honor, la vida, la hacienda y la quietud de los particulares, y todo cuanto puede contribuir al bien del estado”<sup>5</sup>.*

Un resumen de la historia general del notariado la ha expresado en cuatro conclusiones, y en buena y bien lograda síntesis, el doctor Domingo Casanova

Primera: *"el renacimiento acentuó la función de los notarios en virtud de las necesidades mercantiles crecientes: grandes préstamos e interés, compañías, concesiones en el Nuevo Mundo, procesos más complicados, etc."*

Segunda: *"la forma de atribuir la función notarial evoluciona gradualmente desde la venta y traspaso del oficio y la propiedad privada de los protocolos a la mejor regulación pública de funciones notariales"*.

Tercera: *"más adelante, la tendencia codificadora y registros acaban por requerir un notariado absolutamente regular y técnico"*.

Cuarta: *"a lo largo del proceso evolutivo, se separe marcadamente el tipo de notariado sajón y el tipo de no latino, conservando este último una índole más mayestática y solemne"*.

---

<sup>5</sup> NERI, Obra Citada

### 1.1.3 ORIGEN DE LA PALABRA NOTARIO.

La palabra Notario se deriva de la palabra “NOTARIUS” (alguien que toma notas), como lo podemos evidenciar en la civilización romana devino el oficio de “NOTARIUS”, pues este era el secretario que asistía al senado y anotaba o escribía lo que decían los senadores o abogados a una gran velocidad, era el hombre que escribía las notas, NOTAE, los contratos o actos que le dictaban los contratantes. Luego el “NOTARIUS” paso a ser secretario del Consejo Público que se formaba cada vez que era necesario el asesoramiento de los Juris Consultos mediante pruebas documentales escritas.

Posteriormente el notarius fue remplazado por el “ESCRIBA” romano. *“El escriba romano no fue un heredero del escriba egipcio; a diferencia de este y del hebreo, actúo en funciones de elevado rango y en un símil con el logógrafo griego, hizo de calígrafo y copista, tanto en el orden judicial como extrajudicial y sus anotaciones merecían fe”*<sup>6</sup>

Se ha dicho que la historia del notario se la debe buscar en la del instrumento público. Para comprender de mejor manera vamos a citar algunos conceptos sobre la palabra notario de acuerdo a las leyes y doctrinas de algunas legislaciones del mundo:

La ley del notariado española precisa que *“El Notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales. Además precisa que habrá en todo el Reino una sola clase de estos funcionarios”*.

Es decir, según esta definición el notario es un funcionario público y en todo caso deja constancia que todos los notarios son iguales, sin embargo, dada su ubicación no tienen la misma importancia, por ejemplo no es igual un notario de la capital con uno de un distrito alejado de provincia y tampoco tienen los

---

<sup>6</sup> Luis Vargas, Obra Citada, pág 26

mismos ingresos, sino que los mismos varían de acuerdo al volumen de trabajo.

La ley del notariado de la república Federal Alemana de abril de 1999 en su artículo uno *“Precisa que como poseedores independientes de un cargo público, los notarios son nombrados en los estados para formalizar los documentos de asuntos legales y otras tareas, en el dominio de la administración previsor de la justicia”*.

Esta ley hace referencia a cargo público, por lo cual al parecer este texto legislativo se ha abstenido intencionalmente de calificar al notario de funcionario público.

La ley del notariado de 1913 de Italia establece en su artículo primero *“Que los notarios son oficiales públicos instituidos para recibir los actos inter vivos y de última voluntad, atribuirles de fe pública, conservarlos en depósitos y expedir copias certificadas y extractos.”*

Esta ley es de hace muchos años, y califica al notario de oficial público y hace referencia a la fe pública, sin embargo, como sabemos estos profesionales del derecho no son los únicos que brindan la misma, sino que también es brindada por otros y en este orden de ideas es que existe fe pública, judicial, administrativa, registral, mercantil, eclesiástica, militar, procesal, consular, entre otras.

En el congreso de Buenos Aires en Argentina de 1948 la unión internacional del notariado latino precisa que *“El notario es el profesional del derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad, conserva los originales de éstos y expedir copias que den fe de su contenido. En su función también está comprendida la autenticidad de hechos”*.

En dicho evento se definió el término notario, precisando que el mismo redacta los documentos que dan forma a la voluntad de las partes. En el derecho notarial ecuatoriano esto no ocurre porque esto lo hacen los ayudantes o dependientes del notario, y en todo caso es necesario dejar constancia que todo lo ocurrido alrededor de la fe pública notarial es de responsabilidad del notario público.

En la legislación mexicana debe tenerse en cuenta las siguientes definiciones:

*"Notario es el profesional del derecho investido de fe pública por el Estado, y que tiene a su cargo recibir, interpretar, redactar y dar forma legal a la voluntad de las personas que ante él acuden, y conferir autenticidad y certeza jurídicas a los actos y hechos pasados ante su fe, mediante la consignación de los mismos en instrumentos públicos de su autoría."*

"El artículo 10 de la ley de 1999 establece: *"Notario es un Licenciado en Derecho investido de fe pública, facultado para autenticar y dar forma en los términos de ley a los instrumentos en que se consignen los actos y hechos jurídicos. El notario fungirá como asesor de los comparecientes y expedirá los testimonios, copias o certificaciones a los interesados conforme lo establezcan las leyes. La formulación de los instrumentos se hará a petición de parte"*.

La Ley del notariado peruana definió en su texto original el notario, sin embargo, dicha definición ha sido modificada por la ley de competencia notarial, contenida en la ley 26662: *"El notario es el profesional del derecho que está autorizado para dar fe de los actos y contratos que ante el 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"*.

Su función también comprende la comprobación de hechos y tramitación de asuntos no contenciosos previstos en la ley de la materia.

En el diccionario realizado bajo la dirección de Henri CAPITANT *“se precisa que la palabra notario proviene del término latín notarius. Además se establece que es el oficial público designado para que, dentro de su jurisdicción, reciba todos los actos y contratos a los cuales las partes deban o quieran dar el carácter de auténtico propio de los actos de autoridad pública, y para certificar la fecha de ellos, conservarlos en depósito y expedir testimonios y copias (leyes del 25 ventoso año XI, artículo 1. 28 abril 1816 y 12 ag. 1902)”*.

Para CARNELUTTI el notario lo que hace en realidad es interpretar, traducir la realidad social al campo del derecho, trasladar el hecho al derecho, ligar la ley al hecho.

La Constitución del Ecuador en su Art. 38.- “Integran la función Judicial y se denominan, en general, servidores de la Función Judicial: ... (5) Las notarias y los notarios...” Art. 178, inciso tercero.- “La Función Judicial tendrá como órganos auxiliares el servicio notarial...” Art. 199.- “Los servicios notariales son públicos...”

En el Código Orgánico de la Función Judicial Ecuatoriano Art. 297 establece que “El Servicio Notarial se rige por la Constitución, este Código, la Ley Notarial y demás disposiciones legales y reglamentarias”. Disposiciones Reformatorias y Derogatorias del Código Orgánico de la Función Judicial 11.2. ; En caso de oposición entre lo que disponen la Ley Notarial y el Código Orgánico de la Función Judicial, se aplicarán las disposiciones del Código Orgánico de la Función Judicial.

El Código Orgánico de la Función Judicial: Art. 296.- “El Notariado es un órgano auxiliar de la Función Judicial y el servicio notarial consiste en el desempeño de una función pública que la realizan las notarias y los notarios.... Y más adelante dice: “El ejercicio de la función notarial es personal, autónomo, exclusivo e imparcial.”. La Ley Notarial Art. 4.- (vigente) “La función notarial la ejercen en el país exclusivamente los notarios, salvo las disposiciones de leyes especiales”



En mi criterio los notarios públicos son los profesionales del derecho que tienen a su cargo la fe pública más desarrollada, como es por cierto la fe pública notarial, por lo cual no sólo deben dar fe, sino también archivar los instrumentos notariales para expedir sus testimonios, partes notariales o boletas notariales, y en todo caso su función abarca a tres tipos de actos o documentos: instrumentos públicos notariales protocolares, instrumentos públicos notariales extraprotocolares y asuntos no contenciosos, pero sólo en los casos que la Ley señala en lo referido a estos últimos.

#### **1.1.4. NOTARIADO. DEFINICIÓN Y NATURALEZA.**

El Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, define:

*"Notariado.- De notario y éste del latín notarius. Institución que comprende todo lo relativo a la notaría y a los notarios. En opinión de Giménez Arnau, definir al notariado importa definir al notario o sea que se le considere como grupo de quienes la desempeñan. Se ha dicho que la naturaleza del notariado se exterioriza en la práctica en el conjunto de facultades que constituyen el ejercicio de la función notarial, la que a su vez, es una prerrogativa del poder público que va encaminada a declarar el derecho mediante una manifestación con la que se da forma al acto jurídico. Es el notariado una institución que surge en forma natural de la organización social, desde las primeras manifestaciones contractuales de la sociedad, y que consiste en términos generales en el sistema organizado de personas investidas de fe pública para autorizar o dar fe de hechos y actos que ante ellos pasan y se otorgan; el notario, pues, es un magistrado, representante del poder público, obligado y capaz de recibir y dar forma a cuanta manifestación jurídica surja de la vida de relación contractual.*

*Por otro lado, el notariado de tipo latino, como el de nuestro país, en el que el notario es al mismo tiempo un funcionario dotado de fe pública y un abogado*

*que ilustra a las partes, redacta el documento, lo autoriza, expide copias certificadas y conserva el original. La actuación del notario no tiene más límites que los que marcan las leyes..."<sup>7</sup>*

Al hablar del notariado de tipo latino, como el nuestro, citando al Argentino I. Neri señala: *"Concepto doctrinal. Como quiera que se opine, y se den explicaciones acerca de si la institución del notariado es de estricto rigor o convencionalmente necesaria, fuerza es reconocer: a) respecto de lo primero, que el Estado dispone todo lo concerniente al interés legal y a la seguridad general; de donde se infiere que el Estado mismo trabaría las garantías contractuales si no adoptase un organismo de tutela y regulación de la autenticidad de los negocios jurídicos; y b) tocante a lo segundo, que la creación de la institución es una consecuencia del reconocimiento mismo de la función fedataria, pues mal podría asegurarse la efectividad, y por consiguiente la legalidad misma de las relaciones contractuales, si el Estado hubiese hecho de lado al órgano funcional, capaz por su versación jurídica y competente por su investidura. Por consiguiente, la creación del organismo público que disciplina la función fedataria ha sido un doble aserto del poder público, pues a la vez que ha logrado disipar la ocasión de subvertir la garantía de los derechos -precisamente por la propia intervención del notario en la contratación jurídica- ha contribuido a consolidar el interés de las múltiples prestaciones patrimoniales"<sup>8</sup>.*

Se puede apreciar en este concepto dos cosas que el autor quiere dejar claras por un lado la importancia de la función notarial como organismo que regula y perfecciona los contratos entre los particulares y la forma de cómo con esto ayuda a cumplir uno de los objetivos del Estado, dar garantías a los ciudadanos en sus relaciones contractuales, y, así mismo, la creación del notariado se debe a la necesidad que tiene el Estado por contar con una institución que le permita consolidar su estructura y legalizar los actos y contratos que fortalecen y aseguran la propiedad a través de la intervención del notariado y que las

---

<sup>7</sup> NERI, Obra citada, pág. 481

<sup>8</sup> NERI, Obra citada, pág. 482

diferentes organizaciones del estado ecuatoriano han dado validez, avalando los documentos notariados por los particulares en actividades públicas como la legalización de una minuta de traspaso de dominio en el Municipio, cuyos efectos jurídicos son el saneamiento del bien o la propiedad adquirida por compraventa.

De las definiciones de los mejores tratadistas españoles se infiere que en el campo doctrinal el notariado ofrece distintos puntos de vista. En este punto, tales definiciones son dignas de citarse, por su singularidad:

En opinión de Fernández Casado, notariado es el *“conjunto de personas adornadas de título para ejercer el arte de la notaría”, cuyo concepto refuerza al afirmar, además, que la institución ‘comprende todo lo relativo a la notaría y a los notarios’, y rebalsa al sostener, por último, que el vocablo comprende a ‘todos los funcionarios que han tenido y tienen la facultad de autenticar los actos de las autoridades, corporaciones y personas de todas clases en diferentes épocas y bajo diversas formas y denominaciones”*<sup>9</sup>

Acerca de cuya enunciación cabe reparar que, ante lo fundamentalmente separativo del notariado del resto de otras instituciones similares que acuerdan a sus funcionarios potestades notariales, no cuadra arraigar en su esfera de acción los actos que son propios de autoridades y corporaciones

Como dijo Sancho Tello, *“lo esencial, lo característico del notariado es hoy, según la ley y la ciencia, el cargo público de autorizar y dar fe de los actos que ante sus funcionarios pasan o se otorgan”*<sup>10</sup>

Cuyo precepto es dudoso, por cuanto ni el notariado importa un cargo público ni tampoco el notario es el único funcionario que autoriza y da fe; en tanto el notariado es cabalmente una institución única, el notario no sólo se concreta a legitimar los actos que ante él pasan, sino que, es agente activo de los

---

<sup>9</sup> Citado por Pamiño Edgar, Obra Citada, pág 78

<sup>10</sup> Ibidem

otorgantes, y por lo mismo que actúa en la contratación recibe y redacta según las leyes los actos y contratos que se le recaban.

Atento al sostenido de Lavandera, el notariado es *“la magistratura de la jurisdicción voluntaria que con autoridad y función de justicia aplica la ley al acto jurídico que se celebra en esa esfera con la conformidad de las partes; declarando los derechos y obligaciones de cada uno, lo aprueba, legaliza y sanciona con validez, autenticidad y ejecución; autoriza y dirige su cumplimiento con el proceso documental”*<sup>11</sup>

Cuyo enunciado eleva al notariado al rango de magistratura voluntaria, con autoridad funcional capaz de legitimar, a través del proceso documental, las relaciones jurídico-contractuales que ejecutan o convienen los otorgantes, lo cual nos dice: 1) que el notario es un magistrado representante del poder público, obligado y capaz de recibir y dar forma a cuanta manifestación jurídica surja de la vida de relación contractual; y 2) que el notariado implica una función docente; empero, en derredor de todo esto se presenta un notariado como ‘debiera ser’, un notariado sentido por virtud de nuevas ideas, y no un notariado como ‘es’, pues se puede asegurar, sin temor de equivocarse, que las legislaciones, pese a su contribución por un mejoramiento del notariado, aún no han modelado un estatuto orgánico notarial que revista la cualidad apuntada, ni tampoco han admitido que la función notarial importe una magistratura, por lo que este tipo de función y de notariado sólo tienen asidero en la doctrina

Teniendo en cuenta lo expresado por Sanahuja y Soler, *“la institución del notariado es una realidad creada por la tradición con características tales que no permiten incluirla dentro de las concepciones corrientes que elabora la ciencia jurídica; por ejemplo, el empeño de darle asidero a los principios que rigen el derecho judicial o el administrativo fue la base de una idea equívoca que apuntó al notario como ‘un auxiliar’ de la administración de justicia, o de la*

---

<sup>11</sup> Citado por Pamiño Edgar, Obra Citada, pág 78

*administración pública, ceñido, por lo demás, a un régimen de medidas y restricciones propias de una organización burocrática”<sup>12</sup>.*

De estos criterios se desprende, que a su entender una institución como la notarial, de tan honda raigambre, no debe entrar en choque con conceptos y principios que, aunque válidos, no se adapten a la realidad, pues de su propio seno fluyen una serie de conceptos que no sólo dictaminan acerca de su índole sino que acusan normas de su perfeccionamiento.

Definiendo de alguna manera, en base a lo anotado, se podría decir que en principio, los notarios son personas investidas por el Estado de fe pública para autenticar hechos y actos que ante ellos pasan y se otorgan. De esta manera, se puede destacar que todos los actos que realizan los notarios al frente de sus funciones son reconocidos y avalados por los diferentes organismos del estado, dándole de esta manera la calidad de funcionario público, ya que colabora con la organización y regulación de los actos de los particulares y con el Estado.

De ese concepto surge la interrogante de si los notarios son o no funcionarios públicos.

Al respecto, la doctrina señala las siguientes teorías:

Froylán Bañuelos Sánchez, en su obra Derecho Notarial. Interpretación, Teoría, Práctica y Jurisprudencia, refiere: *"Pero el notario no sólo es un funcionario público y un profesor de derecho cuando dentro de la esfera de su misión actúa en la vida normal del derecho y lo aplica a las relaciones jurídicas propias de todo negocio jurídico. Es todavía más: Es un delegado especial del poder público revestido de autoridad, para imponerse y ser respetado en el ejercicio de sus funciones. Siempre su augusta función se consideró ligada a la autoridad del poder público del cual, aquel funcionario, fue un delegado especial en armonía con la especialidad de su ministerio. Siempre obró dentro*

---

<sup>12</sup> Ibidem

*de la sociedad, socializando y dando al derecho una plasticidad sumamente democrática. Siempre ha intervenido para dar al derecho una misión augusta de paz y armonía social. Siempre ha procurado que las relaciones contractuales, hayan sido fiel reflejo de la voluntad individual y exacta convivencia en las normas del derecho escrito”<sup>13</sup>.*

Bien dijo a tiempo Predinelli: “a los notarios les tuvieron en gran estima todas las naciones del mundo, siendo tan antigua su función que bien puede decirse que ha nacido con el gobierno político de la sociedad civil”.

Por estas consideraciones se puede definir al notario diciendo: que es el funcionario público, que jerárquicamente organizado y obrando por delegación del poder del Estado, y por lo mismo revestido de plena autoridad en el ejercicio de su función, autentica las relaciones jurídicas normalmente creadas por la libre voluntad de las personas jurídicas, dándoles carácter de verdad, certeza y permanencia, previo el estudio, explicación y aplicación del derecho positivo, a cada uno de los actos jurídicos de carácter normal en los cuales interviene; o en términos más breves: Es el funcionario público, que por delegación del poder del Estado y con plena autoridad en sus funciones, aplica científicamente el derecho en su estado normal cuando a ello es requerido por las personas jurídicas.

Por esta razón, si tomamos algunas definiciones del notariado, vemos que refieren el concepto al del notario. Así, Ruiz Gómez... dice que “Notariado es el cuerpo facultativo que forman los notarios de toda la nación”. Fernández Casado, “en idéntico sentido, la mayoría de los autores modernos (Azpeitia, Pou, López Palop, Velasco), al definir al notariado, evitan hacer referencia al contenido de la función. Otros autores, en cambio, duplican la definición, pues estudian la notariada agrupación de funcionarios y el notariado función. Así, Gonzalo de las Casas, por ejemplo, en su diccionario, llama notariado a la reunión de todos los escribanos o notarios; y en su tratado dice del notariado

---

<sup>13</sup> Citado por PÉREZ Bernardo, en su obra titulada “Elementos de Derecho Notarial”. Tomo II, volumen II, Introducción y parte general p. 37 a 39

que es "Institución en que el poder de la sociedad deposita la confianza pública, para garantía de verdad, seguridad y perpetuidad de los contratos y actos de los ciudadanos"<sup>14</sup>. Finalmente, un tercer grupo de autores (Lavandera, Zarzoso y Mengual) provocan y resuelven doctrinalmente el problema del alcance y límites de la función notarial al definir el notariado.

En el pensamiento de cualquiera de los autores que se ha citado se puede evidenciar el mismo propósito de crear una corriente que lleve a la 'integración total de la función. Es entonces oportuno hacer algunas salvedades, para evitar la confusión entre los conceptos notario y magistrado, a nuestro entender, totalmente distintos. Si el notario aplica la ley, también lo hace el funcionario de correos que recibe un certificado; no es cierto que el notario declare derechos y obligaciones, porque éstas nacen de la voluntad de las partes, por lo tanto, los derechos no nacen sólo de la forma notarial, que es un momento -siquiera el último- de su producción.

Tampoco es cierto que el notario apruebe el acto jurídico; se limita a declarar su conformidad con el derecho objetivo. Lo verdaderamente cierto es que el notario lo sanciona (solemniza, diríamos mejor), autentifica y le da carácter ejecutivo. En esto último se asemeja a la sentencia, pero no es tanto por ser sentencia, sino por razón de certeza y autenticidad. El citado autor Gonzalo de las Casas, después de fincar algunas bases para definir el problema que nos ocupa, llega a lo siguiente: *"El notario es un profesional del derecho que ejerce una función pública para robustecer, con una presunción de verdad, los actos en que interviene, para colaborar en la formación correcta del negocio jurídico y para solemnizar y dar forma legal a los negocios jurídicos privados, y de cuya competencia sólo por razones históricas están sustraídos los actos de la llamada jurisdicción voluntaria"*<sup>15</sup>.

Los actos jurídicos que se pretendan oponer ante terceros no podrían gozar de este beneficio si no existiera la institución del notariado, porque a través de ella

---

<sup>14</sup> Ibidem.

<sup>15</sup> Ibidem

se da forma y autenticidad a dichos actos, respaldados con la fe pública que ostenta el notario.

El notariado es una institución necesaria en las distintas sociedades desde tiempos remotos, ya que su función cumple con las necesidades de las personas que pretenden autenticar determinados actos jurídicos o hacer constar hechos jurídicos.

De esta manera el notario dotado con las atribuciones que le confiere el Estado puede ejercer su función en beneficio de las personas.

#### **1.1.5. EL NOTARIO Y LA FE PÚBLICA.**

Conforme al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española “DRAE”, la fe pública *“es la autoridad legítima atribuida a notarios, escribanos, agentes de cambio y bolsa, cónsules y secretarios de juzgados, tribunales y otros institutos oficiales, para que los documentos que autorizan en debida forma sean considerados como auténticos y lo contenido en ellos sea tenido por verdadero mientras no se haga prueba en contrario”*. Para Guillermo Cabanellas *“la fe pública es la veracidad, confianza o autoridad legítima o atribuida a notarios, secretarios judiciales, escribanos, agentes de cambio y bolsa, cónsules y otros funcionarios públicos, o empleados y representantes de establecimientos de igual índole, sobre actos, hechos y contratos realizados o producidos en su presencia; y que se tienen por auténticos y con fuerza probatoria mientras no se demuestre su falsedad”*<sup>16</sup>. El mismo autor precisa que como expresión laudatoria de esa prerrogativa está la inscripción que ostentan los notarios en medalla peculiar: “Nihil prius fide”(nada antes que la fe).

---

<sup>16</sup> CABANELLAS Guillermo, Diccionario Enciclopédico Jurídico, Tomo I, Editorial Grijalbo, Buenos Aires Argentina, 1992.



Para Juan Ramírez Gronda “la fe pública es la que merecen los actos de los funcionarios con postestad para otorgarlos”. Para Eduardo Benavides Benaventa la fe pública “es la potestad legítima atribuida por la ley a ciertos funcionarios públicos (notarios, cónsules, jefes de los registros civiles, registradores, etc)”. Para Manzini la fe pública “es la confianza colectiva recíproca en la que se desenvuelven determinadas relaciones sociales, como son las relativas a la circulación monetaria, a los medios simbólicos de autenticación o certificación, a los documentos y a la actividad comercial e industrial”.

*Para Amado Ezaine Chavez “la fe pública es la confianza acordada a ciertas personas con referencia a determinados actos, o, el instrumento que sirva para determinadas pruebas, además el mismo autor precisa que la fe pública se traduce en la confianza que tiene una colectividad con relación a esos actos o instrumentos”<sup>17</sup>.*

Al margen de las disposiciones legales y de las opiniones doctrinales es un hecho que la actividad del notario se realiza en nombre del Estado a través de particulares.

En este sentido, la función notarial pretende otorgar seguridad jurídica otorgando su fe a los actos en que intervenga el notario.

La función notarial tiene un carácter precautorio, debe ayudar, atender, colaborar y auxiliar a aquellas personas que así lo soliciten en tanto se trate de cuestiones jurídicas. *“...la función notarial tiene un carácter preventivo, y tiende a lograr la inobjetabilidad de los derechos privados, haciendo ciertas las relaciones y situaciones subjetivas concretas de que ellos derivan”<sup>18</sup>.*

En otro orden de ideas, la técnica es una más de las características de la función notarial, ya que buena parte de la actuación del notario depende principalmente de la perfección de su tecnicismo. Como conocedor del derecho

---

<sup>17</sup> Citado por Pérez Bernardo, Obra Citada

<sup>18</sup> Ibidem

y auxiliador y orientador del mismo, debe saber aplicar la ley a cada caso concreto que se le presente.

Dentro de las características de la función notarial se encuentra la de imparcialidad. Debe atender a las partes con igualdad, en actitud de uteralteridad.

#### **1.1.5.1. CLASES DE FE PÚBLICA**

La fe pública se encuentra encargada a los Notarios y a funcionarios públicos y no es igual en todos los casos, es decir que la fe pública es distinta, conforme esté encargada a determinados funcionarios, por lo cual podemos hablar de fe pública notarial, fe pública administrativa, registral, judicial y consular, entre otras.

##### **1.1.5.1.1. FE PÚBLICA NOTARIAL**

La fe pública notarial es la fe pública que brindan los notarios conforme al primer párrafo del artículo 2 del Decreto Ley 26002 artículo dos de la Ley del Notariado ecuatoriano Decreto Ley número 26002, publicado el veintisiete de diciembre de mil novecientos noventa y dos, que establece que el Notario es el profesional del derecho que está autorizado para dar fe de los actos y contratos que ante el se celebren. Es decir, que los notarios dan fe de actos (entre los que podemos citar los siguientes actos: Poderes, Testamentos, entre otros) y contratos (entre los que podemos citar los siguientes contratos: compra ventas, arrendamientos, mandatos, donaciones, permutas, entre otros), que ante ellos se celebren y también expedir traslados de los instrumentos públicos protocolares, y a esta fe pública registral se le denomina fe pública notarial. La fe pública notarial es la fe pública que tiene mayor campo de aplicación.

#### **1.1.5.1.2. FE PÚBLICA ADMINISTRATIVA**

La fe pública administrativa es la que brindan los funcionarios públicos. En tal sentido los fedatarios de las instituciones públicas pueden expedir copias certificadas de hojas de los expedientes administrativos que ante ellos se tramiten y a esta fe pública se le denomina fe pública administrativa.

#### **1.1.5.1.3. FE PÚBLICA REGISTRAL**

La fe pública registral es la que brindan los Registradores Públicos que se aplica cuando los Registradores Públicos expiden copias literales del archivo registral, es decir, se refiere al publicidad formal por la cual se garantiza que toda persona acceda al conocimiento efectivo del contenido de las partidas registrales y, en general obtenga información del archivo registral, en el cual se establece que el Registro es Público y que la publicidad registral garantiza que toda persona acceda al conocimiento efectivo del contenido de las partidas registrales, y en general, obtenga información del archivo registral.

#### **1.1.5.1.4. FE PÚBLICA JUDICIAL**

La fe pública judicial es la que brindan los especialistas judiciales a los cuales se les denominaba secretarios de juzgado, respecto de las copias certificadas que ellos expiden, y demás diligencias que ante ellos se celebran, entre otros.

#### **1.1.5.1.5. FE PÚBLICA CONSULAR**

La fe pública consular es la que brindan los funcionarios de los consulados, ante los cuales en algunos supuestos se pueden otorgar algunos instrumentos. El Código Civil establece que los que residan o se hallen en el extranjero pueden otorgar testamento ante el agente consular del Ecuador, por escritura

pública o cerrado y se precisa además que en estos casos aquél cumplirá la función de notario público.

#### **1.1.5.1.6. FE PÚBLICA DEL DERECHO ECLESIAÍSTICO**

La fe pública conforme al Derecho Eclesiástico es la que brindan los funcionarios de la Iglesia Católica para efectos de expedir copias de las partidas de matrimonio de los matrimonios religiosos ya celebrados.

#### **1.1.5.2. LA FE PÚBLICA Y FE NOTARIAL**

Se conoce la fe según el origen de la autoridad de que provenga; puede ser fe religiosa o humana. La fe religiosa proviene de la autoridad de Dios, que ha revelado algo a los hombres. La fe humana proviene de aseveraciones hechas por el hombre.

La fe significa confianza, creer en algo, es una convicción. Por tanto, para que la fe pueda ser pública, es decir, frente a todas las personas, necesita de la facultad legal para ser otorgada a determinados funcionarios tanto del Estado como particulares.

Para el Maestro Bernardo Pérez Fernández del Castillo *“la esencia de la fe pública notarial radica en que ésta es documental y no verbal. Por esta razón opina que las actas y escrituras públicas únicamente podrán autorizarse en el protocolo”*<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> Ibidem

## CAPÍTULO II.

### 2.1. ANALISIS SOCIO JURIDICO DEL MARCO LEGAL DEL SERVICIO NOTARIAL ECUATORIANO

#### 2.1.1. NATURALEZA JURÍDICA DE LA FUNCIÓN NOTARIAL.-

El notario no sólo es un funcionario público y un profesor de derecho cuando dentro de la esfera de su misión actúa en la vida normal del derecho y lo aplica a las relaciones jurídicas propias de todo negocio jurídico. Es todavía más: Es un delegado especial del poder público revestido de autoridad, para imponerse y ser respetado en el ejercicio de sus funciones. Siempre su augusta función se consideró ligada a la autoridad del poder público del cual, aquel funcionario, fue un delegado especial en armonía con la especialidad de su ministerio. Siempre ha intervenido para dar al derecho una misión augusta de paz y armonía social. Siempre ha procurado que las relaciones contractuales, hayan sido fiel reflejo de la voluntad individual y exacta convivencia en las normas del derecho escrito. Bien dijo a tiempo Predinelli: *“a los notarios les tuvieron en gran estima todas las naciones del mundo, siendo tan antigua su función que bien puede decirse que ha nacido con el gobierno político de la sociedad civil”*<sup>20</sup>.

En este sentido, los actos jurídicos que se pretendan oponer ante terceros no podrían gozar de este beneficio si no existiera la institución del notariado, porque a través de ella se da forma y autenticidad a dichos actos, respaldados con la fe pública que ostenta el notario.

El notariado es una institución necesaria en las distintas sociedades desde tiempos remotos, ya que su función cumple con las necesidades de las personas que pretenden autenticar determinados actos jurídicos o hacer constar hechos jurídicos. De esta manera el notario dotado con las atribuciones que le confiere el Estado puede ejercer su función en beneficio

---

<sup>20</sup> Citado por Pérez Bernardo,

de las personas, que como vimos anteriormente tendrán que solicitar la actuación del notario para que pueda proceder conforme a la ley.

El Maestro Luis Carral y de Teresa expone la siguiente idea para dejar en claro la necesidad de la intervención de los notarios en una sociedad: *"La labor del notario, bien entendida y bien desempeñada, constituye un verdadero apostolado y puede asegurarse que sin notarios competentes y honorables, muchísimas personas, pero especialmente de humilde condición, serían víctimas diarias del abuso y del engaño"*

Hace tiempo, cuando los hombres se vieron en la necesidad de tener seguridad en sus transacciones, buscaron a aquellas personas que tuvieran conocimientos en la escritura para que ellas se la otorgaran, debido a que en ese entonces eran pocas las personas que poseían estos conocimientos.

Existen determinados actos y hechos jurídicos que requieren de veracidad frente terceros, por esto surge la necesidad de crear una institución capaz de darles autenticidad; es así como surge la función notarial como actualmente la conocemos.

En este sentido, la Función Notarial se ha impuesto como una función auxiliar de la función judicial, la misma que deriva de la soberanía del Estado, que es la sociedad política y autónomamente organizada sobre un territorio con población, gobierno, y soberanía que ha sufrido una evolución desde la concepción de Aristóteles y Rousseau hasta llegar a la división de poderes de MONTESQUIEU, que partía de la división de los tres poderes del Estado: el Legislativo, el Ejecutivo, y el Judicial, por lo que el Estado que es un organismo complejo ha mostrado su evolución y por largo tiempo se ha mantenido la teoría de la división de poderes. La concepción del Estado actual determina que el poder es uno solo y de este poder dimanar varias funciones, esto es la Legislativa, Ejecutiva, y Judicial, por lo que el Estado tiene el poder de "imperium" de facultades coercitivas. Al Estado actual debe entenderse en el sentido de que el poder se califica como figura organizadora compuesta por

uno o más órganos vinculados entre si a los cuales el ordenamiento atribuye por medios institucionales el ejercicio de una fracción de la autoridad.

Según AHRENS, *“la razón de la existencia de la Justicia se debe a un imperativo estatal, a la forzosa necesidad que le asiste a todo Estado - visto como poder - jurídico supremo - de bregar por lo justo y bueno y de reparar lo injusto o malo que se haya hecho”*<sup>21</sup>.

De ahí que la función notarial es parte de la potestad del Estado, organizada con atribuciones propias y encaja en la esfera del Derecho y por lo tanto proporciona seguridad Jurídica legitimadora del Estado. La función notarial abarca un conjunto de atribuciones como: autenticación, dación de fe pública, formación instrumental, prueba preconstituida, autenticación de hechos y actos, asesoramiento y conciliación.

*“La Función notarial es función estática, reguladora de derechos, ejercida por el notario público, el que como profesional-tipo investido de poder y autoridad, actúa, en función dinámica de fuer-agente; para poner en ejecución, en tiempo y lugar y por medio de instrumento público, toda declaración de voluntad humana referida, en el terreno de la normalidad a hechos y actos de índole puramente patrimonial”*<sup>22</sup>.

Se ha determinado que la función notarial es un fenómeno de continua actividad, impulsada por valores Jurídicos y económicos; lo primero porque regula los derechos patrimoniales de los individuos, porque estos exteriorizan su voluntad mediante convenios en el que participa el notario y el valor económico por su equivalencia pecuniaria que es el resultado de estos convenios.

Por su carácter de "función" las diversas teorías doctrinarias consideran al notario como un operador; por lo que la función notarial, es legal, es Jurídica y

---

<sup>21</sup> GIMENEZ ARNAU, Enrique, Obra Citada, pág. 65.

<sup>22</sup> NERI, “Tratado de Derecho Notarial”, Editorial de Palma, Buenos Aires Argentina, volumen 2, pag, 601.

es pública. Es legal, porque las mismas atribuciones notariales están facultadas por las normas emanadas del poder soberano del Estado; jurídica, porque la materia que ejerce se encuentra en ese ámbito; y, pública, porque la autoridad que ella imprime está contrapuesta al orden privado.

La función notarial tiene tres autonomías:

- a) La del Estado que por su soberanía dicta su ordenamiento jurídico;
- b) La del notario que debe actuar dentro las atribuciones y deberes,
- c) La de los declarantes o contratantes que tienen su voluntad suprema, en el marco de la libertad contractual.

### **2.1.2. LA FUNCIÓN PÚBLICA DEL NOTARIO.**

Existen varias teorías que miran desde diversos puntos de vista a la función notarial, así como al notario, a lo que habría que agregar que la función de esta cambia según el sistema en el que nos encontremos.

En este contexto, el notario de tipo latino es un profesional del derecho encargado de una función pública que consiste en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los documentos adecuados, confiriéndoles autenticidad, conservando los originales de estos y expidiendo copias que dan fe de su contenido.

La actividad del notario latino contribuye a la seguridad jurídica, no solo de las partes sino frente a terceros.

El sistema latino exige la intervención de un notario profesional que actúa en la instrumentación de los negocios y actos jurídicos contribuyendo de ese modo a la seguridad jurídica.



Este sistema es utilizado en más de setenta países entre los que se encuentra España, Francia, Portugal, Alemania, Austria, Ecuador, Perú entre otros.

Por otro lado en la mayoría de los Estados de Estados Unidos de Norteamérica, en Inglaterra y en el resto de los países miembros de la comunidad Británica impera el sistema notarial anglosajón.

En este sistema el notario no necesariamente debe ser un profesional del derecho ya que se privilegia la circulación de bienes y derechos, tratando de no limitarlos.

Los contratos son instrumentados en forma privada y tratándose de transacciones sobre inmuebles se respaldan con el seguro de títulos. De las funciones del notario latino como asesor jurídico, autoría del documento y fedatario, sólo esta última corresponde al notario norteamericano. Pero la fuerza autenticadora de estos escribanos es limitada, los instrumentos que autorizan tienen el valor de un principio de prueba por escrito y no tienen fuerza probatoria plena.

Hay algunas variantes a los sistemas nombrados antes, que es el sistema funcionarista donde el notario es un funcionario de la Administración del Estado, por ejemplo: en Dinamarca y en algunos cantones suizos, el notario es equiparado con los Jueces.

Sobre este tema existe diversidad de criterios. Quizá este sea el más debatido en la doctrina internacional y a nivel nacional se ha hecho lo propio pero no en la dimensión que se esperaba por la importancia que reviste este tema.

En efecto se ha discutido ampliamente sobre si el notario es funcionario público o no, pero queda claro que se habla de función notarial por su ubicación dentro del poder de Estado. La función notarial nace de la Función Judicial, que a su vez deviene del Estado.

La definición más generalizada de funcionario público es aquella que señala que es aquella persona que desempeña una función pública. Así lo establece el Art. 6 de la Ley Notarial Ecuatoriana.

Rafael Bielsa en su obra Principio de Derecho Administrativo, pág. 334, define al *"Funcionario público como todo el que en virtud de designación especial y legal de una manera continua, bajo formas y condiciones determinadas en una esfera de competencia dada, declara o ejecuta la voluntad del Estado para realizar un fin público"*. *"Funcionario público, quién desempeña funciones públicas. El órgano o persona que pone en ejercicio el Poder Público"*.<sup>23</sup>

Kratoschin, citado por Cabanellas, dice: *"Las relaciones jurídicas entre Estado y sus funcionarios no nace de un acto Jurídico del Derecho Civil o del Derecho (convencional), del Trabajo, sino de un acto de imperio o de mandato que consiste en el nombramiento, el cual se halla regido por el Derecho Administrativo, procediendo el Estado como Poder público y no como persona jurídica"*<sup>24</sup>.

Varios tratadistas afirman que es un funcionario público; sostienen que el Estado es el titular del orden de la vida social de un pueblo y es éste quien las regla, para lo que ha creado entre otras instituciones, un sistema formal que garantiza la expresión de las voluntades de las partes, esta misión es posible por la delegación de su soberanía en sus funcionarios, para que los actos que se celebren ante ellos emanados del poder estatal; tengan el carácter de autenticidad, probanza y ejecutividad que son propios del poder estatal, por eso es el notario el encargado de darle por ley el carácter público a las declaraciones de voluntad que ante él se celebren.

Los notarios del Estado han sido siempre designados por el poder público, tienen funciones expresamente reguladas por la ley que determina la competencia y su órbita, la forma de ejercerla; es reglado, es decir, que no

---

<sup>23</sup> CABANELLAS Guillermo, obra citada, pag, 133

<sup>24</sup> Ibidem.

puede hacer ni más ni menos de lo que la ley dispone, la función de dar fe no puede devenir sino como una emanación del poder soberano del Estado, la fe pública es un atributo del estado, que tiene en virtud del ius imperium; por lo que se considera que las funciones son públicas, el notario presta un servicio público, satisface una necesidad de interés social a través de una de las finalidades del Estado que es proporcionar seguridad Jurídica; de ahí que la función del notariado es obligatoria para actuar y prestar servicios cuando sea requerido.

El artículo 225 de la constitución de la República del Ecuador señala como instituciones del estado a los organismos y dependencias de las funciones Legislativa, ejecutiva y judicial y señala que estos organismos y entidades integran el sector público.

El artículo 6 de la Ley Notarial, manifiesta: que “Notarios son los funcionarios investidos de fe pública”.

Con lo señalado no cabe duda que el notario en nuestra legislación por definición es un funcionario y es público conforme al reglamento de carrera judicial pues lo determina de forma expresa como: “servidor judicial” dándole esta categoría así mismo la Ley Orgánica de Administración Función y Control, dice que para efectos de esta ley sector público compete entre otros la Función Judicial lo cual despejan toda duda sobre la función pública que desempeñan los notarios.

### **2.1.3. ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DEL SERVICIO NOTARIAL ECUATORIANO.**

El marco legal del servicio notarial, es la Constitución de la República (Art. 199 y 200, Disposición Transitoria novena), el Código Orgánico de la Función Judicial (Arts. 296 al 307) y transitoria séptima.

La Función Notarial en la Constitución de la República:

El Art. 199 la Constitución de la República: Regula a los servicios notariales como públicos. Concede facultades al Consejo de la Judicatura con relación al régimen económico del servicio notarial, en cuanto a las remuneraciones de los notarios, el régimen del personal auxiliar y la fijación de tasas. Es decir que se distingue claramente lo que es remuneración del notario y la tasa que ingresara al presupuesto general del Estado. Esta disposición que es norma constitucional por tanto imperativa y jerárquicamente superior, es vulnerada por el segundo inciso del Art. 301 del Código Orgánico de la Función Judicial, por cuanto inconstitucionalmente ordena una confiscación al disponer que una porción de los ingresos del notario se deposite en la cuenta única del Tesoro nacional, contrariando de esta manera la Constitución de la República que dispone en el segundo Inciso del Art. 323 "Se prohíbe toda forma de confiscación"

El Art. 200 de la Constitución de la Republica reconoce el ejercicio de la fe pública en los notarios. Establece el régimen de designado mediante concurso público de oposición y méritos sujeto a Impugnación v control.

La autoridad nominadora del notario es el Consejo de la Judicatura, de acuerdo al anterior sistema la autoridad nominadora fue el pleno de la Corte Superior de Justicia. De acuerdo al anterior sistema la selección de los notarios no se la realizaba en base a un concurso de méritos y oposición, si no que al contrario

se lo hacía de manera directa, sin importar los meritos y el título académico en algunos casos.

El Ecuador no va por la propuesta que implica que cualquier profesional abogado sea democráticamente elegido notario, hecho que hubiese significado la total destrucción de esta importante institución, por cuanto, se hubiese desnaturalizado otorgándole inseguridad jurídica a los actos notariales. El actual sistema de "Número Clausus" da mayor certeza jurídica, por cuanto los notarios nombrados bajo concurso de merecimientos, califica al notario tomando en cuenta sus méritos académicos, y de trayectoria profesional, pero sobre todo relevando sus montos de idoneidad y probidad: El Consejo de la Judicatura determinará el número de notarias en cada Distrito Metropolitano y en cada cantón.

Disposición Transitoria Novena.- El nuevo servicio notarial se implementará por parte del Consejo de la Judicatura dentro de 360 días a partir de su conformación de acuerdo con la Constitución y la ley.

Se declara concluidos los períodos de los notarios; mientras los actuales notarios quedan en funciones prorrogadas. Con el pecado original, en el tercer inciso del artículo 20 del Código Orgánico de la Función Judicial que dice: "En el plazo señalado" se convocará a concursos públicos de oposición y méritos de conformidad con el nuevo marco constitucional.

A partir de la entrada en vigencia de esta Constitución los periodos de nombramiento, encargos, interinazgo, o suplencias de las notarias y notarios se declaran concluidos.

En el plazo señalado en el primer inciso, se convocará a concursos públicos de méritos y oposición para estas funciones, de conformidad con el nuevo marco constitucional. Mientras concluyen los concursos las notarias y notarios permanecerán en funciones prorrogadas hasta ser legalmente sustituidos.

Las instalaciones y documentos notariales pertenecientes al actual régimen notarial ingresarán al nuevo servicio notarial.

Han transcurrido más de dos años de aprobada la constitución y no se ha implementado el nuevo servicio notarial en su totalidad, ni se ha llamado a concursos de méritos y oposición, sumado a eso la nueva reestructuración del Consejo de La Judicatura, hace prever la negligencia y lentitud ejecutiva de quienes están a cargo de llevar a cabo la implementación de este nuevo sistema.

#### **2.1.4. ANÁLISIS JURÍDICO DEL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL**

Art. 296 al Art. 307: El Notariado: Órgano Auxiliar de la Función Judicial. Servicio Notarial: Desempeño de una función pública que realizan los notarios. Funcionarios investidos de fe pública para autorizar a requerimiento de parte (Principio de Rogación), los actos, contratos y documentos determinados en las leyes. Se sienta el criterio de que el notario es un funcionario fedatario de hecho, facultad que si bien tenía antes de la promulgación de este Código esta función fue expresa para determinados hechos, hoy se generaliza por disposición es de este Código con la categoría de orgánico; dándole una facultad adicional al notario de: "...dar fe de la existencia de los hechos que ocurran en su presencia."

Categoriza; calificándole a la función notarial como:

Personal, por cuanto el notario es la única persona investida con la fe pública por tanto es una función indelegable, que debe ser ejecutada con inmediación y de manera personal, de principio a fin con las acciones precontractuales, o previa en el acto; contrato, o diligencia notarial, incluso luego de la diligencia con el otorgamiento de copias y siendo custodio y responsable del protocolo, por cuanto el acto notarial es Indivisible.

Autónoma, por cuanto tiene responsabilidad administrativa, económica, civil, laboral y penal.

Exclusivo, el notario debe asumir su actividad exclusiva en el manejo de su despacho notarial, por tanto no le es permitido ejercer la profesión, ni el ejercicio de otras actividades remuneradas.

Imparcial, la función notarial va más allá de ser un mero transcriptor, o un simple documentador y archivero, el resultado de la afirmación, certeza y permanencia de las situaciones jurídicas fomentada por el derecho escrito o el reconocimiento de la situación jurídica y la previsibilidad de los actos, derechos, obligaciones, y situaciones jurídicas, Individuales y contractuales; implican que es de la esencia de la actividad notarial el ser imparcial, pues la materia prima con la que el notario trabaja no es el papel y la computadora, es sustancialmente la voluntad de las partes, la misma que debe ser examinada como un diamante, por todos sus ángulos; de manera perfecta, pues la más remota deformación la distorsiona completamente, es por eso que Francisco Carnelutti decía: *"Cuando más notario, menos Juez; cuanto más consejo del notario, cuanto más cultura del notario, cuanta más conciencia del notario, tanto menos posibilidad de litis."*; en consecuencia el rol fundamental y protagónico del notario en la elaboración sustancialmente del consentimiento y voluntad de las partes obliga que el notario sea imparcial.

#### **2.1.4.1. EL SERVICIO NOTARIAL:**

De acuerdo al código comentado; este no diferencia entre función notarial y servicio notarial. El servicio notarial son los beneficios y productos que ofrece la función notarial a los ciudadanos y personas naturales que quieren celebrar actos y contratos. La palabra función por otro lado es definida como: el ejercicio de un órgano o la actividad de un aparato. Desempeño de empleo, cargo. Facultad u oficio.

Con lo señalado no cabe duda, que el notario en nuestra legislación por definición es un funcionario, para saber si es público ya hemos analizado el art. 225 numeral 1 de la Constitución, art. 383 de La Ley Orgánica de la Administración Financiera y Control, que ratifica la disposición constitucional y el Reglamento de Carrera Judicial.

Régimen legal: El Art. 297 del Código Orgánico de la Función Judicial al hablar del régimen legal del servicio notarial establece que esta se rige por la Constitución y la Ley Notarial como normas fundamentales, y demás disposiciones legales y reglamentarias.

#### **2.1.4.2. INGRESO AL SERVICIO NOTARIAL:**

El Art. 298 del Código Orgánico de la Función Judicial, se establece que para ingresar al servicio notarial es necesario:

1. Concurso público de oposición y méritos, sometido a Impugnación y control social;
2. Todo el proceso de ingreso al servicio notarial a la convocatoria, calificación; selección, impugnación; formación inicial y nombramiento para el ingreso a las diferentes carreras de la Función Judicial, serán aplicables en lo que sea pertinente al ingreso del Servicio Notarial, con el procedimiento establecido en este Código.
3. El proceso señalado, será dirigido por la Comisión de Recursos humanos del Consejo de la Judicatura, sin embargo presenta una contradicción con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 276 del Código Orgánico de la Función Judicial, que consta como su principal y primera función, y por tanto, le faculta a la Comisión de Asuntos relacionados con los Órganos Auxiliares la organización de estos concursos públicos de oposición y méritos.



En cuanto a la formación académica debe ser de acuerdo a la preparación especializada de notarios que es distinta a la de jueces o empleados Judiciales que se preparan como juzgadores, en hechos litigiosos, controvertidos, totalmente distintos a los consensuales o voluntarios notariales; por lo que la Ley Notarial debe regular la formación de notarios, creando una escuela para tal propósito a cargo de los estamentos especializados en derecho notarial.

Es lamentable que solo en nuestro país, no se valore la experiencia, por lo contrario se la proscriba; con el último inciso del Art. 298 que dispone no privilegiar la experiencia frente a la preparación académica y a la evaluación de desempeño. Estoy de acuerdo que todos estos parámetros se deben evaluar especialmente la preparación académica, pero no se debe relegar a la experiencia, que en cualquier campo de la ciencia, del saber y del trabajo es un supremo valor que en ocasiones supera a los títulos académicos.

#### **2.1.5. INCONSISTENCIAS EN LAS REFORMAS LEGALES SOBRE EL SERVICIO NOTARIAL.**

La estructura jurídica del Estado ha cambiado en relación a la Constitución de 1998. De un Estado social de derecho hemos pasado a un Estado constitucional de derecho, según la actual constitución en su artículo 1 manifiesta: "El Ecuador es un estado constitucional de derechos y de justicia, social, democrático, soberano e independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada"

En esa necesaria transición también está determinada la redacción de leyes principales y secundarias que harán posible ejecutar la Constitución.

El Código Orgánico de Función Judicial, así como la Ley de Notarial serán revisadas para ajustar las regulaciones a los nuevos mandatos constitucionales, tanto en conceptos como en estructuras.

En relación a la nueva estructura de las notarías el derecho notarial se apoya en dos principios: la seguridad jurídica y la seguridad legal para todo individuo. Se refiere a esa necesidad de que el notario explique a los usuarios el tipo de contrato que celebrará. Y la intermediación o relación directa con celeridad entre el usuario y el notario.

Los notarios dejarían de percibir ingresos directos para su patrimonio, tal como lo establece el artículo 301 numeral 2 del Código Organico de la Función Judicial que dice: “Declara 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. La falsedad en las declaraciones tributarias o el ocultamiento en la inscripción o registro de bienes muebles o inmuebles será motivo de destitución, sin perjuicio de las acciones penales correspondientes”.

Como se puede apreciar se fija una remuneración de la cual no puede excederse para el pago de los notarios por su servicio prestado y al haber un excedente este se depositara en las cuentas del tesoro nacional de acuerdo al porcentaje que le corresponda al estado.

Existen algunas razones que permiten reflexionar sobre la eficacia de la nueva estructura del servicio notarial: En la Constitución aprobada en el 2008 se establece que “el servicio notarial, los martilladores judiciales, los depositarios judiciales y los demás que determine la ley”<sup>25</sup>, son órganos auxiliares de la Función Judicial. Lo primero que hay que preguntar, en esa desafortunada redacción, es por qué la ayuda que presta un notario sí es un servicio y las que brindan los martilladores y depositarios no, pues cada uno de tales funcionarios sirve a la judicatura aunque de manera diferente, cada uno en su ámbito, por lo que hubiera sido más lógico llamar “servicio” al auxilio que prestan los tres o a ninguno, para decir simplemente “los notarios, los martilladores y los

---

<sup>25</sup> Obra Citada.

depositarios judiciales” sin hacer distinciones que no se justifican y que confunden.

Pero en lo de fondo, al constituir a los notarios en auxiliares de la Función Judicial con una remuneración fija sin aranceles, se creará un problema a quienes utilizan con frecuencia los servicios notariales y preferentemente a los abogados, no por la falta de aranceles, pues se deberá pagar una tasa destinada a engrosar el Presupuesto General del Estado, sino porque todos los actos y contratos que los notarios deban legalizar con su presencia y su firma deberán ir a un sorteo, privándose al usuario de su derecho de escoger al notario en base a seguridad, eficiencia, seriedad, conocimiento y don de gentes.

Es importante analizar en lo que corresponde al Título VI Capítulo I del Código Orgánico de la Función Judicial que se refiere a quienes pueden ocupar el cargo de Notarios en el Ecuador, así el art. 299 dispone que: Requisitos para ser notario

1. Ser ecuatoriana o ecuatoriano y hallarse en goce de los derechos de participación política.
2. Tener título de abogada y de abogado, legalmente reconocido en el país.
3. Haber ejercido con probidad notoria la profesión de abogada y abogado por un lapso no menor de tres años

Si comparamos esta reforma con el anterior cuerpo legal de la judicatura que en su artículo 129 decía.- *“Para ser notario titular o interino se requiere ser ecuatoriano, estar en ejercicio de los derechos de ciudadanía, tener más de treinta años de edad, gozar de buena reputación y acreditar idoneidad en la forma señalada por la Ley. Durará cuatro años en sus funciones”*.

Como se puede observar, no han cambiado mucho los requisitos para ser notario, solamente se ha aumentado la experiencia que es de tres años en el

ejercicio de la abogacía. En cuanto al tiempo También hay una novedad ya no son cuatro años que duran en funciones los notarios, sino seis, según el art. 300 del Código Orgánico de la Función Judicial

La función de ser notario como ya hemos anotado a lo largo de este estudio es de mucha importancia para la vida jurídica y social de las personas naturales y también jurídicas, en tal sentido, y en base al desarrollo institucional que ha alcanzado esta materia, es necesario que se le dé la importancia que se merece a estas funciones y se le revista de todas las facultades y solemnidades que le permitan ser no solamente un organismo auxiliar de la función judicial, sino que al contrario en determinadas circunstancias hacerle parte de ella, es aquí donde entonces se tiene que reformar la forma y los requisitos de los profesionales que van a postular para el cargo de notario, así como para ser Juez se necesita tener experiencia y conocimientos académicos y jurídicos sobre la materia que se va a juzgar, de la misma manera para el cargo de notario se tiene que valorar y calificar la experiencia y los estudios realizados sobre esta materia, sin dejar de lado el aspecto de los concursos de méritos y oposición y la alterabilidad dentro de este cargo para evitar que se perennicen en estas funciones como ya ha venido ocurriendo en nuestro País.

#### **2.1.6. LA PROBIDAD Y CAPACIDAD COMO REQUISITOS FUNDAMENTALES PARA SER NOTARIO**

El rol de notario: es inmensamente trascendente que comprende la ética del deber, complementado con la ética de la responsabilidad. El notario es un hacedor de documentos jurídicos; como tal es un guardián de la legalidad y del derecho, es un asesor jurídico, es un servidor de las relaciones jurídicas, presta un servicio público de naturaleza oficial en el que otorga obligatoriamente a rogativa de la parte asesoramiento mediante una auténtica pedagogía jurídica que concilia, orienta, aconseja, asesora, recoge las voluntades negociadoras, para darle forma jurídica; al menos el notariado de tipo latino, pues esta es una tarea cotidiana incesante, muy especialmente en la etapa precontractual, en

que las partes están conscientes del objetivo que se plantean pero no saben el cómo instrumentarlo fehaciente, auténtica y eficientemente, ahí surge la figura del notario asesor cuidador de la moral y legalidad, hacedor de la instrumentación documental de la voluntad de las partes que en algunos casos se queda en la asesoría precontractual gratuita porque no llegó a concretarse la titularización de las voluntades, consecuentemente se podría calificar al notario como un asesor-ético-jurídico-imparcial- público-obligatorio- oficial.

Dicho lo indicado surge la necesidad ineludible de que la figura moral del notario sea inmensa por la naturaleza jurídica de dar credibilidad a sus actuaciones que por la enorme carga de asesoría ética, técnica jurídica, que tiene y con carácter oficial, el notario no debe ser un empírico del derecho, no debe ser un entendido en la rama notarial, no debe ser un mero conocedor de la vida notarial, no debe saber el derecho epidérmicamente; debe saber sus instituciones en profundidad. De ahí surge la necesidad imperiosa de que el notario sea ineludiblemente un profesional de derecho para garantizar no solo la seguridad jurídica del hecho jurídico, sino para prevenir los conflictos; encontrar la paz contractual de las partes, y por tanto surge la idea de que el control del derecho contractual implica alta preparación académica que sólo puede estar garantizada con el mínimo título de Doctor en Jurisprudencia un Master o PHD. CARNELUTTI dice: *"Cuanto más notario, menos Juez; cuanto más consejo del notario, cuanto más cultura del notario, cuanta más conciencia del notario, tanto menos posibilidad de litis"*<sup>26</sup>

De esta manera, se puede decir que el temor que tiene la sociedad, sobre la buena o mala justicia, con administradores de justicia improvisados y como tales deshumanizados; esta misma realidad se traslada a la práctica notarial, porque es hora que terminemos la era del notariado lego o artesanal de la ninguna formación especializada, académica o universitaria y/o de postgrado, para que pueda ejercer las funciones de Notario, para entrar a la era del notariado profesional, que pueda ejercer la función asesora técnico-científica-

---

<sup>26</sup> CARNELUTTI Francisco, "La Figura Jurídica del Notario, Madrid España, Editorial Ruiz. Tomo VIII, pág. 383

legal, configuradora y autenticadora, con la convicción de garantía de la seguridad jurídica y certeza de que desempeñe el rol que el Estado le ha confiado.

La formación académica es la fuente más caudalosa del aprendizaje sistemático no solo de una sólida formación técnico-científica, dando un patrimonio de conocimientos adquiridos en las aulas, sino que da dignidad a su comportamiento pues adquiere una sólida formación de los más altos valores éticos, que le permiten tener sabiduría, que le posibilita al académico de derecho no desmayar en su eterna lucha por la esquivada justicia.

Para lograr este objetivo es necesario que se introduzcan cambios a la ley notarial sobre los requisitos para ser notario incorporando para los mismos tener título académico de tercer o cuarto nivel en derecho, especialización en derecho notarial de preferencia, tener 5 años de experiencia, por lo menos, ser ganador del concurso de méritos y oposición y haber ejercido la profesión de abogado con probidad, transparencia y honestidad por el lapso de 5 años.

Es necesario que las universidades del país generen profesionales especialistas en derecho notarial, (que se implante en las facultades de jurisprudencia la cátedra de derecho notarial), que los colegios de notarios realicen cursos permanentes y sistemáticos a sus miembros, a más de que tengan una revista especializada en reformas notariales.

Esta actividad notarial tan importante que ejerce el notario es sustancialmente jurídica, por lo que, necesita ser un jurista altamente preparado para desempeñar eficazmente su tarea ya que es imprescindible un cúmulo de conocimientos para asesorar a las voluntades humanas que instrumenten sus declaraciones lícitas.

Sobre este tema, González Palomino, dice: *"El carácter de jurista que se le imputa al notario no es tanto por su actividad en el instrumento público ni en la*

*prestación de sus funciones, como cuánto por la actividad, en la formación y afirmación de la voluntad de los particulares que despliega en el proceso clínico profesional, quien a modo de arquitecto, da la forma sustancial, que creada; da forma y estructura, en sentido aristotélico, al negocio mismo".<sup>27</sup>*

El Notario Hugo Pérez Montero, catedrático uruguayo refiriéndose a la capacitación dice: *"Es necesario que nos capacitemos más de acuerdo con las necesidades de la época actual y que difundamos la visión real de las ventajas que ofrece la intervención notarial, en virtud de su costo reducido y de la variedad de funciones en beneficio del consumidor que obtiene en una sola operación. También se hace necesario promover la utilidad de la intervención notarial, tanto en la escritura pública como en el documento privado, con o sin certificación notarial de firmas. Los cursos de postgrado, las jornadas, convenciones, congresos y talleres deben orientar sus temas hacia los problemas de más actualidad que pueden provocar las consultas de nuestros consumidores a nosotros, que somos sus asesores habituales en todo asunto Jurídico no contencioso. Y esta competencia es la que más debemos difundir hacia fuera y aún hacia adentro de nuestra profesión".<sup>28</sup>*

## **2.1.7. REQUISITOS PARA SER NOTARIO EN EL DERECHO COMPARADO.-**

### **2.1.7.1. EN MÉXICO.-**

Para ser Notario se requiere cumplir con varios aspectos establecidos en la Ley del Notariado para el Distrito Federal, entre los cuales podemos señalar aquel que se refiere a tener la calidad de aspirante a Notario, pues para cumplir con tal carácter se deberá acreditar el ser mexicano por nacimiento, con una edad de entre 25 a 60 años de edad al momento de solicitar un examen denominado de aspirante a Notario. Asimismo la persona interesada para obtener la calidad

---

<sup>27</sup> GONZALEZ P0alomino, Instituciones de Derecho Notarial, Tomo I, pág. 127

<sup>28</sup> PEREZ Montero Hugo, Temas Doctrinales, Convención de Asuntos Americanos, "Notariado y Economía", Tegucigalpa, 2002, pág.141

de aspirante a Notario deberá estar en pleno ejercicio de sus derechos, facultades físicas y mentales, gozar de buena reputación, honorabilidad profesional y no ser ministro de culto.

El Notario como profesional del derecho investido de fe pública deberá contar con la cédula profesional que lo acredite como abogado o licenciado en Derecho. La persona que pretende ser aspirante a Notario no debe tener un procedimiento penal por delito intencional y en particular no haber sido condenado por un ilícito de tal carácter.

El aspirante a Notario como un especialista en su actividad deberá acreditar una práctica mínima e ininterrumpida de doce meses, bajo la dirección y responsabilidad de un Notario del Distrito Federal.

Con ello el que pretende ser aspirante a Notario deberá presentar un examen que consta de una etapa práctica y una etapa teórica. La prueba práctica consistirá en la redacción de uno o varios instrumentos Notariales específicos del examen de aspirante, con una duración máxima de seis horas corridas. Por su parte la prueba teórica será publicada y consistirá en preguntas relacionadas con el tipo de examen relativo.

Por otra parte, una vez aprobado se obtiene la patente de aspirante a Notario. El sínodo que califica se encuentra compuesto por cinco miembros, integrado por un presidente nombrado por el Jefe de Gobierno del Distrito Federal, el cual puede ser Notario, un secretario designado por el Colegio de Notarios del Distrito Federal y tres vocales, de los cuales uno será Notario también designado por el mencionado Colegio, y los otros dos por la Consejería Jurídica y de Servicios Legales del Gobierno del Distrito Federal de entre una lista de quince Notarios propuesta por el mismo Colegio de Notarios.

La persona que tiene el carácter de aspirante a Notario podrá concurrir mediante solicitud, a presentar examen de oposición previa convocatoria



expedida por la autoridad competente y sólo para el caso de obtener el primer lugar en el examen de oposición respectivo se le otorgará la patente de Notario.

Los exámenes de oposición para obtener la patente de Notario constan de una prueba escrita y otra teórica, siendo esta última de carácter público y sus miembros interrogan a los sustentantes con la profundidad necesaria en cuestiones de Derecho que sean de aplicación al ejercicio de la función Notarial. Será triunfador en la oposición para cubrir la notaría respectiva el sustentante que haya obtenido la calificación aprobatoria más alta.

Asimismo el triunfador de la oposición deberá rendir protesta, que implica para quien la realiza la aceptación de la patente respectiva, su habilitación para el ejercicio Notarial y su pertenencia al Notariado del Distrito Federal.

#### **2.1.7.2. EN ESPAÑA**

Para ser Notario se requiere: ser español y del estado seglar; haber cumplido veinticinco años; ser de buenas costumbres, y haber cursado los estudios y cumplido con los demás requisitos que prevengan las leyes y reglamentos, o ser Abogados.

Los Notarios son de nombramiento Real.

Las Notarías se proveerán por oposición ante las Audiencias, que propondrán al Gobierno a los tres opositores que crean más beneméritos.

El Notario, para tomar posesión de su oficio, constituirá en las Cajas del Estado, en calidad de fianza y como garantía para el ejercicio de su cargo, un depósito en títulos de la Deuda pública que produzca una renta anual según las condiciones de cada localidad, o acreditará que la disfruta en fincas propias,

rústicas o urbanas, y quedará suspenso cuando falten estas garantías hasta que las reponga.

Los Notarios, para entrar en el ejercicio de su cargo, jurarán ante la Audiencia del territorio obediencia y fidelidad al Rey, guardar la Constitución y las leyes, y cumplir bien y lealmente su cargo.

El ejercicio del Notario es incompatible con todo cargo que lleve aneja jurisdicción, con cualquier empleo público que devengue sueldo o gratificación de los presupuestos generales, provinciales o municipales, y con los cargos que le obliguen a residir fuera de su domicilio.

### **2.1.7.3. EN COLOMBIA.-**

Para la prestación del servicio notarial, el país se encuentra dividido en círculos notariales que corresponden al territorio de uno o más municipios del mismo departamento, uno de los cuales será su cabecera y la sede del notario.

En cada círculo de notaría puede existir más de un notario y, en este caso, sus sedes se distinguen por orden numérico.

“Para ser notario en los círculos de primera categoría se exige, además de los requisitos generales, en forma alternativa:

1) Ser abogado titulado y haber ejercido el cargo de notario o el de registrador de instrumentos públicos por un término no menor de cuatro años, o la judicatura o el profesorado universitario en derecho, siquiera por seis años, o la profesión por diez años a lo menos.

2) No siendo abogado, haber desempeñado con eficiencia el cargo de notario o el de registrador en un círculo de dicha categoría, por tiempo no menor de ocho años, o en uno de inferior categoría siquiera por doce años.

“Para ser notario en los círculos de segunda categoría, además de las exigencias generales, se requiere, en forma alternativa.

1) Ser abogado titulado y haber sido notario durante dos años, o ejercido la judicatura, o el profesorado universitario en derecho, al menos por tres años, o la profesión con buen crédito por término no menor de cinco años, o haber tenido práctica notarial o registra! por espacio de cuatro años.

2) No siendo abogado, haber ejercido el cargo en círculo de igual o superior categoría durante seis años, o en uno de inferior categoría por un término no menor de nueve años. (Art. 154 del Decreto ley 960 de 1970).

## **CAPITULO III.**

### **3.1. FUNDAMENTOS PRÁCTICOS Y JURÍDICOS PARA MEJORAR EL SISTEMA NOTARIAL ECUATORIANO**

Como quedó indicado en la metodología del proyecto de tesis, con la finalidad de obtener información de personas entendidas en la materia y de esta manera reforzar la realización de este trabajo realice una encuesta contenida en cinco interrogantes y que fue dirigida a treinta profesionales del derecho en libre ejercicio de la Ciudad de Quito y dos entrevistas a funcionarios del Consejo Nacional de la Judicatura durante el periodo 2010.

#### **3.1.1. ANALISIS DE LA ENCUESTA POR PREGUNTAS A FUNCIONARIOS DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA.-**

##### **PRIMERA PREGUNTA**

**¿Cómo lo considera usted al servicio notarial ecuatoriano?**

Bueno.

Regular.

Malo.

Los dos entrevistados coinciden en manifestar que el servicio notarial ecuatoriano es bueno, ya que ha cumplido con los objetivos para lo cual fue creado, brindando un buen servicio a las personas.

##### **SEGUNDA PREGUNTA.**

**¿Considera usted que el servicio notarial ecuatoriano ha cumplido con uno de sus principios que es el de brindar seguridad jurídica a los ciudadanos que a través de la celebración de actos y contratos les dan forma legal?**

En esta pregunta los dos entrevistados manifiestan que el servicio notarial ecuatoriano si cumple con uno de los principios de esta función, que es brindar seguridad jurídica a los ciudadanos, ya que en la celebración de los actos y contratos se perfeccionan y se legalizan, determinando de esta manera su validez jurídica y asegurando la propiedad y su transferencia.

### **TERCERA PREGUNTA**

**¿Cómo lo considera usted al notario público ecuatoriano?**

Cómo funcionario público.

Como un trabajador privado.

En los resultados de esta pregunta, los dos entrevistados manifiestan que el notario público ecuatoriano es funcionario público, ya que son nombrados por el Consejo Nacional de la Judicatura, de esta manera adquieren esta facultad para poder celebrar en nombre del estado todos los actos y contratos de los particulares, otorgándoles validez legal.

### **CUARTA PREGUNTA**

**¿Cree usted que los cambios introducidos en la Constitución y el Código Orgánico de la Función Judicial relacionados con el servicio notarial ayudaran para mejorar este servicio?**

Sobre esta pregunta los entrevistados manifiestan que los cambios introducidos en la Constitución y el Código Orgánico de la Función Judicial si contribuirán para mejorar el servicio notarial ecuatoriano, ya que de esta manera se realizara un mayor control y fiscalización al desempeño de los notarios.

## **QUINTA PREGUNTA**

**¿Cree usted que las reformas establecidas en el Código Orgánico de la Función Judicial con respecto a los requisitos para ser notario son insuficientes para acceder a tan importante cargo, como los años de experiencia y el perfil profesional?**

Los resultados de esta pregunta nos demuestran que existen criterios dispersos, por un lado, se manifiesta que los requisitos para ser notario son insuficientes para acceder a tan importante cargo, y por otro, dicen que no, que estos requisitos son suficientes.

Entre los argumentos, el entrevistado que nos dice que si son insuficientes estos requisitos ya que se deben nombrar para el cargo de notario, gente proba con una vasta experiencia con conocimiento de esta rama del derecho, exigiéndoles capacidad, ética y profesionalismo.

El entrevistado que dijo que no son insuficientes, los requisitos para ser notario argumenta que entre estos esta el tener titulo de tercer nivel en Derecho y haber ejercido con probidad la Abogacía, por lo tanto, no es necesario más requisitos que éstos, ya que como se ha demostrado con el actual sistema notarial, los notarios han venido desempeñado de buena manera sus funciones brindando un buen servicio a la comunidad.

### **3.1.2. ANÁLISIS DE LA ENCUESTA POR PREGUNTAS ABOGADOS DE LIBRE EJERCICIO DE LA PROFESIÓN.**

Las encuestas se las realizo a un numero de 30 abogados en libre ejercicio de la ciudad de Quito, la finalidad de aplicar esta técnica, es la de reforzar en base a los criterios de los encuestados el presente trabajo investigativo, desde el punto de vista práctico.

A continuación se expone los resultados obtenidos con esta técnica de investigación:

### **PRIMERA PREGUNTA**

**¿Cómo lo considera usted al servicio notarial ecuatoriano?**

Bueno.

Regular.

Malo

La mayoría de los encuestados manifiestan que el servicio notarial es de buena calidad, ya que en lo que tiene que ver al despacho y tramitación de actos y contratos en la notaria, existe mucha agilidad por parte de los notarios, lo que permite de esta manera dar un buen servicio y respuestas y soluciones rápidas a los ciudadanos que requieren de este servicio

### **SEGUNDA PREGUNTA**

**¿Considera usted que el servicio notarial ecuatoriano ha cumplido con uno de sus principios que es el de brindar seguridad jurídica a los ciudadanos que a través de la celebración de actos y contratos les dan forma legal?**

La mayoría de los encuestados, al referirse a esta interrogante manifiestan que el servicio notarial ecuatoriano si cumple con uno de sus principios que es brindar seguridad jurídica a los ciudadanos.

Entre los argumentos que se presentan para justificar esta iniciativa están los siguientes:

La celebración de actos y contratos se los realiza apegados al mandato legal y cumpliendo todas las solemnidades legales, brindado de esta manera seguridad jurídica a las personas.

Por la eficacia, certeza y seguridad en todos los actos que se celebran con los notarios

### **TERCERA PREGUNTA**

**¿Cómo lo considera usted al notario público ecuatoriano?**

Como un funcionario Público.

Cómo un Trabajador Privado

Los resultados obtenidos en base a esta interrogante nos arrojan que la mayoría de los encuestados manifiestan que el notario es un funcionario público, porque defiende a través de su nombramiento y administración a la función judicial, siendo un servicio del estado, dispuesto y capacitado a prestar servicios notariales y de asesoramiento.

### **CUARTA PREGUNTA**

**¿Cree usted que los cambios introducidos en la Constitución y el Código Orgánico de la Función Judicial relacionados con el servicio notarial ayudaran para mejorar este servicio?**

Sobre esta interrogante se puede decir que hubieron dos consideraciones diferentes, que se manifestaron de la siguiente manera: por un lado, un grupo de diecisiete encuestados, que son la mayoría, nos dicen que no están de acuerdo con los cambios introducidos en el servicio notarial; mientras que un grupo de trece encuestados, nos dicen que si están de acuerdo con estos cambios.



Entre los argumentos expuestos entre uno y otro se expone de manera resumida lo siguiente:

Los que manifiestan que sí, nos dicen que estos cambios contribuirán a realizar un mayor control y fiscalización a las notarias del país y de esta manera se reducirá el índice de nepotismo que existe en cada una de ellas y así mismo se propiciaría la alterabilidad en el cargo de notario, ya que existen funcionarios que llevan muchos años en estas funciones.

Los que manifiestan que no, en cambio nos dicen que, estos cambios no contribuirán a mejorar el servicio notarial, ya que, se lo limita al notario a actuar bajo presión y como un simple empleado de la función judicial, en cuanto a la estructura del sistema no hay muchos cambios, lo único novedosos es que los fondos económicos irán al erario nacional

#### **QUINTA PREGUNTA**

**¿Cree usted que las reformas establecidas en el Código Orgánico de la Función Judicial con respecto a los requisitos para ser notario son insuficientes para acceder a tan importante cargo, como los años de experiencia y el perfil profesional?**

En la contestación de esta pregunta hubieron criterios divididos, de tal manera que, un grupo de diecinueve encuestados, que son la mayoría, nos dicen que los requisitos establecidos para ser notario, en la Constitución de la República y el Código Orgánico de la Función Judicial, si resultan insuficientes para desempeñar este cargo; mientras que un grupo de once de los encuestados nos dicen que estos requisitos no son insuficientes, sino que necesarios.

Los encuestados que se inclinaron por el sí, argumentan lo siguiente:

Para el cargo de notario, a parte de la experiencia y el perfil profesional se necesitan otros requisitos de mayor peso, como la formación académica, la

especialización en la rama del derecho notarial y registral, la rectitud, honorabilidad y probidad de los postulantes a notarios, esto es lo que garantizara de alguna manera que la calidad del servicio notarial se haga efectiva.

Las personas que se inclinaron por el no, expresaron las siguientes argumentaciones:

Los requisitos para ser notario establecidos en la Constitución de la República y en el Código Orgánico de la Función Judicial son suficientes para desempeñar este cargo, ya que la experiencia, la capacidad y perfil profesional son básicos para dar un buen servicio, por lo tanto, el éxito y fracaso en la actitud notarial, no depende de los requisitos sino de la integridad moral del notario.

### **3.1.3. VERIFICACIÓN Y CONTRASTACIÓN DE OBJETIVOS E HIPÓTESIS.**

Me propuse como objetivos específicos los siguientes:

Determinar las consecuencias jurídicas y sociales que se derivan de los diferentes cambios que ha experimentado el derecho notarial ecuatoriano.

Este objetivo fue verificado a través del desarrollo del segundo capítulo de la investigación donde se realiza un análisis y crítica a las reformas establecidas en el servicio notarial ecuatoriano y mediante la aplicación de la cuarta pregunta de la encuesta y la entrevista que arrojó resultados positivos sobre este asunto

Comprobar a través de un análisis jurídico de la Constitución de la República y el Código Orgánico de la Función Judicial que los requisitos para ser notario son insuficientes y poco exigentes para tan importante cargo

Este objetivo fue verificado también con el desarrollo del segundo capítulo de mi investigación y en base a la aplicación de la cuarta pregunta de la encuesta.

#### **3.1.3.1. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS.**

Es necesario que al haber finalizado mi trabajo investigativo proceda a comprobar la hipótesis planteada, comprendida en los siguientes términos: “Los requisitos establecidos en la Constitución de la Republica del Ecuador y el Código Orgánico de la Función Judicial para ser notario son insuficientes y poco exigentes para ocupar este cargo, por lo tanto, esto no ayuda al mejoramiento del servicio notarial ecuatoriano”, lo que queda comprobado en base a la fundamentación teórica doctrinaria de la investigación y a los resultados positivos obtenidos mediante la cuarta y quinta preguntas de las encuestas y de las entrevistas.

#### **3.1.4. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA PARA REFORMAR LOS REQUISITOS PARA SER NOTARIO EN EL ECUADOR.**

El comportamiento ético de los notarios es el que los vuelve hábiles para el desempeño de sus actividades profesionales. La ausencia de la ética desnaturaliza la institución del notario como tal, porque un notario que no esta sujeto a principios éticos, esta privado de esa autoridad moral, que es inherente a la función notarial.

No basta ser notario, hay que saber serlo, o lo que es lo mismo, hay que tener plena conciencia de lo que hace falta hacer para desempeñar con dignidad y eficacia la función notarial. Dignidad, porque un notario que no sabe estar a la altura de las circunstancias que la función notarial postula, se convierte en mercader de esta profesión, que solo le preocupa de la misma su aspecto lucrativo y económico.

Por lo tanto, la conducta ética del notario es indispensable para el ingreso y el ejercicio de la función notarial, tomándose como el primer y fundamental requisito de esta función.

La Ley Notarial en su artículo 6 establece que los notarios: “son funcionarios investidos de fe pública para autorizar los requerimientos de parte, los actos, contratos y documentos, determinados en las leyes”.

El Notario es un profesional del derecho investido de fe pública por el estado; que tiene a su cargo recibir, redactar y dar forma legal a la voluntad de las personas que ante él acuden y confieren autenticidad y certeza jurídica de los actos y hechos pasados ante su fe mediante la consignación de los mismos en instrumentos públicos de su autoría.

Así pues, el Notario está investido de una parte del poder público, en el aspecto de poder autenticador y está encargado, en cuanto ejerza la facultad de la que está investido, de dar autenticidad a los actos, que han de pasar ante él.

Así mismo, en lo que tiene que ver a los requisitos para ser notario la constitución actual vigente señala en su Art. 200 lo siguiente: *“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 y abogado por un lapso no menor a los tres años. Las notarias y notarios permanecerán en sus funciones por un lapso de seis años y podrán ser reelegidos por una sola vez. La ley establecerá los estándares de rendimiento y las causas para su destitución”<sup>29</sup>.*

Es necesario que este mandato constitucional sea revisado en lo posible ya que en este sentido los requisitos para ser notario siguen siendo los mismos

---

<sup>29</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios, Quito- Ecuador

establecidos en la ley notarial. Creo que es necesario establecer otros requisitos a parte de los ya expuestos para ser notario, ya que hay que considerar que esta va a hacer una labor pública que forma parte de las instituciones del estado, donde por ejemplo la experiencia va a jugar un papel fundamental para la calidad del servicio notarial, por lo tanto, tres años son muy poco para ejercer tan importante cargo; se debería subir a 5 años considerando especialmente dos años de experiencia específica, así mismo, se debe aplicar el principio de la alterabilidad y el tiempo de servicio para mi parecer no debería pasar de los cuatro años. De la misma manera, se debería tomar en cuenta para los concursos de méritos y oposición la especialización en Derecho Notarial por parte de los aspirantes a este cargo, su probidad en los años de ejercicio de la abogacía acreditada por el Consejo de la Judicatura, todo esto debe darse de manera totalmente transparente, evitando a lo sumo, cometer los mismos errores que hicieron del servicio notarial ecuatoriano, un espacio dedicado al lucro y a la designación a dedo de los notarios.

Es necesario entonces que se realicen algunas reformas en lo relacionado a los requisitos para ser notario tanto en la Constitución de la República del Ecuador como en el Código Orgánico de la Función judicial.

## **CAPITULO IV.**

### **4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.**

#### **4.1.1. CONCLUSIONES.**

Las raíces del notario ecuatoriano están en el Derecho Indiano, aquel que se formó en América luego de su descubrimiento en 1492, compuesto por el Derecho Español, el Derecho Canónico Ecuménico y aquellas normas que se iban sistematizando a medida en que las necesidades y circunstancias así lo determinaban en estas nuevas tierras

La palabra Notario se deriva de la palabra “NOTA” de “NOSCERE”, conocer, porque en la civilización romana devino el oficio de “NOTARIUS”, pues este era el secretario que asistía al senado y anotaba o escribía lo que decían los senadores o abogados a UNA gran velocidad, era el hombre que escribía las notas, NOTAE, los contratos o actos que le dictaban los contratantes.

Notario es el profesional del derecho investido de fe pública por el Estado, y que tiene a su cargo recibir, interpretar, redactar y dar forma legal a la voluntad de las personas que ante él acuden, y conferir autenticidad y certeza jurídicas a los actos y hechos pasados ante su fe, mediante la consignación de los mismos en instrumentos públicos de su autoría.

Los notarios del Estado han sido siempre designados por el poder público, tienen funciones expresamente reguladas por la ley que determina la competencia y su órbita, la forma de ejercerla; es reglado, es decir, que no puede hacer ni más ni menos de lo que la ley dispone, la función de dar fe no puede devenir sino como una emanación del poder soberano del Estado.

La fe pública es un atributo del estado, que tiene en virtud del ius imperium; por lo que se considera que las funciones son públicas, el notario presta un

servicio público, satisface una necesidad de interés social a través de una de las finalidades del Estado que es proporcionar seguridad Jurídica; de ahí que la función del notariado es obligatoria para actuar y prestar servicios cuando sea requerido.

Los cambios introducidos por la Constitución y el Código Orgánico de la Función Judicial al servicio notarial ecuatoriano no ayudaran a mejorar la calidad de este servicio ya que en su estructura sigue siendo igual y los cambios que se han hecho solo son de forma.

Los requisitos establecidos por la Constitución y el Código Orgánico de la Función Judicial para el cargo de notario son insuficientes por lo que se debería establecer otros de mayor nivel que permiten hacer de esta función un verdadero servicio de calidad.

#### **4.1.2. RECOMENDACIONES.**

Es necesario que en la Universidad se incorpore como cátedra o asignatura de estudio el Derecho Notarial para garantizar que los estudiantes de Derecho adquieran conocimiento sobre esta materia que luego puedan poner en práctica.

El Colegio de Notarios de cada Provincia debe preocuparse por la capacitación constante de sus colegiados para garantizar que los notarios en cada cantón ejerzan su función con profesionalismo y probidad.

Se debería extender la práctica forense que se realizan en las universidades hacia las notarias para que los estudiantes de derecho puedan realizar estas en cada una de estas dependencias del país.

El Consejo de la Judicatura debería conformar una Comisión de Control y Fiscalización para que se mejore el servicio notarial ecuatoriano y se sancione todo acto de corrupción dentro de estas funciones.

De la misma manera para la selección de los notarios debería crearse un tribunal de honor compuesto por un miembro de la Corte Superior de Justicia, un miembro del Colegio de Notarios, un miembro del Colegio de Abogados, un miembro por las Carreras de Derecho.

El Consejo Nacional de la Judicatura conjuntamente con el Colegio de Abogados, Colegio de Notarios y Carrera de Derecho deberían realizar la socialización y debate de los cambios introducidos en servicio notarial con la finalidad de enriquecer y mejorar los contenidos de la ley y realizar cambios estructurales en esta materia.



## **BIBLIOGRAFIA**

BARRAGAN Alfonso, "Manual de Derecho Notarial", primera edición, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1995

CODIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL, Corporación de estudios y Publicaciones. Editorial GAB. Impresión EDIMPRESS. S.A. Quito-Ecuador. Año 2003.

CONSTITUCIÓN POLITICA DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR. Corporación de Estudios y Publicaciones. Editorial GAB. Quito- Ecuador. Impresión EDIMPRESS. S.A. Año 2001.

CABANELLAS Guillermo, Diccionario Enciclopédico Jurídico, Tomo I, Editorial Grijalbo, Buenos Aires Argentina, 1992.

DICCIONARIO JURIDICO ESPASA, editorial Espasa Calpe. S. A. Madrid.2001.

DICCIONARIO JURIDICO, Ruiz Díaz, Diccionario Jurídico de Ciencias Jurídicas y Sociales. Dirección editorial. Rafael Zuccotti. Colombia. 2005.

Derechoecuador.com

LEY NOTARIAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Editorial GAB. Impresión EDIMPRESS. S.A. Quito-Ecuador, 2010

OSORIO Manuel, Diccionario Jurídico de Ciencias Sociales Jurídicas y Económicas, Editorial Heliasta.

VARGAS Hinostroza Luís, Derecho Notarial Ecuatoriano, Tomo I, PUDELESCO, Editores S.A. noviembre de 2006

PEREZ Bernardo, Derecho Notarial, Primera Edición, Editorial Porrúa S.A, México.

**ANEXOS.-**

**FORMATO DE ENCUESTA Y ENTREVISTA.**

**1.- Como lo considera usted al servicio notarial ecuatoriano:**

Bueno

Regular.

Malo.

**2.- ¿Considera usted que el servicio notarial ecuatoriano ha cumplido con uno de sus principios que es el de brindar seguridad jurídica a los ciudadanos que a través de la celebración de actos y contratos les dan forma legal?**

SI ( )

NO ( )

Porque.....  
.....  
.....

**3.- Como lo considera usted al notario público ecuatoriano?**

Como un funcionario público

Como un trabajador privado

Porque.....  
.....  
.....

**4. ¿Cree usted que los cambios introducidos en la Constitución y el Código Orgánico de la Función Judicial relacionados con el servicio notarial ayudaran para mejorar este servicio?**

SI ( )

NO ( )

Porque.....  
.....  
.....

**5. ¿Cree usted que las reformas establecidas en el Código Orgánico de la Función Judicial con respecto a los requisitos para ser notario son insuficientes para acceder a tan importante cargo, como los años de experiencia y el perfil profesional?**

SI ( )

NO ( )

Porque.....  
.....  
.....