



FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO

**PROPUESTA DE REFORMA A LA LEY NOTARIAL PARA VIABILIZAR EL
EMPLEO DE MEDIOS TELEMÁTICOS EN LA CELEBRACIÓN DE
CONTRATOS DE COMPRA VENTA DE BIENES INMUEBLES**

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 del Ecuador

Profesor Guía
Dra. Jacqueline Guerrero

Autor
Stephanie Pauline Cano Galarza

Año
2009

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.”

.....
Jacqueline, Guerrero
Doctora en Jurisprudencia
2000027470

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”

.....
Stephanie, Cano
171398029-8

DEDICATORIA

Dedico este trabajo a mis padres quienes me han apoyado incondicionalmente

RESUMEN

Este trabajo propone las reformas que se deben realizar a la Ley Notarial a fin de viabilizar la celebración de los contratos de bienes inmuebles por medios telemáticos, para ello se ha analizado la contratación telemática y sus elementos: la firma electrónica y mensajes de datos que proporcionan seguridad jurídica para emplearlos en el contrato de compraventa de bienes inmuebles, con el objetivo de establecer el rol del notario en dicha contratación.

En esta investigación se ha utilizado el método deductivo puesto que en el primer capítulo comenzamos con nociones básicas del acto jurídico, contrato de compraventa de bienes inmuebles y contrato telemático; en el segundo capítulo se expresará el rol del notario tanto en la contratación analógica como en la telemática proponiendo ideas de cómo se debería manejar la escritura matriz electrónica, cómo se debe suplir la presencia física de los comparecientes, la utilización de la firma electrónica por parte de los notarios y de los contratantes, petición y entrega de copias certificadas electrónicas y cuáles serían las interconexiones relevantes de las notarías necesarias para el perfeccionamiento del contrato de compraventa de bienes inmuebles; y en el tercer capítulo analizaremos las oportunidades, problemas y seguridades jurídicas de la contratación telemática con un enfoque en la legislación actual, para luego desarrollar la propuesta de Reforma a la Ley Notarial.

Sin embargo cabe señalar que la propuesta de Reforma a la Ley Notarial no basta para el perfeccionamiento de la compraventa de bienes inmuebles por medios telemáticos, por lo que será necesario crear el Reglamento a la Ley Notarial, además de reformar la Ley 67, la Ley Registral y la Ley de Federación de Abogados, para obtener un marco legal que viabilice la contratación de compraventa de bienes inmuebles por medios telemáticos.

ABSTRACT

This essay proposes reforms to be carried out at the Notarial Law, in order to viable the conclusion of property contract by telematics means. For that purpose it has been analyzed telematic contratation and its components: electronic signature and data messages that provide legal security for use in the purchase of real estate, with the objective of establishing the notary's role in this kind of contract.

In this investigation it has been used the deductive method as in the first chapter starts with the basics notions of the legal act, contract of sale of immovable property and contract telematic. Second chapter expresses the notary's role in analog contracts and telematic contracts, proposing some ideas about how to manage electronic public writing, how to replace the physical

presence of contractors, the utilization of electronic signature by the notaries and the contractors, and request certified electronic copies of contracts and what interconnections would be relevant for the notaries, necessary to perfect the purchase of real estate contracts.

Chapter three analyzed the opportunities, problems and legal security of telematics contration with a focus on current legislation, followed by the development of proposed of Reform of the Notarial Law.

Although, it is important to mention that the proposed to Reform the Notarial Law, it would not be enough to perfecting the contract of sale of immovable property by telematic means. It will be necessary to also create the Regulation of the Notarial Law, as well as reforming Law 67, the Registry Law and the Lawyer's Federation Law, to obtain the viable legal framework to contract of sale of immovable property by telematic means.

ÌNDICE

INTRODUCCIÓN.....	9
1. ASPECTOS BASICOS DE CONTRATACIÓN	11
1.1 Actos Jurídicos y Contratos.....	11
1.1.1 Actos Jurídicos	11
1.1.1.1 Requisitos de validez.....	12
1.1.2 Contratos.....	17
1.1.2.1 Definición	17
1.1.2.2 Tipos	18
1.2 La Compraventa de Bienes Inmuebles.....	22
1.2.1 Definición.....	22
1.2.2 Marco Legal.....	23
1.2.2.1 Capacidad de los sujetos.....	24
1.2.2.2 El precio	26
1.2.2.3 La cosa.....	27
1.2.2.4 Obligaciones del vendedor	28
1.2.2.5 Obligaciones del comprador	30
1.2.3 Formalidades para el perfeccionamiento y transferencia del dominio	31
1.2.3.1. Perfeccionamiento del contrato (justo título).....	32
1.2.3.2 Transferencia de dominio (modo).....	33
1.3 La Contratación Telemática.....	33
1.3.1 Definición y Características.....	33
1.3.2 Ciclo Contractual.....	36
1.3.2.1 La formación del consentimiento	36
1.3.2.2 La formalización	39
1.3.2.3 La entrega	41
1.3.2.4 El pago.....	43
1.3.3 Elementos del contrato telemático	43
1.3.3.1. Mensajes de datos y Documento electrónico.....	43
1.3.3.2 Firma Electrónica y su Certificado	47
1.4 Cierre de Capítulo	54
2. LA GESTIÓN NOTARIAL EN EL ECUADOR FRENTE A LOS DESAFÍOS ACTUALES.....	55
2.1 Los Notarios.....	55
2.1.1 Fe Pública.....	57

2.1.2 Atribuciones y Deberes	58
2.1.2.1 Atribuciones.....	58
2.1.2.2 Deberes.....	62
2.2 Documentos Notariales	67
2.2.1 Protocolo	67
2.2.2 Escritura Pública	69
2.3 Situación de las notarías en el Ecuador: breve referencia	71
2.3.1 Datos Cuantitativos.....	71
2.4 Los Notarios en el contexto actual.....	71
2.4.1 El rol del notario en la instrumentación de los contratos de compraventa de bienes inmuebles a través de medios telemáticos	71
2.5 Las Cybernotarias y los notarios virtuales	77
2.6 Cierre del Capítulo	79
3. CONTRATO SOLEMNE ELECTRÓNICO DE COMPRA-VENTA DE BIENES INMUELES: DESAFÍO Y OPORTUNIDAD	81
3.1 La celebración de contratos de compra-venta de bienes inmuebles por medios telemáticos	81
3.1.1 Requisitos.....	81
3.1.2 Problemas.....	83
3.1.3 Oportunidades	86
3.1.4 Seguridad Jurídica.....	88
3.2 Propuesta de Reforma a la Ley Notarial.....	89
4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	98
4.1 CONCLUSIONES.....	98
4.2 RECOMENDACIONES	101
BIBLIOGRAFIA.....	104
ANEXOS.....	106

INTRODUCCIÓN

La Ley 67 confiere a los documentos electrónicos instrumentados por mensajes de datos y complementados con firma electrónica plena validez e igualdad jurídica que los documentos en soporte papel. Si bien la Ley 67 acepta los documentos redactados en soporte electrónico y nos expresa los elementos que debe tener para que emanen efectos jurídicos exactamente iguales que los realizados en soporte papel y suscritos con firma manuscrita, la Ley Notarial, que se encuentra vigente desde 1966, no permite este tipo de contratos obstaculizando la contratación telemática¹ en relación con los contratos solemnes, como lo es la compraventa de bienes inmuebles.

El deseo de las personas de ahorrar tiempo y derribar distancias para comprar o vender inmuebles cada vez se hace más grande, por lo que celebrar por medios telemáticos ayudará a satisfacer dichas necesidades y brindará las seguridades propias de la contratación analógica, siempre que se construya un marco jurídico completo que proteja los derechos de los contratantes.

Los notarios son protagonistas principales en la contratación analógica de compraventa de bienes inmuebles, puesto que son ellos quienes crean el justo título que emanará las obligaciones del comprador y del vendedor, de igual manera, los notarios deberán actuar al implementar la contratación telemática en la instrumentación del contrato de compraventa de bienes inmuebles, pero en Ecuador la mayoría de los notarios poco o nada conocen sobre esta nueva forma de contratar, dificultando así la incorporación de medios telemáticos en el servicio notarial.

Es imprescindible transferir la labor tradicional del notario a la contratación telemática de compraventa de bienes inmuebles puesto que concederá seguridad jurídica siempre y cuando se enmarque claramente su función en la creación, generación, verificación, envío y archivo de los documentos notariales.

En la creación de las escrituras públicas de compraventa de bienes inmuebles, los notarios deben verificar identidad, capacidad, libre voluntad, conocimiento de las partes sobre el negocio jurídico que están a punto de realizar, convirtiéndose en consejero, asesor imparcial y protector de los derechos de los otorgantes.

El notario por tener el carácter de funcionario público, debe recibir por parte del Estado capacitación continua sobre las nuevas tecnologías aplicadas a la función notarial, así como las herramientas necesarias para el desarrollo de su trabajo dentro del ámbito telemático y es ahí donde la Ley Notarial tiene sus falencias que no permitirían el uso de medios telemáticos en el contrato de compraventa de bienes inmuebles, dado que no incorpora los documentos notariales electrónicos, en este caso la escritura pública electrónica, las copias certificadas electrónicas, el protocolo electrónico, la firma electrónica, la

¹ Internet por excelencia y será en el que nos concentraremos como medio telemático en la propuesta de la tesina.

interconexión con Municipios, Consejos Provinciales y Registros de la Propiedad importantes para el pago de los impuestos que versan sobre la compraventa de bien inmueble, la formación del justo título y la transferencia de dominio; y por último, ineludiblemente la sustitución de la presencia física de los otorgantes ante el notario a través de la presencia virtual por medio de la webconferencia.

El objetivo de esta tesina es proponer las posibles reformas a la Ley Notarial con el fin de viabilizar de principio a fin, el uso de medios telemáticos en la celebración de contratos de compraventa de bienes inmuebles, para que surtan iguales efectos legales que los realizados por medios tradicionales.

Para analizar las ventajas y desventajas que existen en el marco jurídico sobre la aplicación de medios telemáticos en el contrato de compraventa de bienes inmuebles, el método deductivo que se ha utilizado en este trabajo ayudó a centrarnos en el tema, pues observaremos en el primer capítulo nociones básicas del acto jurídico, contrato de compraventa de bienes inmuebles y contrato telemático, que facilitará la comprensión acerca de cómo se desarrolla en el Ecuador la contratación tradicional de compraventa de bienes inmuebles y la regulación de los elementos esenciales de los contratos telemáticos. En el segundo capítulo se analiza el rol del notario tanto en la contratación tradicional o analógica como en la telemática y sus vacíos legales para implementar la segunda, además se proponen ideas de cómo se debería manejar la escritura matriz electrónica, cómo se debe suplir la presencia física, la utilización de la firma electrónica por parte de los notarios y de los contratantes, ya que será parte esencial para la identificación de las personas y para la integridad del mensaje de datos, la implementación de protocolos electrónicos, petición y entrega de copias certificadas electrónicas, así como se analiza cuáles serían las interconexiones relevantes de las notarías, necesarias para el perfeccionamiento del contrato de compraventa de bienes inmuebles; todo esto con el fin de proporcionar celeridad, ahorro de dinero y espacio de archivos físicos, y acortamiento en las distancias. Y en el tercer capítulo se analiza las oportunidades, problemas y seguridades jurídicas de la contratación telemática con un enfoque en la legislación actual ecuatoriana proponiendo soluciones a algunos vacíos e interrogantes, para luego desarrollar la propuesta de Reforma a la Ley Notarial.

CAPITULO I

1. ASPECTOS BASICOS DE CONTRATACIÓN

1.1 ACTOS JURÍDICOS Y CONTRATOS

1.1.1 ACTOS JURÍDICOS

Los acontecimientos son hechos simples o hechos jurídicos, estos segundos crean, modifican o extinguen derechos subjetivos y obligaciones correlativas que consisten en una prestación de dar, hacer o no hacer, y son los que por medio del hombre, con su intención² de producir efectos jurídicos, dan lugar al nacimiento de los actos jurídicos.

Alessandri y Somarriva definieron el acto jurídico como “la manifestación de voluntad que se hace con la intención de crear, modificar o extinguir un derecho”³.

Muchos confunden la terminología actos jurídicos como negocios jurídicos, pero se considera que el acto es una declaración unilateral o bilateral⁴ de voluntades en cuanto el negocio jurídico es en sí la complementación de las declaraciones de las partes, sumadas a la operación que se vaya a realizar, es decir, abarca la universalidad y generalidad del contrato. Por lo tanto dentro del negocio jurídico estarán inminentemente los actos jurídicos. Por cuanto, la clasificación de los actos en unilaterales y bilaterales “considera el número de partes necesario para la formación de los mismos”⁵.

Se puede concluir que un acto jurídico consiste en un plan interno de la persona, que al momento de exteriorizar la decisión por voluntad propia se constituirá en un acto y, si dichos actos son originados a la luz y por atribución del Derecho, serán jurídicos. El Dr. Roberto Brebbia señala que los efectos suscitados por cualquier acto jurídico provendrán por disposición del ordenamiento jurídico⁶.

Los actos jurídicos bilaterales complementan la formación de los contratos ya que será necesaria la participación de dos partes en el contratos para que éste

² La intención se conforma del querer y el saber, por consiguiente existe en la persona la experiencia y el conocimiento al realizar una acción jurídica.

³ Alessandri Rodríguez, Arturo, Manuel Somarriva Undurraga y Antonio Vodanovic. *Curso de Derecho Civil*, tomo 1, volumen 1. Santiago, Nascimento, 1961, pág. 282. (en adelante obra cit.)

⁴ Ciertamente los actos jurídicos pueden ser unilaterales o bilaterales, esto dependerá del acuerdo de voluntades si es de una o más partes. “Parte es la persona o personas que constituyen un solo centro de interés”, “se llama *partes* a las personas que hacen declaraciones de voluntad en los actos jurídicos bilaterales, y *autor* a la persona que otorga un acto jurídico unilateral”. Alessandri Rodríguez, Arturo, Manuel Somarriva Undurraga y Antonio Vodanovic, obra cit., pág. 283.

⁵ Alessandri Rodríguez, Arturo, Manuel Somarriva Undurraga y Antonio Vodanovic, obra cit., pág. 285. Entiéndase “formación de los mismos” como formación de las partes ya que hace referencia a la diferencia entre la clasificación de contratos y actos (unilaterales o bilaterales).

⁶ Citado por Ghersi Carlos A. *Nulidad de los actos jurídicos: civil, comercial, penal, procesal*. Buenos Aires, Universidad, 2005, pág. 43, pie de página numeral 2. (en adelante obra cit.)

exista, concluyendo que un requisito principal para que el contrato produzca efectos jurídicos es la presencia de la voluntad de ambos contratantes con connotada diferencia hacia si el contrato es unilateral o bilateral, dependiendo si las obligaciones serán recíprocas o solo causarán a una parte.

1.1.1.1 REQUISITOS DE VALIDEZ

El Código Civil en el Libro IV, Título II, Art. 1461 señala los requisitos que deberán contener los actos jurídicos para que una persona se obligue con otra, los cuales son necesariamente: la capacidad de las partes que comparecen en el contrato, el consentimiento en el acto o contrato y que éste no se encuentre viciado, objeto lícito y causa lícita.

Otro requisito de validez y existencia de los actos jurídicos será necesariamente que se cumplan todas las solemnidades previstas en la ley. En el caso de los contratos solemnes como es la compraventa de bienes inmuebles deberá ser elevada a escritura pública, puesto que sin dicha formalidad el acto jurídico no nacerá dentro del ámbito jurídico.

1.1.1.1.1 Capacidad

El Diccionario Jurídico de Cabanellas define la capacidad como:

Aptitud general para ser sujeto de derechos y obligaciones en la esfera del Derecho Privado; y, más comúnmente, en el ámbito tradicional del Derecho Civil, en las relaciones jurídicas familiares, reales, *contractuales*, obligatorias y sucesorias⁷.

Nuestro Código Civil en el Art. 1461, inciso 2 determina que “la capacidad legal de un persona consiste en poderse obligar por sí misma y sin el ministerio o autorización de otra”.

Cabe resaltar que como principio fundamental *toda persona es capaz*, pero para toda regla existe su excepción y este no es un caso aislado, por cuanto la ley es la única que señala los que pertenecen al grupo de personas incapaces, quienes pueden ser absolutos o relativos.

Los incapaces absolutos son aquellos que su estado no estará sujeto al tiempo, decisión judicial, condición o requisito para que puedan convertirse en capaces; los efectos que produzcan los actos realizados no surtirán ni siquiera obligaciones naturales; tales personas son los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse entender por escrito.

A diferencia de los anteriores, los incapaces relativos estarán sujetos a un acontecimiento o hecho jurídico que los convertirá en capaces, ya que su estado es susceptible de cambio, dentro de este grupo están los menores adultos, los que se encuentran en interdicción de administrar sus bienes y las personas jurídicas.

⁷ Aceptación Civil. Cabanellas de Torres Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires, Heliasta, 2008, pág. 58 (en adelante obra cit.)

En conclusión, se puede decir que la capacidad es la aptitud de una persona para ser titular de derechos y contraer obligaciones o sujeto de ser titular de derechos y deberes en una relación jurídica, en cualquier caso hay que tener en mente que la ley especificará las personas que no podrán crear vínculos jurídicos, consiguientemente sus actos y efectos derivados de ellos serán nulos.

1.1.1.1.2 Consentimiento y vicios

Es el acuerdo de voluntades⁸ con centros de intereses diferentes, es así que aparece por una parte la oferta y por otra la aceptación, siendo éstas declaraciones unilaterales de voluntad, receptivas, pero que tienen como fin un mismo objeto jurídico.

La oferta se la puede definir como “una manifestación unilateral de voluntad en virtud de la cual se propone la celebración de un contrato a una o más partes”⁹, y la aceptación “consiste en la manifestación unilateral de voluntad en virtud de la cual se expresa la aquiescencia a una oferta”¹⁰

La oferta deberá ir dirigida a una persona determinada, especificando el negocio jurídico que se intenta realizar con todas las especificaciones y características del objeto¹¹, para que con la aceptación incondicional y no modificatoria¹² a la propuesta se deje sentado el cierre de la operación precontractual¹³ y se forme el consentimiento que en algunos casos es suficiente para perfeccionar un negocio jurídico.

A partir de la confluencia de la oferta y la aceptación nace el consentimiento, que debe ser expresado, claro y preciso por ambas partes para que el contrato pueda existir, caso contrario la parte que no acepte en su totalidad quedará en calidad de extraño en la relación jurídica y consecuentemente no se realizará el contrato.

El consentimiento puede ser viciado por el error, fuerza y dolo, en consecuencia el o los efectos del acto jurídico serán nulos.

1.1.1.1.2.1 Error

⁸ “Este acuerdo de voluntades debe versar sobre todos los puntos que forman el objeto del contrato”. Barros Errázuriz Alfredo. *Curso de Derecho civil: segundo año*. Santiago, Cervantes, 1921, pág. 275. (en adelante obra cit.)

⁹ Carrasco Blanc Humberto Rolando. *Contratación electrónica y contratos informáticos*. Santiago, La ley, 2000, pág. 126. (en adelante obra cit.)

¹⁰ Carrasco Blanc Humberto Rolando, obra cit., pág. 126.

¹¹ No se puede caer en el “caso omiso del deber de información que tiene a su cargo”, “... “lo que posibilitara demandar la nulidad del contrato o una o más cláusulas” (Art. 37, último párrafo, LDC), por haber prestado su aceptación a una oferta inválida- por incompleta o engañosa- o no haber contado con la información debida para poder decidir fundamentalmente si le resultaba conveniente contratar o no”, Ghersi Carlos A., obra cit., pág. 186

¹² Si llegare a existir una modificación por parte de la persona a quien va dirigida la propuesta, este cambio en sí, no daría paso a la aceptación sino más bien a una contraoferta.

¹³ Ghersi Carlos A., obra cit., pág. 181

El error consiste en una disconformidad del pensamiento con la realidad o concepto equivocado que se tiene de la ley, de una persona o de una cosa y puede ser de hecho o de derecho.

El error de hecho es el concepto equivocado que se tiene de una persona, de una cosa o de un suceso y, puede ser de dos clases:

- Aquel que recae sobre la especie del acto o contrato que se ejecuta o celebra, que es el llamado error esencial, viciando así el consentimiento; y¹⁴,
- Error sustancial, cuando recae sobre la calidad de la cosa. Viciará el consentimiento siempre que la sustancia del bien sobre el que versa el acto o contrato es diverso del que se cree¹⁵.

El error de derecho no vicia el consentimiento puesto que la ley se presume conocida por todos "...y su ignorancia no excusa a persona alguna"¹⁶.

1.1.1.1.2.2 Fuerza o violencia

La fuerza es la presión moral o física ejercida sobre la voluntad de una persona para determinarla a ejecutar un acto jurídico y consiste en amenazas, presiones de orden psicológico o agresiones físicas, con lo cual se hace saber a la víctima que si no consiente a la realización de dicho acto, será utilizada la fuerza. Para que constituya vicio del consentimiento, la fuerza deberá ser:

- Injusta e ilegítima.- el procedimiento o la amenaza de que se vale la persona que la ejerce no es aceptado por la ley o el derecho;
- Grave.- La fuerza debe presentar cierta intensidad y gravedad que sea "...capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio tomando en cuenta su edad, sexo y condición"¹⁷; de esto se desprende que la amenaza debe ser verosímil, esto quiere decir, que tenga posibilidades de llevarse a cabo;

¹⁴ "El error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra, como si una de las partes entendiese empréstito, y la otra donación; o sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si, en el contrato de venta, el vendedor entendiese vender cierta cosa determinada, y el comprador entendiese comprar otra" Código Civil R.O/Sup 104 de 20 de noviembre de 1970; R.O/Sup 46 de 24 de junio de 2005, Art. 1469.

¹⁵ "El error de hecho vicia asimismo el consentimiento cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato es diversa de lo que se cree; como si por alguna de las partes se supone que el objeto es una barra de plata, y realmente es una masa de algún otro metal semejante.

El error acerca de otra cualquier calidad no vicia el consentimiento de los que contratan, sino cuando esa calidad es el principal motivo de una de ellas para contratar, y este motivo ha sido conocido de la otra parte" Código Civil R.O/Sup 104 de 20 de noviembre de 1970; R.O/Sup 46 de 24 de junio de 2005, Art. 1470.

¹⁶ Código Civil R.O/Sup 104 de 20 de noviembre de 1970; R.O/Sup 46 de 24 de junio de 2005, Art. 13

¹⁷ Código Civil R.O/Sup 104 de 20 de noviembre de 1970; R.O/Sup 46 de 24 de junio de 2005, Art. 1472.

- Determinante.- la amenaza puede obligar a realizar el acto jurídico, y;
- Actual.- debe ser en el entorno del acto jurídico.

1.1.1.1.2.3 Dolo

El dolo se lo ha definido como la intención positiva de irrogar injuria o daño a la persona o propiedad de otra¹⁸. Se considerará vicio de voluntad en los siguientes casos:

- Antes de la celebración del contrato (dolo precontractual), y;
- En la celebración del acto y contrato o en la ejecución de los mismos (dolo actual)

En los dos casos deberá reunir los siguientes requisitos:

- Que haya sido empleado a sabiendas de que se engañaba en cuanto habrá la presencia de la mala intención;
- Contrario al orden social, a la buena moral y a las buenas costumbres;
- Ejecutado por uno de los contratantes y que aparezca claramente que sin el engaño no hubiera habido el contrato, pero si el dolo es de una tercera persona el contrato es válido y solo podrá dar lugar a la acción de daños y perjuicios, y;
- Debe ser probado ya que el dolo no se presume.

1.1.1.1.3 Objeto

Para desarrollar este tercer requisito de validez lógicamente empezaremos por el análisis de lo que significa "objeto"; según el diccionario jurídico de Cabanellas se define como "todo lo que tiene existencia sensible; lo que los sentidos humanos pueden percibir"¹⁹ o como objeto de derecho es el "contenido de una relación jurídica"²⁰

El objeto es la materia, la cosa o bien así como un hecho sobre el cual versa el contrato; nuestro Código Civil señala que "una o más cosas" podrán ser el objeto en donde la declaración de la voluntad recaiga²¹.

¹⁸ "El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando, además, aparece claramente que sin él no hubieran contratado" Código Civil R.O/Sup 104 de 20 de noviembre de 1970; R.O/Sup 46 de 24 de junio de 2005, Art. 1474

¹⁹ Aceptación quinta. Cabanellas de Torres Guillermo, obra cit., pág. 263.

²⁰ Aceptación segunda. Cabanellas de Torres Guillermo, obra cit., pág. 263.

²¹ "Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer" Código Civil R.O/Sup 104 de 20 de noviembre de 1970; R.O/Sup 46 de 24 de junio de 2005, Art. 1476.

Dentro de la licitud de la cosa, ésta deberá imperativamente estar dentro del comercio y ser determinada, por lo que generará una utilidad económica manteniéndose fuera de lo irregular y produciendo efectos jurídicos acorde al ordenamiento legal.

Cuando el objeto sea un hecho “es necesario que sea física y moralmente posible”²², es decir, que pueda realizarse dentro de la realidad, del orden público y las buenas costumbres, al igual que no ser contrario a la ley para que tenga el carácter de lícito.

Gherzi, considera que el objeto es la “realidad social acotada como base de operaciones del mismo”²³, por lo que se extiende en “una amplia gama de realidades sociales susceptibles de ser atrapadas en materia de negocio jurídico contractual”²⁴. Una definición difícil de comprender, ya que las realidades sociales no conceptúan adecuadamente un objeto, pero si nos vamos mas allá de las palabras entrando al razonamiento, complementándolo con la lógica, visualizamos que dependiendo de la necesidad de la persona en cuanto a su realidad social, emprenderá la búsqueda de la cosa que le genere satisfacción a la misma, para concluir con el desarrollo del negocio jurídico, tal como podría ser la compraventa de un bien inmueble.

Con respecto a los objetos ilícitos, tales son: los que no se encuentran en el comercio, los derechos que no se pueden transferir de una persona a otra²⁵, las cosas que por decisión judicial se encuentran con restricciones o gravámenes y demás que la ley expresa²⁶; al consumirse el acto de enajenación, éste no surtirá efecto alguno y caerá en la nulidad.

1.1.1.1.4 Causa

Es “el motivo que induce al acto o contrato”, así define a la causa el Código Civil en el Art. 1483. Es aquí en donde muchos tratadistas no concuerdan, ya que algunos sostienen que se confunde la causa con el motivo, por cuanto la primera se debe a la razón económica del acto jurídico, y la segunda a la razón de la persona para perseguir tal o cual negocio jurídico²⁷.

Dos corrientes opuestas han plasmado su interés en encontrar una respuesta al problema de la causa; los causalistas con su teoría clásica que expresan que la causa es el “fin con que o por qué se hace alguna cosa”²⁸ y los

²² “Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público” Código Civil R.O/Sup 104 de 20 de noviembre de 1970; R.O/Sup 46 de 24 de junio de 2005, Art. 1477 inciso 3.

²³ Gherzi Carlos A., obra cit., pág. 189

²⁴ Gherzi Carlos A., obra cit., pág. 189

²⁵ Como es el caso de los derechos de los trabajadores que al ser irrenunciables también son intransferibles acorde a la legislación laboral ecuatoriana.

²⁶ Código Civil R.O/Sup 104 de 20 de noviembre d 1970; R.O/Sup 46 de 24 de junio de 2005, Arts. 1480 y 1482.

²⁷ Secaira Gabriel Ignacio, *Los vicios del consentimiento*, Quito, TESIS, 1949, pág. 25 (en adelante obra cit.)

²⁸ Secaira Gabriel Ignacio, obra cit., pág. 26.

anticausalistas que establecen en su teoría individual como “razón o motivo que inclina hacer alguna cosa”²⁹, nótese que el motivo es más profundo que el fin mismo, pues el primero induce a la realización del segundo; sin una razón suficiente que induzca a la declaración de la voluntad no se concretaría la causa final.

Discrepo con Ghersi cuando se refiere a la causa fuente entendida como: “primer principio productivo del efecto”³⁰,

en el área de la contratación la causa del contrato estará determinada por la necesidad de los sujetos de derecho de utilizar la herramienta contractual para penetrar en el mercado de bienes y servicios y relacionarse de algún modo en el plano de la economía³¹

porque se centra solamente en un pequeño espacio donde la acción motivadora será siempre directa o indirectamente económica, cuando en realidad los negocios jurídicos son varios y no esencialmente ligados a la acción antes mencionada.

También puede considerarse como causa fuente en relación a las obligaciones, puesto que uno de los efectos que emanará del contrato es la obligación correlativa de las partes. Y a esto se refiere el Art. 1483 del Código Civil, cuando manda que “no puede haber obligación sin una causa real y lícita”; la causa fin será requisito para el nacimiento de la obligación.

Ambas partes del contrato individualmente poseerán la causa fuente, fin e impulsiva, pues los intereses de cada uno son diferentes, mientras para el vendedor de un inmuebles su causa fuente será la entrega de la cosa, la del comprador será el pago del precio; mientras que la causa fin del vendedor es el pago de la cosa, para el comprador corresponderá la adquisición del bien inmueble, y por ultimo; la causa impulsiva de cualquiera de los dos será según su necesidad lo que impulsó a constituir el negocio jurídico (enfermedad de la madre del vendedor o para la apertura de un negocio comercial como motivo del comprador).

1.1.2 CONTRATOS

1.1.2.1 DEFINICIÓN

Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas³².

Si se analiza los elementos de la definición antes mencionada, se encontrará que en el Código Civil ecuatoriano se identifica erróneamente a un contrato exactamente igual que una convención, puesto que un contrato es un tipo de

²⁹ Secaira Gabriel Ignacio, obra cit., pág. 26.

³⁰ Ghersi Carlos A., obra cit., pág. 212

³¹ Ghersi Carlos A., obra cit., pág. 212

³² Código Civil, cit., Art. 1454.

convención, ya que éste último es el que generaliza al primero, ya que crea, modifica o extingue un derecho. "Cuando el acuerdo de voluntades (acto jurídico bilateral) tiene por objeto crear derechos, toma el nombre específico de contrato"³³. Pero todo contrato es un acto jurídico bilateral, ya que para constituirse es necesaria la voluntad de ambas partes.

Puntualiza el carácter de las partes del contrato, porque pueden estar constituidas por una o varias personas que asumirán obligaciones de dar, hacer o no hacer, recíprocamente; también adquirirán derechos frente al negocio jurídico efectuado³⁴.

El contrato genera obligaciones, por tanto es fuente de tales, ya que su naturaleza es concebir que las partes se obliguen una para con otra: *animo contrahendae obligationis*, a través del acuerdo de voluntades.

1.1.2.2 TIPOS

La clasificación de los contratos se concentrará en la dada por el Código Civil.

1.1.2.2.1 Contratos unilaterales y bilaterales

El contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra, que no contrae obligación alguna; y bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente³⁵.

Hace alusión a la obligación que constriñe a una o ambas partes.

No se debe confundir contrato unilateral con acto unilateral. El acto unilateral se refiere a las partes que intervienen en un contrato³⁶ y el contrato unilateral trata en cuanto una parte es la que se obliga para con la otra sin que ésta tenga la carga de una contraprestación³⁷.

En tanto que, en los contratos bilaterales las obligaciones deben ser recíprocas, es decir, deben ser para ambas partes, las cuales nacerán con la formación del contrato.

Barros Alfredo sostiene que la importancia de esta división radica en que permite determinar la parte que debe soportar la pérdida de la cosa que se debe. En los contratos unilaterales la única obligación que existe se extinguiría,

³³ Alessandri Rodríguez, Arturo, Manuel Somarriva Undurraga y Antonio Vodanovic, obra cit., pág. 284.

³⁴ Con respecto al Código Civil Español me llama la atención que la obligación solo se centra en la palabra "dar" y no abarca "hacer o no hacer", consecuentemente el contrato se enmarcara exclusivamente en dar alguna u otra cosa, minimizando su naturaleza.

³⁵ Código Civil, cit., Art 1455.

³⁶ En el caso del testamento, "su existencia depende exclusivamente de la voluntad del otorgante; pero para que el testamento produzca efectos, la transmisión de los bienes al heredero, debe éste aceptar la herencia; de lo contrario el testamento no surtirá efectos. Para esto último es necesaria la aceptación del heredero, mas no para la formación del acto jurídico llamado testamento." Alessandri Rodríguez Arturo, Manuel Somarriva Undurraga y Antonio Vodanovic, obra cit., pág. 370.

³⁷ Como es el caso del contrato de comodato, en el que solo se obliga el comodatario.

pero en los bilaterales se determinará quién debe cargar por la pérdida, pues ambas partes poseen obligaciones.

1.1.2.2 Contratos gratuitos y onerosos

El contrato es gratuito o de beneficencia cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen; y oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio de otro³⁸.

En estos contratos la médula se encuentra en la utilidad que se llegue a percibir, si solo una recibe y la otra lo realiza sin cambio a nada será gratuita, pero si son ambas partes las que obtienen utilidad pues será oneroso.

1.1.2.3 Contratos conmutativos y aleatorios

El contrato oneroso es conmutativo cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio³⁹.

Los conmutativos representan la igualdad en las obligaciones de las partes consiguientemente se conoce ciertamente

el monto o alcance de la prestación de cada una de las partes; de manera que desde el primer momento puede cada contratante apreciar el beneficio o pérdida que le ocasiona el contrato⁴⁰.

Ahora bien la subjetividad como tal entra en el contrato conmutativo, pues para unos podría ser que la cosa que se vende sea equivalente al precio que se va a pagar, pero para otros posiblemente se dio lesión enorme⁴¹.

En los aleatorios existe una condición futura e incierta, sea esta una condición suspensiva o un plazo extintivo⁴², debiéndose cumplir para conocer cuál es el efecto que provocó, tal es el caso del contrato de seguro en la que la condición es el objeto por el cual se estipuló, sea bien la muerte o un choque, uno nunca sabe cuando sucederá, pero cuando suceda surtirá los efectos, siempre y cuando el hecho jurídico se haya dado dentro de los lineamientos del contrato.

1.1.2.4 Contratos principales y accesorios

El contrato es principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención; y accesorio cuando tiene por objeto asegurar el

³⁸ Código Civil, cit., Art. 1456.

³⁹ Código Civil, cit., Art. 1457.

⁴⁰ Barros Errázuriz Alfredo, obra cit., pág. 282.

⁴¹ "El vendedor sufre lesión enorme cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende; y el comprador, a su vez, sufre lesión enorme cuando el justo precio de la cosa es inferior a la mitad de precio que paga por ella" Código Civil, cit., Art. 1829. El afectado podrá interponer una acción rescisoria.

⁴² En el caso del contrato de renta vitalicia

cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella⁴³.

En general todos son contratos principales a excepción de las garantías, las cuales nacen para proteger las obligaciones principales. Existe la regla, lo accesorio sigue la suerte de lo principal, es decir; cuando se extinga la obligación principal, se extinguirá la accesorio, no pudiendo ser lo contrario.

1.1.2.2.5 Contratos reales, solemnes y consensuales

El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no surte ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona con el solo consentimiento⁴⁴.

Los consensuales no necesitan de ninguna forma especial, tan solo precisan del consentimiento de las partes.

El plasmar por escrito el consentimiento no es un requisito, sino más bien un medio de prueba, en el caso que se incumpla con lo ofertado o estipulado, excepto en los casos en los que la ley determine que la obligación debe constar por escrito.

A más del consentimiento, en los contratos reales es imprescindible la tradición de la cosa, objeto del contrato, lo que determina el perfeccionamiento del contrato. Entre una de las obligaciones que aparecen en los contratos reales es el de restituir la cosa⁴⁵.

En los contratos solemnes es indispensable para que surta efectos jurídicos, la realización de ciertas formalidades que la ley determina para algunos negocios jurídicos; tal es el caso, de la compraventa de bienes inmuebles como veremos en su debido tiempo.

Las solemnidades tienen respectiva importancia para “evitar fraudes y sirven como medio de prueba para acreditar su autenticidad”⁴⁶.

Entre algunas de las formalidades encontramos: escritura pública, inscripción en los diversos registros dependiendo el caso, escritura privada⁴⁷, celebración en presencia de la autoridad competente y de dos testigos (matrimonio), autorización judicial (enajenación del patrimonio familiar).

⁴³ Código Civil, cit., Art. 1458.

⁴⁴ Código Civil, cit., Art. 1459.

⁴⁵ Salvo que haya habido fuerza mayor o caso fortuito (siempre que no se haya constituido en mora) o incumplimiento de la obligación principal (la prenda) al momento de perecer la cosa.

⁴⁶ Barros Errázuriz Alfredo, obra cit., pág. 287.

⁴⁷ “Es frecuente que las partes resuelvan poner por escrito las cláusulas contractuales y lo hagan con la presencia y firma de dos testigos; entonces el documento privado adquiere el valor de prueba plena y se equipará a una escritura pública” Citado por Larrea Holguín Juan. *Manual elemental de Derecho Civil del Ecuador, volumen 4*. Quito, Corporación de estudios y publicaciones, 2003, pág. 37. (en adelante obra cit.)

La escritura pública es la más popular y consiste en transformar el contrato que al comienzo es un documento privado en público a través de un notario, quien es la persona competente para dar fe pública de validez, siendo el título traslativo de dominio en la compraventa de bienes inmuebles y sin dicho título traslativo o justo título no será posible transferir la propiedad del inmueble⁴⁸.

1.1.2.3 Efectos jurídicos e interpretación de los contratos

Tal como lo establece el Código Civil en su Art. 1561: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes", tiene efecto "inter partes" sobre estos, porque tiene fuerza para obligarlos a cumplir las estipulaciones acordadas. En consecuencia, la parte que se eximiera de cumplir lo convenido, se atenderá a las acciones que pudiere presentar la otra parte para obligar a que se ejecute lo concertado en el contrato.

En el ámbito jurídico todo se deshace tal como fue hecho, es así que para invalidar el contrato es necesario el consentimiento de las dos partes, ya que fueron éstas por su consentimiento que aceptaron dicho negocio jurídico y pueden dejarlo sin efecto si lo quisieran. Marca una diferencia con la resolución y la rescisión al no ser retroactiva, pues no destruye los efectos de los actos jurídicos producidos antes de la invalidación.

Por otro lado, el contrato también puede ser rechazado por causas legales, esto es, por resolución, terminación y revocación⁴⁹. Dentro de los mencionados, no se encuentra la rescisión y la nulidad ya que asumimos que fue válidamente celebrado.

Para la interpretación de los contratos debe buscarse principalmente la intención de las partes, la cual prevalecerá más allá de las palabras⁵⁰ si hubiere problemas en lo expresado, de lo contrario "deberá aplicarse estrictamente el texto literal del contrato, que guarda conformidad con la voluntad de las partes"⁵¹.

Según Barros Errázuriz tal intención se puede descubrir partiendo de la naturaleza del contrato; siguiendo con la causa fin que dio lugar a las partes a celebrarlo, tomando en cuenta las circunstancias posteriores, las costumbres de los contratantes, las cláusulas claras para descubrir.

El sentido de las palabras será acorde a la intención que tenían las partes al momento de celebrar el contrato.

⁴⁸ Existe una connotada diferencia entre el título traslativo de dominio y la tradición, la cual es que la primera es una formalidad que la ley establece para ciertos contratos solemnes como es el caso de la compraventa de bienes inmuebles para transferir la propiedad, y la segunda es un modo de adquirir el dominio que se utiliza en los contratos reales.

⁴⁹ Resolución es un acto jurídico que deja sin efecto un negocio jurídico válido; revocación es "dejar sin efecto una declaración de voluntad o un acto jurídico en que unilateralmente se tenga tal potestad" (ejemplo: donación); y, terminación es cuando se ha cumplido lo acordado en el contrato. Cabanellas de Torres Guillermo, obra cit., págs. 333 y 336. (resolver y revocar)

⁵⁰ Código Civil, cit., Art. 1576

⁵¹ Barros Errázuriz Alfredo, obra cit., pág. 343.

Como regla secundaria en la interpretación, “el sentido en que una cláusula puede surtir algún efecto deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de surtir efecto alguno.”⁵². Esto se refiere a si dos cláusulas son contrarias la una de la otra, por lo que una de ellas será la más apta a producir los efectos que las partes esperan del contrato, y será esa la que se utilizará.

Posteriormente se podrá recurrir a la naturaleza del contrato para alcanzar la verdad del contrato. “Las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen”⁵³. Si no se las puso en el contrato se sobreentiende que están ahí ya que son cláusulas necesarias del tipo de negocio jurídico.

Si las partes anteriormente han celebrado un contrato sobre el mismo ámbito del presente se aplicará la analogía, pues se analizará cuál fue la intención primaria que hubo de los contratantes en el primero para conocer y entender el fin al que desean llegar con el contrato confuso que suscribieron⁵⁴.

El contrato está compuesto por cláusulas, dándole sentido al mismo, por lo que las unas con las otras no son ajenas y constituye una forma de interpretar, al enlazar todas se podrá entender lo que las partes trataban de materializar⁵⁵.

Si se suscribió el contrato y las partes ya estaban ejecutando lo acordado, las cláusulas oscuras tendrán su sentido al observar como los contratantes han cumplido con la disposición dudosa⁵⁶.

Las palabras ambiguas en el contrato se entenderán a favor del deudor siempre y cuando no se hubiere podido resolver por los anteriores casos. Sin embargo, habiendo utilizado el acreedor o deudor una palabra ambigua que le favorecía a él, se habrá de interpretar contra él, dado que se espera que cualquiera de los contratantes exprese de manera clara sus obligaciones.

1.2 LA COMPRAVENTA DE BIENES INMUEBLES

1.2.1 DEFINICIÓN

La compraventa es un contrato bilateral, oneroso, principal, conmutativo⁵⁷, típico, consensual o real o solemne dependiendo del bien o derecho que se venda. Consiste en que una persona llamada “vendedor” transfiere el dominio del bien raíz a otra llamada “comprador”, el cual deberá pagar en dinero por la cosa, es decir el precio justo que se establezca por el bien objeto del contrato.

El Art. 1732 del Código Civil define a la compraventa como:

⁵² Código Civil, cit., Art. 1578

⁵³ Código Civil, cit., Art. 1579.

⁵⁴ “Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia” Código Civil, cit., Art. 1580 inciso 2.

⁵⁵ “Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándose a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad”. Código Civil, cit., Art. 1580 inciso 1.

⁵⁶ “O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra” Código Civil, cit., Art. 1580 inciso 3.

⁵⁷ Solo cuando se venda una cosa futura el contrato será aleatorio.

Un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa, y la otra a pagarla en dinero. El que contrae la obligación de dar la cosa se llama vendedor, y el que contrae la de pagar el dinero, comprador. El dinero que el comprador se obliga a dar por la cosa vendida se llama precio.

Juan Larrea Holguín sostiene que:

El concepto más exacto de la compraventa incluye las obligaciones recíprocas de las dos partes contratantes, de transferir la propiedad de la cosa y del pago de su precio⁵⁸

Para Degni es el

Contrato oneroso y bilateral, por el que un sujeto, llamado vendedor, se obliga a transferir a otro sujeto, que se denomina comprador, la propiedad de una cosa corporal o incorporal (herencia, créditos, derechos, acciones), mediante un precio determinado o determinable⁵⁹

En Ecuador, por la entrega de la cosa o por el puro consentimiento de las partes se transfiere el dominio, constituyendo a la compraventa como contrato real⁶⁰ o consensual, respectivamente; pero para los inmuebles, será necesario el cumplimiento de ciertas formalidades que la ley expresa para que se perfeccione el negocio jurídico, tomando el nombre de contrato solemne.

Los inmuebles o bienes raíces se encuentran dentro de la clasificación de los bienes corporales, y son aquellos que no pueden trasladarse de un lugar a otro, tales como las tierras o las que se encuentran adheridas a ella, como los edificios. Los inmuebles se dividen en inmuebles por adherencia, aquellos que se “adhieren al suelo por sus raíces”⁶¹; y los inmuebles por destinación, los cuales son “las cosas que están permanentemente destinadas al uso, cultivo y beneficio de un inmueble”⁶²

1.2.2 MARCO LEGAL

⁵⁸ Larrea Holguín Juan. *Manual elemental de Derecho Civil del Ecuador, volumen 4*. Quito, Corporación de estudios y publicaciones, 2003, pág. 1. (en adelante obra cit.)

⁵⁹ Degni Francisco, obra cit., pág. 1.

⁶⁰ El Código Civil determina que para la perfección de los contratos reales es necesaria la tradición del bien, no especifica que casos son los que se encuentran dentro de este tipo de contrato, pero nos da directrices para conocer con seguridad que no son los que tienen por objeto un bien raíz, derechos de usufructo o de uso, de habitación o de servidumbre constituidos en bienes raíces, ya que en el Art. 702 *ibídem* encontramos que “se efectuará la tradición del dominio de bienes raíces por la inscripción del título del libro correspondiente del Registro de la Propiedad.” En consecuencia al determinar que dichos bienes y derechos deberán ser inscritos en el Registro de la Propiedad, esta nombrando una formalidad que se deberá cumplir, por lo que los contratos que tengan por naturaleza tales objetos, serán solemnes.

⁶¹ Código Civil, cit., art. 587

⁶² Código Civil, cit., art. 588

La compraventa se encuentra regulada en el Código Civil y en el Código de Comercio, dependiendo si se trata de compraventa civil o mercantil⁶³, respectivamente, siendo objeto de esta tesis especialmente la compraventa civil.

Como pudimos observar la definición de compraventa dada por el Código Civil en el Art. 1732, no habla de transferir el dominio o la propiedad, solo de dar una cosa, por lo que no especifica si al entregar la cosa se otorga “la mera tenencia, de posesión o de propiedad”⁶⁴.

La cosa puede ser corporal o incorporeal y el Código Civil trata generalizadamente dicha palabra.

Y por último, el comprador no tiene como única opción pagar el precio en dinero, como se verá más adelante.

Los elementos constitutivos de este contrato son el consentimiento, el precio y la cosa vendida, sin eso tres la venta no se perfecciona. Pues si las partes han acordado, han consentido en el precio y la cosa, existirá contrato; convirtiéndolo en un contrato consensual, pero no todos los contratos de compraventa tienen esa naturaleza, algunos necesitan de solemnidades para que produzcan sus efectos.

1.2.2.1 CAPACIDAD DE LOS SUJETOS

Todas las personas son capaces para ser titulares de derechos y contraer obligaciones, ese es el principio o regla general; pero existen algunas excepciones como se vio anteriormente en los requisitos de validez de los actos jurídicos – capacidad. En tal sentido dispone el Art. 1734 del Código Civil “Son hábiles⁶⁵ para el contrato de venta todas las personas que la ley no declara inhábiles para celebrarlo o para celebrar todo contrato”.

Particularmente en los contratos de compraventa encontramos algunas incapacidades:

- Los contratos de compraventa que se celebren entre cónyuges o entre padres e hijos, mientras estos sean incapaces⁶⁶.- Esta prohibición subsiste ya que los cónyuges son una sola persona y la naturaleza de este contrato es bilateral. Otros autores como Manresa señala que como causa justificativa de la prohibición de realizar compraventas entre los

⁶³ Para que se trate de una compraventa mercantil es necesario que se cumpla dos requisitos:

- Mercantilidad subjetiva.- la cual consiste en que las persona que intervienen deben ser, o bien los dos o bien uno de ellos, comerciantes, es decir, que hagan del comercio su profesión habitual.
- Mercantilidad objetiva.- el acto que se realice deberá ser alguno que este expresado en el Art. 3 del Código de Comercio.

⁶⁴ Larrea Holguín Juan, obra cit., pág. 4.

⁶⁵ La palabra habilidad comprende tanto la capacidad como la disposición o consentimiento de las partes contratantes.

⁶⁶ “Es nulo el contrato de venta entre cónyuges, y entre padres e hijos, mientras éstos sean incapaces.” Código Civil, cit., Art. 1735.

cónyuges, es la necesidad de evitar negocios en perjuicios de terceros, dando a entender que seguramente el cónyuge actuará a favor del otro antes que por un tercero, yendo en contra de un principio Constitucional como lo es la igualdad.

- En el caso que sea entre padres e hijos, la ley establece que no podrá celebrar dicho contrato en cuanto el hijo sea incapaz, pero una vez superado este requisito, tranquilamente podrán contratar entre ambos.
- Los administradores de establecimientos públicos no podrán vender los bienes que estén bajo su administración sin una autorización de la autoridad competente⁶⁷.- La ley expresa esta prohibición puesto que el administrador debe ser una persona de confianza, pero no se extiende a las ventas que no estuvieren confiadas al administrador.
- Existen algunas prohibiciones de compra concerniente a la calidad de la persona, si es empleado público y los bienes que la institución a la que trabaja vaya a vender; o los jueces, abogados, procuradores o secretarios con respecto a los bienes que se vendan como consecuencia del litigio en el que participaron⁶⁸.- La razón se encuentra en la necesidad de precautelar el bien común, ya que fácilmente la persona que conoce de la subasta que se vaya a realizar en relación a los bienes de la institución a la que trabaja, estaría en ventajas desproporcionadas frente a terceros así también podría existir la posibilidad de que no complete las finalidades a la que iba a servir la venta, por ejemplo: subasta pública con autorización judicial del bien del deudor para pagar al acreedor.
- Los curadores o tutores no podrán comprar bienes de propiedad de su pupilo⁶⁹ ya que al comprar podría contraponer su interés sobre el del pupilo y como señala Vázquez Barros se desvirtuaría la naturaleza de esta institución jurídica, la cual es la protección al incapaz velando por sus intereses⁷⁰. Este artículo no expresa acerca de la venta de los bienes, pero el Art. 418 establece que, sin una autorización justificada del juez, ya sea por “causa de utilidad o necesidad manifiesta”, el tutor o curador no podrá vender bienes propiedad de su pupilo. Aunque lo curioso está en que dicho artículo solo menciona a los bienes raíces por

⁶⁷ “Se prohíbe a los administradores de establecimientos públicos vender parte alguna de los bienes que administran y cuya enajenación no está comprendida en sus facultades administrativas ordinarias; salvo el caso de expresa autorización de la autoridad competente” Código Civil, cit., Art. 1736.

⁶⁸ “Al empleado público se prohíbe comprar los bienes públicos o particulares que se vendan por su ministerio; y a los jueces, abogados, procuradores o secretarios, los bienes en cuyo litigio han intervenido, y que se vendan a consecuencia del litigio; aunque la venta se haga en pública subasta” Código Civil, cit., Art. 1737.

⁶⁹ “No es lícito a los tutores o curadores comprar parte alguna de los bienes de sus pupilos” Código Civil, cit., Art. 1738

⁷⁰ Vázquez Barros Sergio. *Contratos de compraventa y permuta: comentarios, formularios y jurisprudencia*. Madrid, Tecnos, 2003, pág. 63 (en adelante obra cit.)

lo tanto los bienes muebles no preciosos o que no tengan valor de afección pueden ser vendidos sin autorización judicial. Pero se utiliza la palabra bienes en cuanto a la prohibición de compra, consiguientemente se entenderá que son tanto bienes muebles como bienes inmuebles.

- Los mandatarios, los síndicos y los albaceas⁷¹ estarán supeditados a lo que señala el Art. 2048 del Código Civil⁷², esto es que no podrán comprar, por sí o por interpuesta persona lo que el mandante le ha ordenado vender, ni vende algo suyo al mandante sobre lo que le ha mandado a comprar, siempre y cuando no hubiere autorización expresa del mandante. Y aunque no se incluye al agente oficioso, éste también deberá sujetarse a lo antes expuesto, debiendo ratificar posteriormente la persona en cuyo nombre actúa.

Naturalmente, la prohibición rodea a los albaceas y a los bienes que tiene en sus manos por la función que se le ha encomendado, pero si el albacea renuncia o concluida su labor comprare algo que tuvo en su mandato, la venta será perfecta.

En conclusión, los contratos de compraventa de bienes inmuebles en que una de las partes o ambas sean inhábiles, serán nulos.

1.2.2.2 EL PRECIO

El precio es un elemento importante del contrato de compraventa para su perfeccionamiento sea jurídico o causa fin. Tiene que ser determinado por los contratantes o por un tercero con consentimiento de las partes.

No necesariamente deberá determinarse el precio en dinero pues el Art. 1733 del Código Civil prevé que puede ser parte en dinero y parte en otra cosa (bienes, títulos valores, derechos, etc.), siempre que la cosa no valga más que el dinero, sino se entenderá como permuta.

El precio es el valor del bien, el cual tiene que ser proporcional a la cosa para que no exista lesión enorme y si el precio fue fijado por un tercero también se podrá ejercer ésta acción en contra de él, produciendo como efecto la rescisión del contrato.

Igualmente debe ser real, es decir, que el precio tiene que ser pagado por el comprador. Existen muchas veces en que las partes realizan una venta ficticia estipulando el precio, pero el mismo no será pagado. Si este fuere el caso

⁷¹Vázquez Barros hace dos consideraciones en cuanto a la prohibición de compraventa que tiene el albacea: "si el albacea comprador ya no era tal albacea por haber entregado formalmente los bienes de la herencia al heredero, no es nula la venta, y tampoco lo es cuando la adquisición se verifica mucho tiempo después de haber expirado el plazo del albaceazgo" Vázquez Barros Sergio, obra cit., pág. 64

⁷² "No podrá el mandatario, por sí ni por interpuesta persona, comprar las cosas que el mandante le ha ordenado vender, ni vender de los suyo al mandante lo que éste le ha ordenado comprar; si no fuere con aprobación expresa del mandante" Código Civil, cit., Art. 2048.

estaríamos hablando de un contrato de donación, en el que las partes no se obligan recíprocamente.

Debido a que el contrato de compraventa de bienes inmuebles es conmutativo, debe existir equivalencia entre la cosa y el precio que se paga por ella.

Barros Errázuriz diferencia el precio justo del precio convencional, diciendo que el primero resulta de la “opinión general” y es el “valor real de la cosa”, mientras que el convencional es estipulado por los contratantes. Acota que la lesión enorme se la determina de la diferencia del precio justo y del convencional como punto de partida.^{73 74}

El precio de un bien inmueble no podrá ser inferior al establecido en el impuesto predial, siendo ese el valor que el comprador deberá pagar. Pero las partes podrán llegar a un acuerdo estipulando un precio mayor al plasmado en la carta predial.

Nuestro Código Civil nos esclarece el camino a seguir para que no opere la rescisión del contrato, si el comprador completa el justo precio, con deducción de una décima parte; y el vendedor tendrá que restituir el exceso del precio, aumentando en una décima parte.⁷⁵

No se podrá renunciar a la acción rescisoria aun si se expresara en el contrato, se tomará como no escrita tal cláusula⁷⁶. Y ésta prescribe en cuatro años contados desde la celebración del contrato.

En el caso de la compraventa de bienes inmuebles la prescripción de la acción rescisoria correrá desde la fecha que indique la escritura pública.

1.2.2.3 LA COSA

El objeto corporal debe ser lícito, es uno de los requisitos de validez de todo contrato y no hay excepción en el de compraventa de bienes inmuebles, por lo que tiene que estar permitido por la ley al igual que dentro del comercio y también en la cláusula respectiva debe especificárselo para que no caiga en error sustancial, viciando el consentimiento del comprador.

No surte efecto alguno la venta por título universal ya que cada cosa debe ser singularizada, así que no se puede comprar o dar en venta “el patrimonio de Juan Pérez”. El Art. 1750 del Código Civil hace alusión a lo anterior y expresa también que será válida la venta si se designa por escritura pública y no especifica que solo recae en los bienes que necesiten de solemnidades para

⁷³ Barros Errázuriz Alfredo, obra cit., pág. 368.

⁷⁴ Pero en la venta de bienes muebles o hechos por el ministerio de la justicia no cabe la acción de rescisión por lesión enorme, porque se cree que no habrá fraude por parte de la justicia, y en el otro caso pues el precio de los bienes muebles es variable y sus transacciones más constantes a diferencia de los bienes inmuebles que su precio es más estable.

⁷⁵ Código Civil, cit., art. 1830.

⁷⁶ “Si se estipulare que no podrá intentarse la acción rescisoria por lesión enorme, no valdrá la estipulación” Código Civil, cit., Art. 1832.

que se perfeccione la compraventa, sino que generaliza contradiciendo el contenido en otros artículos del mismo cuerpo legal.

El inmueble proindiviso que pertenezcan a dos o más personas, y éstas no han celebrado un contrato de sociedad, podrán venderlas sin la autorización de los demás dueños, siempre y cuando venda la cuota que le corresponde ya que se hará la partición quedando fijada la cosa vendida⁷⁷.

La buena fe de los contratantes debe estar presente en todo acto jurídico que realicen, ya que si no es así la compraventa de bienes inmuebles no desarrollará su naturaleza real, pudiendo declarar nulo los efectos del mismo.

En la compraventa de bienes raíces difícilmente podrá haber venta de cosa ajena, pues la tercera persona que actúa en nombre del dueño deberá tener un poder que le permita comparecer en la escritura pública.

1.2.2.4 OBLIGACIONES DEL VENDEDOR

“Las obligaciones del vendedor se reducen en general a dos: la entrega o tradición y el saneamiento de la cosa vendida”⁷⁸.

En la tradición se transfiere el dominio y es necesario que exista por un lado la intención del vendedor de transferir el bien y por otro lado la intención de adquirir el bien por parte del comprador.

Y aunque en el contrato de compraventa de inmuebles se entregue la cosa material, no bastará para transferir el dominio, dado que se deberá imperativamente cumplir con las formalidades que la ley expresa.

En la transferencia de dominio de un bien inmueble existen dos principios paralelos como es el título y el modo.

El título es en sí el contrato de compraventa, el cual autoriza y obliga la transferencia del dominio por parte del vendedor al comprador de la cosa vendida; y el modo es el móvil que hará posible dicho traspaso ya sea a través de la tradición o por medio de solemnidades en el caso de los bienes raíces.

Los gastos sobre el título y el modo para transferir el dominio corren a cargo del vendedor; después de perfeccionada la venta el comprador se hará cargo de todos los gastos que se susciten.

La entrega del inmueble se deberá hacer inmediatamente después de perfeccionado el contrato, porque es ahí cuando se originan las obligaciones de ambas partes; o bien en el tiempo que se exprese el contrato.

Como es un contrato bilateral, los contratantes deben cumplir con su obligación, es decir, pagado la integridad del precio o si se estipuló pagar a

⁷⁷ “Si la cosa es común de dos o más personas proindiviso, entre las cuales no intervenga contrato de sociedad, cada una de ellas podrá vender su cuota, aún sin el consentimiento de las otras” Código Civil, cit., Art. 1751.

⁷⁸ Código Civil, cit., Art. 1764.

plazo, y si el comprador empezó a pagar, el vendedor está en la obligación de entregar la cosa.

Empero, si el vendedor no entrega el bien, el comprador no puede excusarse de pagar el precio, "sino que debe utilizar una de las acciones alternativas que le confiere el Art.1766 inc. 2"⁷⁹, las cuales son: perseverar en el contrato o desistir de él, a más de cualquiera de las acciones que alegue podrá pedir indemnización de daños y perjuicios.

Asimismo, el vendedor tiene la obligación de entregar el bien inmueble que se encuentra estipulado dentro del contrato y no otro.

En la venta de un bien inmueble la entrega corresponderá a la extensión que se expresa en la escritura pública, sea la venta en cabida o por cuerpo cierto.

En caso que sea por cabida se fijará el precio por unidad de medida, debiendo constar en el contrato; y en caso que sea por cuerpo cierto será por su totalidad sin importar la cabida que el inmueble posee.

Aunque la norma aplique a los predios rústicos, por analogía también se aplicará a los urbanos.

Varias sentencias confirman la regla general de la venta por cuerpo cierto y que para que sea por cabida debe estar estipulado claramente en el contrato, y si hubiere una confusión o duda se observará la intención que tuvieron las partes al momento del contrato.

Si la cabida real fuere mayor a la cabida declarada, se aumentará el precio del predio. Pero puede desistir el comprador cuando el precio de la cabida sobrante es mayor a la décima parte de la cabida declarada.

Empero si la cabida real fuere menor a la cabida declara, el vendedor deberá completarla o disminuir el precio, el comprador tendrá las opciones de aceptar el precio justo por la cabida real o desistir del contrato.

El saneamiento corresponde por evicción y vicios redhibitorios, siendo una obligación principal del vendedor entregar la cosa sin defectos o gravámenes.

Los factores que dan lugar a la evicción son: 1.- privación de la cosa, 2.- por sentencia en firme, 3.- que el derecho que lo origino sea anterior a la compraventa.

Nuestro Código Civil en su Art. 1778 nos indica que "hay evicción de la cosa comprada, cuando el comprador es privado del todo o parte de ella por sentencia judicial".

La obligación de sanear el bien que se encuentre en evicción es para garantizar al comprador el dominio y tenencia pacífica.

⁷⁹ Larrea Holguín Juan, obra cit., pág. 107.

Una vez otorgado por justo título y modo la propiedad del bien, el vendedor correrá con toda la responsabilidad que se presente de los problemas posteriores, por tal motivo debe evitar y prever disturbios en contra del comprador originados de la venta, como es el caso de la evicción.

La acción de evicción que tiene el comprador prescribe en cuatro años contados a partir de la fecha que se encuentra en la escritura pública de compraventa del bien inmueble. Esta acción le otorga al comprador el derecho de exigir del vendedor que repare los daños producidos por la sentencia en firme, que lo ha privado de todo o parte de lo que compró, restituyendo el precio íntegro e indemnizándolo por daños y perjuicios.

El saneamiento es indivisible pero la indemnización meramente es divisible por lo tanto los vendedores o en su caso los herederos deberán pagar solo la cuota que les pertenece de la cosa.

Los vicios redhibitorios⁸⁰ son vicios ocultos que posee el bien, los cuales deben reunir las siguientes características para que el comprador haga uso de la acción: a) que sean anterior a la venta, b) que sea tal que no permite que la cosa funcione para sus uso natural y que si el comprador hubiere sabido del vicio no se hubiera celebrado el contrato; y, c) que el vendedor no haya expresado este imperfecto, al igual que el comprador haya ignorado sin negligencia grave o no haya podido conocerlos por su profesión u oficio.

Por cuanto el comprador puede pedir la rescisión del contrato o la rebaja del precio, *quantum minoris*⁸¹. Estas dos opciones embarcan la acción redhibitoria.

Si el vendedor no conocía de buena fe de los vicios ocultos de la cosa estará obligado a responder por lo que corresponde la acción redhibitoria, pero si actuare de mala fe se agregará indemnización de daños y perjuicios.

Tal acción prescribe en un año para los inmuebles desde el momento de la entrega de escritura pública y su correspondiente inscripción en el Registro de la Propiedad. Terminado el plazo el comprador puede solo pedir la rebaja del precio e indemnización de daños y perjuicios hasta por dieciocho meses en los bienes raíces.

1.2.2.5 OBLIGACIONES DEL COMPRADOR

Su principal obligación es la de pagar el precio. Por lo general se hace después de entregada la escritura pública e inscrita la transferencia de dominio en el Registro de la Propiedad.

Aun así, el Código Civil determina el tiempo y el lugar donde debe hacérselo, el cual se encontrará estipulado en el contrato y a falta de éste en donde se hizo la entrega, es decir en el sitio que se encuentra el bien inmueble.

⁸⁰ “Se llama acción redhibitoria la que tiene el comprador para que se rescinda la venta o se rebaje proporcionalmente el precio, por los vicios ocultos de la cosa vendida, raíz o mueble, llamados redhibitorios” Código Civil, cit., Art. 1797.

⁸¹ “Los vicios redhibitorios dan derecho al comprador para exigir o la rescisión de la venta o la rebaja del precio, según mejor le pareciere” Código Civil, cit., Art. 1800.

Como se había visto antes el precio puede ser pagado tanto en dinero como en especies, aunque es posible hacerlo por medio de algún documento que sea convertible en dinero como puede ser títulos valores, cheque, letra de cambio, etc.

En el pago con plazos, el comprador tiene que cumplir con todos los pagos en los plazos convenidos y si se constituye en mora se deberá analizar si se pactó intereses, si fuera el caso el comprador adeudará dichos intereses desde el momento que no efectuó el pago.

No existiendo la tenencia pacífica del bien y si el comprador no ha pagado el precio en su totalidad o en la parte que le faltare, éste podrá consignarlo en un juzgado, este hecho produce el efecto de extinción de la obligación del comprador. Este enunciado también aplica en el caso que el vendedor no quiera aceptar el pago.

Pero “no se admite el pago por consignación de una simple promesa de compraventa de un inmueble, no efectuada por escritura pública”⁸², puesto que no se ha hecho con las solemnidades que manda la ley, por lo tanto no se ha constituido ninguna obligación ni para el comprador, ni para el vendedor.

En caso de que el comprador haya caído en mora, el vendedor podrá pedir la acción resolutoria o la acción para exigir el precio pagado más indemnización de daños y perjuicios⁸³ denominándose condición resolutoria tácita.

Si en el contrato se expresó, que cuando el comprador cayere en mora se resolverá el mismo, se denomina pacto comisorio. Éste surtirá efecto después de veinticuatro horas de la notificación judicial que se ha hecho al comprador para que pague el precio.

Sinalagmáticamente a la obligación que el vendedor tiene de entregar la cosa, el comprador tiene de recibirla, y al demorar el comprador la recepción deberá pagar por el almacén en donde se guarde la cosa. La ley no especifica el caso de los bienes inmuebles, pero en todo caso, deberá pagar la manutención del mismo.

1.2.3 FORMALIDADES PARA EL PERFECCIONAMIENTO Y TRANSFERENCIA DEL DOMINIO

Se considera perfecta la compraventa de bienes inmuebles no por haber consentido en el precio y la cosa, ya que este contrato no es consensual, sino más bien por el otorgamiento de la escritura pública por ser un contrato solemne que debe reunir ciertas formalidades que la ley establece. La escritura pública es el justo título, a través del cual se origina las obligaciones de las partes y desde ese momento tanto comprador como vendedor puede exigir que se cumplan sus derechos.

⁸² Larrea Holguín Juan, obra cit., pág. 139.

⁸³ “Si el comprador estuviere constituido en mora de pagar el precio en el lugar y tiempo dichos, el vendedor tendrá derecho para exigir el precio o la resolución de la venta, con resarcimiento de perjuicios” Código Civil, cit., Art. 1813.

Ahora bien, se deberá transferir el dominio al nuevo dueño, lo cual se hará con la inscripción en el Registro de la Propiedad del título, convirtiendo esta acción como el modo de entregar el bien inmueble al comprador, extinguiendo la obligación principal del vendedor.

Por consiguiente, una vez otorgado el justo título y operado el modo, la compraventa se reputa consumada como tal.

A continuación se detallan los requisitos y el proceso en sí de una compraventa, pudiendo dividirse en dos momentos:

1.2.3.1. PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO (JUSTO TÍTULO)

Cuando es otorgada la escritura pública, pero para eso existen pasos a seguir y documentación que presentar con anterioridad al notario, quien dará fe pública de la contratación. Y es aquí donde el papel del notario juega un rol importante, por lo tanto en referencia con este punto se analizará la reforma a la Ley Notarial que viabilice la celebración de escrituras públicas por medios telemáticos⁸⁴. Los documentos que deben ser entregados para la ejecución de este momento son los siguientes:

- Certificado de hipotecas y/o gravámenes actualizados del Registro de la Propiedad;
- Impuesto predial del año en que se realiza la operación;
- Impuesto predial 2005.- ya que los avalúos de ese año son bajos y acorde a eso el Registrador de la Propiedad cobra los derechos que le corresponde;
- Escritura anterior inscrita en el Registro de la Propiedad;
- Copias de las cédulas de ciudadanía y papeletas de votación actualizadas, de compradores y vendedores;
- Minuta de compraventa redactada y firmada por un abogado;

Si el bien inmueble se encuentra en régimen de propiedad horizontal, se debe añadir los siguientes documentos:

- Carta expresando que el vendedor esté al día en el pago del condominio, firmado por el Administrador;
- Copia de la cédula de ciudadanía del Administrador; y,
- Copia del acta de junta de copropietarios en la que se nombra al Administrador.

⁸⁴ transmisión datos entre y por ordenadores, es decir, a través de redes informáticas.

El notario revisa que esté completa la documentación y si las partes lo prefieren se puede encargar al notario⁸⁵ el trámite de pago de alcabala tanto en el Municipio como en el Consejo Provincial y del formulario de declaración del impuesto a la utilidad⁸⁶; para luego con el aviso de alcabala y el formulario de plusvalía con firma del vendedor, firma y sello del notario y la razón respecto de las firmas del declarante, concurra al Municipio a catastrar, es decir, que pongan el bien inmueble a nombre del comprador.

Una vez concluido dicho proceso, el notario procederá a elevar la compraventa del bien inmueble a escritura pública, foliando y rubricando cada hoja y al final de la escritura consignará su firma, además de colocarse el sello y timbre de la notaría.

En presencia de ambas partes el notario dará lectura de la escritura pública, percatándose al momento de la firma de la identidad de los contratantes o que haya un tercero con poder de uno de ellos.

Más adelante se hablará del rol del notario en la instrumentación de la compraventa de bienes inmuebles.

1.2.3.2 TRANSFERENCIA DE DOMINIO (MOD0)

Se produce por la inscripción en el Registro de la Propiedad de la copia de la escritura pública. Una vez inscrita se habrá traspasado el dominio del bien inmueble al comprador.

1.3 LA CONTRATACIÓN TELEMÁTICA

1.3.1 DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS

Antes de entrar a la definición, es necesario indicar que el Internet⁸⁷ no se concibió como un medio para realizar transacciones económicas, sino que más bien tenía un objetivo de comunicación, pero a partir de 1991 se empieza a utilizarla con fines económicos desarrollando procesos de contratación, originando lo que se ha denominado como contratación telemática.

La contratación telemática permite el intercambio de todo tipo de datos, de información y de servicios conducidos a través de cables de cobre trenzado, ondas, satélites, fibra óptica, etc., denominados redes, los cuales desembocan en un modem o puerto para así desplazarse al ordenador. Este procedimiento hace posible la interacción telemática entre las personas.

⁸⁵ Ya que se sirve de tramitadores que trabajan en dependencia de la notaría

⁸⁶ En la práctica el único pago a cargo del vendedor es el del formulario de plusvalía

⁸⁷ Según la Internet Society "Internet es una red global de redes que posibilita a computadoras de todo tipo comunicarse en forma directa y transparente y compartir servicios a través de la mayor parte del mundo" Devoto Mauricio. *Comercio electrónico y firma electrónica*. Buenos Aires, La ley, 2001, pág. 100 (en adelante obra cit.). En sí el Internet es la interconexión de redes por medio de computadoras que emplean el protocolo TCP/IP (Transfer Code Protocol/Internet Protocol), es decir, un lenguaje único para que las redes que lo componen se conviertan en una red heterogénea lógica.

Este tipo de contratación es una subdivisión de la contratación electrónica, que abarca todo tipo de espacio electrónico, como puede ser: televisión, radio, teléfono, Internet, EDI.

Humberto Carrasco Blanc señala respecto a la contratación electrónica que son:

Aquellos actos jurídicos bilaterales o convenciones que tienen por objeto crear, modificar o extinguir derechos (y su correlativa obligación) y que se celebran a través de medios de comunicación y/o de medios informáticos⁸⁸.

Y se subdivide en contratación telemática y no telemática. “La primera es aquella contratación electrónica que se celebra por medios telemáticos (con intervención de ordenadores).”⁸⁹

Se puede definir a la contratación telemática como convenciones realizadas entre las partes para crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones a través de las redes, siendo el Internet el medio utilizado por primacía desde cualquier computador, **siempre que la ley no prohíba el uso de este medio telemático para la realización de tales convenciones.**

De la definición se desglosan las siguientes características:

- Son convenciones, ya que no se centra solamente en los contratos, es decir, que a más de crear derechos también puede modificarlos o extinguirlos por medio de actos jurídicos unilaterales o bilaterales en un negocio jurídico que constriñera unilateral o bilateralmente dependiendo del contrato. En la compraventa de bienes inmuebles el acto jurídico será bilateral al igual que el contrato que obligará a ambas partes por igual. Nosotros nos centraremos únicamente en la creación de derechos y obligaciones tanto del vendedor como del comprador, ya que ningún contrato modifica o extinguen los mismos.
- Se realizan principalmente a través del Internet, fundamentalmente en sus aplicaciones de correo electrónico y sitios web, el cual es el medio telemático por excelencia⁹⁰.

La Ley 67 claramente permite la contratación por medio telemático, pues en el Art. 2 otorga a los mensajes de datos⁹¹ igual validez jurídica que los documentos con soporte papel, y es ratificado en el Art. 6 disponiendo que:

⁸⁸ Carrasco Blanc Humberto Rolando, obra cit., págs. 88-90.

⁸⁹ Carrasco Blanc Humberto Rolando, obra cit., págs. 88-90.

⁹⁰ No se encuentra regulado pero la administración del Internet es llevada por varios organismos como la: Internet Society Association (ISOC), Internet Assigned Number Authority (ICANN), Internet Engineering Task Force (IETF), World Wide Web Consortium (W3C), Network Information Center (NIC), entre otras. En el Ecuador existe la página web: www.nic.ec para inscribir los nombres de las diferentes páginas web que una persona quiera constituir

⁹¹ Los mensajes de datos no es más que la información que se crea por medios electrónicos para que ésta pueda ser enviada por un mismo medio o archivada en soporte electrónico.

Cuando la ley requiera u obligue que la información conste por escrito, este requisito quedará cumplido con un mensaje de datos, siempre que la información que este contenga sea accesible para su posterior consulta”

La Ley 67 en su Capítulo II “De la contratación electrónica y telemática” no define ni a la contratación electrónica ni a la contratación telemática en su lugar establece la validez, perfeccionamiento y aceptación y jurisdicción de los contratos electrónicos.

Con lo cual, los mensajes de datos tienen plena validez para la contratación telemática que es principalmente celebrada a través de correo electrónico y aplicaciones web, pudiendo incorporar el chat y la webconferencia, tema que se tratará más adelante.

Cabe recalcar que la contratación telemática fuere cual fuere el ámbito de su aplicación, se someterá a las normas que regulen el negocio jurídico que se pretende realizar, por lo que aunque se contrate de forma tradicional, partes de la contratación se la podrá hacer con la aplicación de medios telemáticos, sin dejar atrás las restricciones en las que la ley no abre paso a la utilización de dichos medios, para lo cual la presencia física y la presentación y trámite en soporte papel se hacen indispensables a la hora de contratar⁹². Consecuentemente, la contratación analógica⁹³ y telemática no son diferentes, lo único que varía es el empleo de medios para la ejecución del negocio jurídico.

Otra forma de contratación por medios telemáticos es el Intercambio Electrónico de Datos (EDI) lo cual es una aplicación informática que permite transferir datos entre dos partes que comparten un igual sistema cerrado, es decir, que se maneja a través de un software que ambas partes posee⁹⁴.

⁹² Hoy en día se podría realizar partes de la contratación en forma telemática puesto que la ley lo permite siempre que los notarios y contratantes tengan su firma electrónica y su certificado respectivo y partes en forma presencial. La propuesta que se desarrollará en esta tesina se centra en utilizar los medios telemáticos en todo el proceso de contratación de compraventa de bienes inmuebles.

⁹³ Con contratación analógica nos referimos a la contratación tradicional que se ha desarrolla en modo presencial y con soporte papel sin la utilización de medios telemáticos, pero que lo plasmamos en la tesis para hacer comparación con dicho medio.

⁹⁴ De igual manera el EDI es un intercambio automatizados de datos, por lo que el software se ocupa de que el mensaje sea destinado a la persona, personas, departamento o unidades correspondientes.

Se diferencia con el correo electrónico ya que para éste se utiliza un formato libre textual de mensajes y es entre personas mas no entre aplicaciones informáticas.

Los elementos que constituyen el EDI son:

- medio de transmisión electrónico sin utilizar el despacho físico de la documentación
- formato estandarizado para los diferentes documentos
- directa comunicación entre las aplicaciones informáticas

El EDI es poco utilizado en la actualidad puesto que solo funciona si la parte con la que se va a contratar posee la misma aplicación informática y el formato de los documentos ya se encuentra estandarizado, por lo tanto limita a los usuarios. Clarke Roger. Electronic Data Interchange (EDI): an introduction. <http://www.rogerclarke.com/EC/EDIIntro.html>, 2001

Los documentos que se envían y recibes son previamente estandarizados de formato único como: facturas, órdenes de compra, etc.

1.3.2 CICLO CONTRACTUAL

Toda contratación cualquiera que fuere su tipo se basa en cuatro fases progresivas: la formación del consentimiento, la formalización, la entrega y el pago. Por tanto la contratación telemática debe asentarse y desarrollarse dentro de las fases antes mencionadas.

1.3.2.1 LA FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO

La contratación tradicional de compraventa de bienes inmuebles, debe reunir los requisitos de validez que manda el Código Civil los cuales se analizaron anteriormente, que son: capacidad, consentimiento, objeto lícito y causa lícita; además de las solemnidades que también se explicaron.

La identificación de las partes determinará la capacidad de las mismas, por lo que es el primer punto al celebrar el contrato.

En la contratación analógica, la identificación la componen los nombres y apellidos de las personas inscritas en el Registro Civil. El identificador de las partes es su respectiva cedula de ciudadanía. Por tal motivo, en todo acto jurídico es necesaria la presentación de dicho documento, para no caer en el error de personas y viciar el consentimiento.

Pero en una contratación telemática de compraventa de bienes inmuebles, ¿cómo se puede identificar tanto al oferente como al destinatario de la oferta, para poder tener la tranquilidad de saber que estamos formando un contrato con la persona quien dice ser?, ya que este tipo de contratación se realiza entre desconocidos.

Es aquí donde juega un papel importante la firma electrónica con tratamiento criptográfico asimétrico⁹⁵, no siendo la única forma de identificación, pero sí la más segura, la cual es otorgada al usuario a través de una Certificadora de Información autorizada en el país, para que surta todo los efectos inherentes de la firma.

Con ello, la identificación de las partes nos permite conocer la procedencia de la manifestación de la voluntad y la autenticidad del contenido del mensaje de datos en el documento electrónico.

Nuestra Ley 67, establece el origen del mensaje de datos al expresar que:

Un mensaje de datos proviene de quien lo envía y, autoriza a quien lo recibe, para actuar conforme al contenido del mismo, cuando de su verificación exista concordancia entre la identificación del emisor y su firma electrónica⁹⁶,

⁹⁵ Aquella que se constituye de una clave privada y otra pública.

⁹⁶ Ley 67, R.O/Sup 557 de 17 de abril de 2002, art. 10 (en adelante cit.)

ya que cualquier persona puede conseguir una dirección electrónica *mail* aun sin ser honestos en cuanto su identidad, evitando así que se dé este punto de quiebre de inseguridad en la contratación.

Puesto que, y como veremos más adelante, para poder acceder a una firma electrónica esta debe ser contratada a una Certificadora de Información, la misma que sido autorizada al cumplir ciertos requisitos legales; la persona que quiera obtenerla deberá acercarse personalmente a la entidad, registrarse, dar conocimientos de todos sus datos personales, estableciendo su identidad.

Como siguiente paso es necesario el consentimiento de las partes, el cual se forma con la composición de dos actos jurídicos, el primero nace del oferente al enviar la oferta, y el segundo por el acto jurídico positivo del destinatario de la oferta. En base a lo antes expuesto y considerando las diversas teorías sobre el momento en que se perfecciona el consentimiento, en el caso de la contratación electrónica éste se establece cuando:

a) Teoría de la aceptación.- esta corriente sostiene que al aceptar la oferta el destinatario, se perfecciona el consentimiento, aunque el oferente no conozca de dicha aceptación.

b) Teoría de la expedición.- al momento que el aceptante envía su manifestación positiva por cualquier medio, sea este correo convencional, telefax, e- mail, etc.

c) Teoría de la recepción.- cuando la aceptación se encuentra en el correo o en posesión del oferente sin necesidad de que éste ya haya tenido conocimiento, esto quiere decir, "al entrar el mensaje de datos en un sistema de información del destinatario"⁹⁷.

d) Teoría de la información.- según esta teoría, existe perfección en el consentimiento cuando el oferente ha conocido la respuesta del destinatario o aceptante.

En Ecuador, el Código de Comercio determina que el consentimiento se perfecciona con la aceptación del destinatario, inmediatamente si fue una propuesta verbal o hasta 24 horas contadas a partir de la oferta si esta fue escrita, operando la teoría de la aceptación.⁹⁸

El lugar de envío y recepción de un mensaje de datos será el estipulado por las partes, o el domicilio legal o el que se encuentra en el certificado de la firma electrónica, a falta de estos será el lugar de trabajo o el del giro principal relacionado con el mensaje de datos⁹⁹.

⁹⁷ Fernández Rodolfo. *Contratación electrónica: La prestación del consentimiento en Internet*. Barcelona, J.M. Bosch Editor, 2001, pág. 66. (en adelante obra cit.)

⁹⁸ La oferta electrónica puede ser escrita y generalmente es así, o puede ser verbal en el caso que fuere hecha por el MSN Messenger o programas similares, en el que es posible que las partes se conecten, utilizando audífonos y micrófono pues se hablaría de un contrato entre presentes.

⁹⁹ Ley 67, cit., Art. 11, inciso c.

También establece que “la recepción, confirmación de recepción, o apertura del mensaje de datos, no implica aceptación del contrato electrónico, salvo acuerdo entre las partes”¹⁰⁰. Por lo tanto, es indispensable la aceptación expresa del destinatario de la oferta para que se forme el consentimiento, lo cual está acorde a lo expresado por el Código de Comercio.

Consecuentemente, en los contratos telemáticos también opera la teoría de la recepción, dado que los artículos antes mencionados hacen referencia a la perfección del consentimiento desde el punto de vista en que la aceptación de la oferta debe ser enviada al oferente y para tales efectos la ley expresa el momento del envío y el momento de la recepción¹⁰¹, dando lugar a la conclusión, que con la entrada de la respuesta positiva al sistema del oferente se dará por perfeccionado el consentimiento.

Barriuso Ruiz Carlos se inclina a la teoría de la recepción “en el buzón del oferente” puesto que “

emisión y recepción es instantánea en la contratación electrónica, pero evitando que el abrir o no el correo del oferente puede retrasarlo. Determinando como *facta concludentia* la llegada de la aceptación al buzón del oferente sin necesidad de abrirlo, ya que contiene información con el nombre del remitente y destinatario, la fecha y asunto de que trata el mensaje, por lo que permite conocer el contenido de la aceptación.¹⁰²

Humberto Carrasco Blanc define la oferta electrónica como:

Aquella declaración unilateral de voluntad que una persona realiza a través de medios de comunicación y/o medios informáticos invitando a otra persona a la celebración de una convención que quedará perfecta con la sola aquiescencia de ésta.¹⁰³

Con fines acordes a este trabajo, la definiremos como el acto jurídico unilateral de realizar un negocio jurídico (venta de un bien inmueble) a través de medios telemáticos, orientado hacia una o varias personas, para que acepten o no la propuesta (compra del bien inmueble).

En dicha oferta debe determinarse el contrato que se desea celebrar, al igual que especificar el bien inmueble y su precio, puesto que si no se deja en claro

¹⁰⁰ Ley 67, cit., Art. 46.

¹⁰¹ Cuando los mensajes de datos ya no se encuentran en el “sistema o red electrónica” del emisor, ese será el momento de envío de la oferta, y cuando dicho mensaje haya entrado al a) “sistema o red electrónica” señalada por el destinatario o, b) designe otro “sistema o red electrónica” y se “produzca la recuperación del mensaje de datos” o, c) si no señalo ningún lugar de recepción será cuando el mensaje haya ingresado a un “sistema o red electrónica” del destinatario “independientemente de haberse recuperado o no el mensaje de datos”; será en estos tres casos el momento de recepción del mensaje. Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos, cit., art. 11.

¹⁰² Barriuso Ruiz Carlos. *La contratación electrónica*. Madrid, Dykinson, 2006, pág. 197 (en adelante obra cit.)

¹⁰³ Carrasco Blanc Humberto, obra cit., pág. 131.

cuál es el negocio jurídico o se obviare alguna característica de tal objeto y el destinatario aceptare, los actos jurídicos podrían caer en error esencial o sustancial, respectivamente.

Con respecto a la aceptación, ésta debe ser pura y simple, es decir, que la oferta debe ser aceptada tal cual sin modificación alguna, puesto que se estaría realizando una contraoferta, una oferta nueva.

Esta aceptación debe ser dentro del plazo que señala la ley para que llegue a producir los efectos jurídicos concernientes de la oferta. Aunque existen dos hechos que pueden extinguir la oferta: la retractación y la caducidad, expresados en el Código de Comercio.

El lugar del perfeccionamiento es determinado por la aceptación ya que es ahí cuando se forma el consentimiento.

En cuanto a la jurisdicción a que deberían ser sometidas las partes en caso de alguna controversia del contrato, la Ley 67 manda que sea la estipulada en el contrato, a falta de ésta se debe remitir al Código de Procedimiento Civil, siempre que el contrato no esté sometido a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, en cuyo caso se determinará como domicilio el del consumidor o usuario¹⁰⁴. El inciso segundo del artículo 47 de la Ley 67 nos habla de una solución de conflictos alternativa acorde y en complementación a la naturaleza telemática como es el caso de la *mediación o arbitraje por medios telemáticos*, condicionalmente a casos que permitan este tipo de intervención conforme a las normas del arbitraje.

Una vez aceptada la oferta y conocida la respuesta positiva por el oferente, se proseguirá a redactar el contrato con todas sus cláusulas y deberá tener lo que en la oferta constaba sin alterar o modificar nada¹⁰⁵.

En los contratos consensuales y en algunos reales la oferta y la aceptación escrita servirá como medio de prueba, en el segundo tipo de contrato cuyo perfeccionamiento será al entregar el bien mueble puede ser celebrado totalmente con el uso de medios telemáticos en ciertos casos como el mutuo.

1.3.2.2 LA FORMALIZACIÓN

La figura del notario como tercero de confianza, imparcial, profesional, delegado del Estado se hace presente en esta fase de contratación y es aquí donde los contratos solemnes se perfeccionan.

¹⁰⁴ “En caso de controversias las partes se someterán a la jurisdicción estipulada en el contrato; a falta de ésta, se sujetarán a las normas previstas por el Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano y esta ley, siempre que no se trate de un contrato sometido a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, en cuyo caso se determinará como domicilio el del consumidor o usuario” Ley 67, cit., Art. 47 inciso 1.

¹⁰⁵ En el caso de contratos consensuales el perfeccionamiento del contrato opera con la sola confluencia de la oferta y la aceptación, los cuales comúnmente se realizan por medios telemáticos. Por tanto el contrato escrito será adicional o por seguridad y voluntad de las partes.

En lo que respecta a la compraventa de bienes inmuebles es necesario para su perfeccionamiento el otorgamiento del justo título que es la escritura pública. Siendo la creación de la escritura pública el rol del notario en la formalización del contrato de compraventa de bienes inmuebles.

La Ley Notarial establece los pre-requisitos, los requisitos y el pos-requisito de la escritura pública.

Los pre-requisitos se encuentran determinados en el Art. 27 de la Ley Notarial, siendo aquellos los que el notario debe examinar antes de redactar la escritura pública y son:

1. La capacidad de los otorgantes;
2. La libertad con que proceden;
3. El conocimiento con que se obligan; y,
4. Si se han pagado los derechos fiscales y municipales a que está sujeto el acto o contrato.

Los requisitos son aquellos que debe contener la escritura pública de acuerdo al Art. 29 de la Ley Notarial, los cuales son (Anexo 1)¹⁰⁶:

- 1.- El lugar, día, mes y año en que se redacta, y también la hora si el notario lo estima conveniente;
- 2.- El nombre y apellido del notario autorizante y el del cantón donde ejerce;
- 3.- El nombre y apellido de los otorgantes, su nacionalidad, estado civil, edad, profesión u ocupación y domicilio;
- 4.- Si proceden por sí o en representación de otros, y en este último caso se agregarán o insertarán los comprobantes de la capacidad;
- 5.- La circunstancia de haber intervenido un intérprete nombrado y juramentado por el notario, cuando alguna de las personas que intervienen ignora el idioma castellano;
- 6.- La fe de conocimiento de los otorgantes, de los testigos y del intérprete cuando intervengan;
- 7.- La comprobación de la identidad de las personas por dos testigos vecinos y conocidos o que porten con sus cédulas de identidad, si el notario no tiene conocimiento anterior alguno de los interesados y no le hubieren presentado la cédula de identidad, en caso contrario se anotará el número de ésta;

¹⁰⁶ Escritura pública de compraventa de un bien inmueble resaltando los requisitos que establece la Ley Notarial para su validez.

8.- La exposición clara y circunstanciada del acto o contrato convenido, sin que pueda usarse de números, signos o abreviaturas;

9.- Las circunstancias de haber concurrido al otorgamiento dos testigos idóneos, si el notario lo estimare conveniente o si alguno de los otorgantes lo solicitare, cuyos nombre, apellidos y domicilio deben expresarse en el instrumento;

10.- La fe de haberse leído todo el instrumento a los otorgantes, a presencia del intérprete y testigos cuando intervengan; y,

11.- La suscripción de los otorgantes o del que contraiga la obligación si el acto o contrato es unilateral, del intérprete y los testigos si lo hubieren, y del notario, en un solo acto, después de salvar las enmendaduras o testaduras si las hubiere.”.- “Al momento de la firma de la escritura, se manifiesta el consentimiento de los otorgantes¹⁰⁷

Y el pos-requisito podemos observarlo en la definición de escritura pública en el Art. 26 de la Ley Notarial, al expresar que:

La escritura pública es el documento matriz que contiene los actos y contratos o negocios jurídicos que las personas otorgan ante notario y que éste autoriza e incorpora a su protocolo.

Así, después de que el notario haya cumplido con los requisitos del Art. 29 de la Ley Notarial sobre el contenido de la escritura pública, ésta tendrá que ser incorporada al protocolo del notario, que no es otra cosa que un libro constituido por todas las escrituras matrices y los documentos públicos o privados autorizados por el notario.

Consecuentemente, a los contratantes se les otorga copias certificadas de la escritura matriz.

El notario cumple con un doble papel al ser delegado del Estado, que tiene la facultad de dar fe pública de todo lo que llega a conocer, por lo que llega a convertirse en autor al autorizar determinados documentos; y en asesor al ser profesional de Derecho, puesto que deberá analizar si los diferentes negocios jurídicos que solemnizará se encuentran dentro del marco legal.

La formalización de los contratos y el papel del notario en la contratación telemática se analizarán detalladamente en el Capítulo II.

1.3.2.3 LA ENTREGA

Los contratos reales se perfeccionan en esta fase al transferir el dominio a través de la tradición, que consiste en la entrega del bien por parte del dueño a

¹⁰⁷ Pérez Fernández del Castillo, obra cit., pág. 116.

otra persona, “habiendo, por una parte, la facultad e intención de transferir el dominio, y por otra, la capacidad e intención de adquirirlo”¹⁰⁸

Pero en los contratos solemnes después de perfeccionado el contrato, con la escritura pública inscrita en el Registro de la Propiedad se procede a la entrega de la cosa, ya que para la tradición es indispensable un título traslativo de dominio, que en este caso es la escritura pública de compraventa del bien inmueble.

Además, el Art. 695 del Código Civil determina que “si la ley exige solemnidades especiales para la enajenación, no se transfiere sin ellas el dominio”, siendo necesario el justo título de la compraventa de bienes inmuebles para la transferencia de la propiedad al comprador, ya que es el justo título el que da nacimiento a las obligaciones tanto del vendedor como del comprador.

Así, la tradición de bienes inmuebles se efectuará por la inscripción del título en el Registro de la Propiedad del cantón donde se sitúa el bien, pero si perteneciere a varios cantones se deberá inscribir en cada uno de esos cantones o si en un título existieren dos o más inmuebles se los deberá inscribir en los registros cantonales donde se encuentran los bienes o si se adjudica a varias personas el inmuebles por un acto de partición, cada parte adjudicada se deberá inscribir en el Registro de la Propiedad del cantón donde estuviere dicha parte.¹⁰⁹

La entrega del bien inmueble se trató con mayor profundidad en el numeral 1.2.2.4 de las “obligaciones del vendedor” por ser una de las principales obligaciones, complementando el análisis con esta fase.

Dentro de la contratación telemática se evidencia ejemplos de legislaciones como la española que ha conectado todas las notarías con el Consejo General de Notariado y todos los registros con el Colegio de Registradores, éstas dos grandes instituciones se encuentran interconectada con el objetivo de hacer realidad la inscripción del inmueble por medios telemáticos.

Es así que las conexiones son: Notarías- Consejo General de Notariado- Colegio de Registradores – Registros.

En nuestra legislación, ningún cuerpo dispone la interconexión de éstas dos importantes entidades, por lo que se presume que dichos trámites se deberán

¹⁰⁸ Código Civil, cit., Art. 686.

¹⁰⁹ “La inscripción del título de dominio y de cualquier otro de los derechos reales mencionados en el artículo precedente, se hará en el registro del cantón en que esté situado el inmueble; y si éste, por su situación, pertenece a varios cantones, deberá hacerse la inscripción en el registro de cada uno de ellos.

Si el título es relativo a dos o más inmuebles, deberá inscribirse en los registros cantonales a que, por su situación, pertenecen los inmuebles.

Si por un acto de partición se adjudican a varias personas los inmuebles o parte de los inmuebles que antes se poseían proindiviso, el acto de partición, en lo relativo a cada inmueble o cada parte adjudicada, se inscribirá en el cantón o cantones a que por su situación corresponda dicho inmueble o parte” Código Civil, cit., Art. 703.

hacer como se lo ha venido haciendo, en presencia física y yendo de una oficina a otra.

1.3.2.4 EL PAGO

El comprador al efectuar el pago del bien inmueble extingue dicha obligación, lo cual generalmente se lo hace después de que se le entrega la copia autorizada de la escritura pública para que sea inscrito el inmueble en el Registro de la Propiedad.

El pago debe hacérselo el comprador o quien actué a su nombre, al vendedor en el lugar designado en el contrato; si no se ha estipulado será en el lugar donde se encuentre el inmueble.

Se ha desarrollado esta fase tanto en numeral 1.2.2.2 sobre “el precio” como en el numeral 1.2.2.5 de las “obligaciones del comprador”.

No olvidemos que el máximo objetivo de la contratación telemática es utilizar en todo el proceso tales medios, sin desplazarse ni utilizar como soporte el papel. Por tal motivo y en acuerdo de las partes el pago debería realizárselo a través de transacción bancaria o con tarjeta de crédito abonando el pago a la cuenta del vendedor.

1.3.3 ELEMENTOS DEL CONTRATO TELEMÁTICO

1.3.3.1. MENSAJES DE DATOS Y DOCUMENTO ELECTRÓNICO

Los mensajes de datos se encuentran definidos en la Ley 67, disposición general novena como:

Toda información creada, generada, procesada, enviada, recibida, comunicada o archivada por medios electrónicos, que puede ser intercambiada por cualquier medio.

Encontramos que la definición es globalizada, ya que abarca todo tipo de medio electrónico para la elaboración de la información, por lo que la misma disposición enumera ejemplificativamente cuales son los mensajes de datos, entre ellos: “documentos electrónicos, registros electrónicos, correo electrónico, servicios web, telegrama, télex, fax e intercambio electrónico de datos”¹¹⁰.

Como podemos observar la Ley 67 hace referencia a que los documentos electrónicos son un tipo de mensajes de datos, cuando en sí, los documentos electrónicos se conforma de mensajes de datos, es decir, de información.

Mauricio Devoto dice que “el documento digital es simplemente una secuencia informática de bits (unos y ceros) que puede presentar cualquier tipo de información.”

¹¹⁰ Ley 67, cit., disposición general novena.

La Ley de Firma Electrónica de España en su Art. 3 dice: “Se considera documento electrónico el redactado en soporte electrónico que incorpore datos que estén firmados electrónicamente”

Nosotros estamos de acuerdo que los mensajes de datos forman parte del documento electrónico, ya que para constituir el documento electrónico es necesario que se componga de información, es decir, de mensajes de datos.

Una vez aclarada la diferencia entre mensaje de datos y documento electrónico, nos centraremos en cada uno de ellos por separado.

1.3.3.1.1 Mensaje de Datos

Los mensajes de datos están sujetos a dos principios fundamentales que establece la Ley 67 en los Arts. 2 y 5, que son: el de no discriminación y confidencialidad, respectivamente.

El primer principio se encuentra expresado a lo largo de la Ley 67 con el fin de otorgar a los mensajes de datos un valor jurídico igual al de los tradicionales sobre papel¹¹¹, especialmente en el Art. 2 *ibídem*.

Por lo tanto,

cuando la ley requiera u obligue que la información conste por escrito, este requisito quedará cumplido con un mensaje de datos, siempre que la información que este contenga sea accesible para su posterior consulta¹¹²,

esto es, que en cualquier momento las partes pueden acceder a dicha información o bien recuperarla. El Art. 3 del Reglamento de la Ley 67 determina lo que se entiende por acceder a posterior consulta, lo cual es:

- Cuando ha sido creada en lenguaje electrónico/informático y puede ser guardada en el mismo lenguaje, siempre que sea entendible por las partes, pudiendo éstas, recuperar su contenido en cualquier momento y utilizando el mecanismo acordado por ellas.
- Cuando para recuperar la información se ha empleado el mismo mecanismo que se utilizó para recibir y almacenarlo, debiendo detallar tal mecanismo para precautelar el posterior acceso al mensaje de datos.

El segundo principio resguarda a todo tipo de información “cualquiera que sea su forma, medio o intención” y si fuere violentada mediante “intrusión electrónica, *transferencia legal* de mensaje de datos o violación del secreto

¹¹¹En la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de la CNUDMI encontramos que “no se negará efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos” CNUDMI. Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, art 5. Citado por Arregui Noboa María Fernanda. *La contratación por vía electrónica*. Quito, Tesis PUCE, 2004, pág. 93 (en adelante obra cit.)

¹¹² Ley 67, cit., art. 6.

profesional”¹¹³, se acogerá a las sanciones establecidas en el cuerpo legal referido en su Título V, Capítulo I; y en el Código Penal.

El contenido de los mensajes de datos es exclusivamente responsabilidad del titular de la información en determinados casos y salvo prueba en contrario, pues podría existir alterabilidad del mensaje una vez enviado por el emisor, por lo cual a través de medios electrónicos e informáticos técnicos se podrá comprobar la autoría por parte de un tercero de ese acto mal intencionado. Salvo que el mensaje de datos se encuentre firmado electrónicamente, en cuyo caso se presume que proviene de quien lo envía siempre y cuando exista concordancia entre la identidad del emisor y su firma electrónica, y autoriza a quien lo recibe a actuar conforme a su contenido, se entenderá que no fue creado por el titular de la firma electrónica cuando:

- El mismo dio aviso que el mensaje de datos no fue originado por él, este aviso deberá hacerlo antes de que el destinatario lo reciba o antes de que actué conforme a su contenido.
- Cuando el destinatario no hubiere hecho las verificaciones de la firma electrónica¹¹⁴ correspondientes o al hacerlo hizo caso omiso del resultado¹¹⁵.

Todo mensaje de datos debe ser conservado con el formato que se generó, envió o recibió y ser susceptible de comprobación sobre la integridad de su contenido desde el momento en que se lo creó por primera vez; determinando el origen, destino, fecha y hora lo cual proporciona la firma electrónica, para que pueda reemplazar a un documento con soporte papel conforme lo establece el Art. 7 de la Ley 67.

Los mensajes de datos enviados por cualquier medio pueden ser modificados a través del envío de otro mensaje, siempre y cuando el mismo sea enviado por el emisor original o un tercero con autorización de éste. Dado que si llegare a haber alteración en el mensaje original surgiría vicio al consentimiento y la nulidad del contrato, entiéndase que este hecho debería darse en el momento en que el emisor no tiene control del mensaje, es decir una vez enviado desde su servidor o correo electrónico o cualquier programa que hayan acordado las partes.

Podría ser que una vez aceptada la oferta, la parte vendedora envíe el contrato suscrito para que el comprador lo lea y suscriba también, al estar modificado y no acorde a lo que había aceptado el comprador; el vendedor podrá mandar la corrección por medio de otro mensaje de datos, para que ese sí sea suscrito por las partes y surta todos los efectos legales correspondientes.

1.3.3.1.2 Documento electrónico

¹¹³ Ley 67, cit., Art.5.

¹¹⁴ El modo de verificación de la firma electrónica se encuentra en el certificado respectivo del mismo. En el numeral 3.3.2 sobre “La firma electrónica y su certificado” se explicará detalladamente este procedimiento.

¹¹⁵ Ley 67, cit., Art. 10.

Podemos definir al documento común en forma amplia como “cualquier objeto que contiene una información con independencia de la naturaleza de su soporte, de su proceso de elaboración y/o de la forma”¹¹⁶. Siendo parte de esta genérica palabra, el documento electrónico.

Ahora bien, el documento electrónico se constituye por los mensajes de datos y la firma electrónica, este último asegura la integridad del mensaje de datos según el Art. 6 del Reglamento de la Ley 67.

La Ley antes mencionada no nos habla del documento electrónico, sino que lo hace solamente como una forma de mensajes de datos como vimos en el numeral 1.3.3.1.

Para que las partes entiendan el lenguaje del documento electrónico, se necesita de un programa traductor, aunque muchos de nosotros no tomemos en cuenta que se constituye por bits¹¹⁷ y al abrir el documento los mensajes de datos son transformados a nuestro lenguaje convencional para que entendamos lo que se encuentra plasmado.

Para entender mejor los elementos antes señalados, en forma didáctica e ejemplificativa podríamos decir, que la hoja de Word que se presenta en blanco con las palabras que vaya escribiendo sobre él son el documento electrónico, que deberá ser firmado para establecer la identidad de quien lo manda, además de otros parámetros, el cual al momento de guardarlo para conservar dicha información lo hacemos sobre un soporte electrónico.

Si no estuviere firmado el mensaje de datos no constituiría documento electrónico según expertos en el tema como Devoto y Barriuso, esto nos lleva a preguntarnos ¿un documento en soporte papel sería tal si no contuviera información ni conocimiento de su autoría?

El documento electrónico debe estar en armonía con la legislación vigente, esto quiere decir, que se debe incluir al documento electrónico en la Ley 67 como término genérico, estableciendo que tendrá que seguir las mismas reglas a las que se somete cualquier documento convencional de acuerdo a las leyes de las diferentes materias conforme a la validez de los actos jurídicos, para que surta plenamente los efectos jurídicos que emane el negocio jurídico que se celebró.¹¹⁸

Servirán como medio de prueba aquellos documentos que se hayan generado, creado, modificado, revocado de conformidad con la Ley 67; “para su valoración y efectos legales se observará lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil”¹¹⁹.

¹¹⁶ Casal Marcela Patricia y otros. *Seguridad en la contratación por medios electrónicos: Documento electrónico*. XXIV Jornada Notarial Argentina. (en adelante obra cit.)

¹¹⁷ Dígitos binarios

¹¹⁸ Kemper Ana María. *Seguridad jurídica en la contratación por medios electrónicos - Documento electrónico*. XXIV Jornada Notarial Argentina. (en adelante obra cit.)

¹¹⁹ Ley 67, cit., Art. 52.

Si no se emplea en el documento electrónico la firma electrónica, su valoración como prueba tendría el carácter de confesión extrajudicial escrita, puesto que difícilmente se podría conocer la procedencia y la identidad del emisor.

La Ley 67 determina que, para ser presentado como medio de prueba, el mensaje de datos debe haber mantenido su integridad y la parte que reputa la invalidez del mensaje deberá ser quien lo pruebe, ya sea que haya caído en algún vicio o los datos de la firma no sean los correctos o si la Certificadora de Información no cumple con los requisitos de seguridad al otorgar las firmas y el programa que utiliza no sea el adecuado, etc. Dando tratamiento a todo mensaje de datos como documento público, pues la parte que impugne de falso deberá probarlo¹²⁰, a diferencia de los documentos privados que la persona que lo presenta debe probar que es verdadero si la otra parte lo niega.

Al presentar ante cualquier tribunal o juez se tendrá que adjuntar el soporte informático, la transcripción en papel del documento electrónico, lo cual resulta ilógico que venga de una Ley que procura un acercamiento del Derecho con lo tecnológico, para agilizar y asegurar la práctica en este ámbito, construyendo un muro que no permite el avance hacia el objetivo de incorporar la informática, al mantener que será necesario un soporte tradicional sobre papel para que sea conocida por la justicia una controversia de contratación electrónica; tal vez pensando en que es más segura la conservación y protección del escrito en sus aglomerados archivos.

“La valoración de la prueba se someterá al libre criterio judicial”¹²¹, analizando siempre la fiabilidad de los medios que se utilizaron, pudiendo el juez designar peritos expertos en el tema para que lo orienten en el campo técnico.

1.3.3.2 FIRMA ELECTRÓNICA Y SU CERTIFICADO

Muchos especialistas han aludido diferentes posiciones acerca de la denominación entre firma electrónica y firma digital. Algunos optan por decir que el término firma electrónica es genérico, mientras que la firma digital es una especie del primero; y otros nos explican que “electrónico” se refiere a una tecnología específica, mientras que “digital” puede utilizar diferentes tecnologías, ya que la forma para tratar la información siempre será numérica, tanto que lo digital es lo contrario a analógico, como dice Hall “No hay nada más que ceros y unos”¹²². Lo antes mencionado responde al ámbito técnico.

Jurídicamente hablando las dos representan lo mismo, pero si revisáramos la Ley 67 teniendo como base el ámbito técnico con respecto a la denominación de firma electrónica, podemos observar que no se respeta el principio de

¹²⁰ “En caso de que algunas de las partes niegue la validez de un mensaje de datos, deberá probar, conforme a la ley, que éste adolece de uno o varios vicios que lo invalidan, o que el procedimiento de seguridad, incluyendo los datos de creación y los medios utilizados para verificar la firma, no pueden ser reconocidos técnicamente como seguros”. Ley 67, cit., art. 54, literal c, inciso 2.

¹²¹ Ley 67, cit., Art. 55.

¹²² Citado por Devoto Mauricio. *Comercio electrónico y firma digital*. Buenos Aires, La ley, 2001, pág. 168 (en adelante obra cit.)

neutralidad tecnológica, puesto que lo “electrónico” solo emplea una tecnología específica.

Para efectos de este trabajo nos regiremos al término de firma electrónica en su denominación jurídica.

La firma electrónica, parte esencial de un mensaje de datos, es un mecanismo que muestra la identificación y la manifestación de la voluntad de quien envió el mensaje.

El Art. 13 de la Ley 67, la define como:

Los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, adjuntados o lógicamente asociados al mismo, y que pueden ser utilizados para identificar al titular de la firma en relación con el mensaje de datos, e indicar que el titular de la firma aprueba y reconoce la información contenida en el mensaje de datos.

De la definición dada por la Ley 67 observamos dos características de la firma electrónica:

- Identificar al titular; y,
- Vincular al titular con el contenido del mensaje enviado

Por tanto, aparece como una forma de seguridad tanto tecnológica como jurídica de las transacciones dentro del ámbito telemático, para que origine los mismos efectos de la firma manuscrita, los cuales según el notario Mauro Miccoli son:

a) de individuar de manera unívoca al autor (claramente en sentido jurídico y no en sentido material del exponente) del documento; b) comprobar que el autor, poniendo su propia firma acepta hacer suyos los efectos jurídicos del acto; c) evitar que el autor pueda aceptar algunas partes del documento y rehusar otras y que pueda, en otros términos, modificar el contenido del documento en su totalidad.¹²³

No podemos olvidar que la firma electrónica, si bien nos muestra el origen y la autoría del mensaje, también nos ayuda a conocer si hubo o no algún tipo de alteración en el mismo al igual que constriñe al titular a ejecutar las obligaciones emanadas en el contrato.¹²⁴

La firma electrónica tiene una duración indefinida. La Certificadora de Información revocará la firma electrónica del titular a voluntad del titular.

¹²³ Miccoli Mario. *Comercio telemático: Una nueva realidad en el campo del Derecho*. XXIV Jornada Notarial Argentina, pág. 2. (en adelante obra cit.)

¹²⁴ “Se presumirá legalmente que el mensaje de datos firmado electrónicamente conlleva la voluntad del emisor, quien se someterá al cumplimiento de las obligaciones contenidas, en dicho mensaje de datos, de acuerdo a lo determinado en la ley.” Ley 67, cit., Art.16.

Existe otras formas de extinción de la firma electrónica que la Ley 67 en su Art. 19 establece: la incapacidad legal o el fallecimiento del titular, disolución o liquidación de la persona jurídica o por causa judicialmente declarada, esta última por ejemplo en el caso que se compruebe que la firma fue utilizada por otra persona que no sea su titular. Y aunque el titular ya no posea la firma, igual tendrá que cumplir con las obligaciones que contrajo antes de la extinción.

El Art. 15 de la Ley 67 enumera los requisitos de la firma electrónica, los cuales son:

- Ser individual y estar vinculada exclusivamente a su titular;
- Que permita verificar inequívocamente la autoría e identidad del signatario, mediante dispositivos técnicos de comprobación establecidos por esta ley y sus reglamentos;
- Que su método de creación y verificación sea confiable, seguro e inalterable para el propósito para el cual el mensaje fue generado o comunicado;
- Que al momento de creación de la firma electrónica, los datos con los que se creare se hallen bajo control exclusivo del signatario, y,
- Que la firma sea controlada por la persona a quien pertenece.

Para que la firma electrónica cumpla con todos los requisitos antes mencionados será necesario basarla en una infraestructura de llave pública o PKI, ya que ofrece que:

1. La clave pública del usuario no ha sido alterada y corresponde de hecho a la clave privada del mismo usuario,
2. Se han utilizado buenas técnicas de codificación; y,
3. Se pueden confiar en las entidades que emiten las claves criptográficas¹²⁵

Además de:

4. Garantizar la veracidad de los datos obtenidos del usuario a través de la entidad de registro.

La infraestructura de una PKI responde a tres niveles:

1. Una entidad principal que regula, autoriza y registra a las entidades certificadoras, las tecnologías que utilizan en la emisión y la emisión misma de los certificados. En Ecuador este papel es desarrollado por el

¹²⁵ Devoto Mauricio, obra cit., pág. 172.

Consejo Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL)¹²⁶ basándose en los informes técnico, legal y económico-financiero que le entrega la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones (SENATEL)¹²⁷. Dentro de éste nivel se encuentra además la Superintendencia de Telecomunicaciones como órgano de control, al velar por la libre competencia y la no competencia desleal, al igual que vigilar el desenvolvimiento técnico de las Certificadoras.

2. Entidades de Certificación, las cuales emiten la firma electrónica y su certificado respectivo, además garantizan que la clave pública corresponde a la clave privada del mismo usuario. Éstas son las Certificadoras de Información y Servicios Relacionados establecidas en el Art. 29 de la Ley 67 pudiendo ser empresas unipersonales o personas jurídicas¹²⁸, pero no dice si deben ser públicas o privadas, por lo que presumimos que pueden ser ambas o inclusive mixtas las que puedan prestar este servicio, defendiendo así el principio de la libre competencia; y,
3. Entidades Locales de Registro que comprueban y verifican la identidad del posible usuario. La Ley 67 manda que sean las Certificadoras de Información las que hagan este trabajo, y la Reforma al Reglamento de la Ley 67 expresa que las Certificadoras de Información podrán delegar esta función a los Terceros Vinculados; mientras que, en otras legislaciones como la española, los notarios son quienes la ley les ha atribuido este deber. Tiene mayor relevancia en la concesión de firmas electrónicas a los notarios como veremos en el Capítulo II.

Aunque el Reglamento de la Ley 67 aboque el principio de neutralidad tecnológica en su Art. 10 al no restringir “la autonomía privada para el uso de otras firmas electrónicas generadas fuera de la infraestructura de llave pública”, es la única infraestructura que nos brinda las seguridades y cumple con todos los requisitos del Art. 15 de la Ley 67.

¹²⁶ Ley 67, Art. 37: “El Consejo Nacional de Telecomunicaciones “CONATEL”, o la entidad que haga sus veces, será el organismo de autorización, registro y regulación de las entidades de certificación de información acreditadas”

¹²⁷ Procedimiento de acreditación “La solicitud será presentada ante la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones, la que dentro del término de 3 días procederá a publicar un extracto de la misma en su página WEB institucional.

Dentro del término de 15 días, la SENATEL remitirá al CONATEL los informes técnico, legal y económico-financiero en base a la documentación presentada.

El CONATEL, dentro del término de 15 días, resolverá el otorgamiento de la acreditación. Copia de la resolución de acreditación será remitida a la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones dentro del término de 2 días, a fin de que ésta dentro del término de 5 días, realice la inscripción en el Registro Público Nacional de Entidades de Certificación de Información y Servicios Relacionados Acreditadas y Terceros Vinculados y efectúe la notificación al peticionario.” Reforma al Reglamento General de la Ley 67, decreto 1356, R.O N°440 de 6 de octubre de 2008, Art. innumerado.

¹²⁸ Presumimos que con “personas jurídicas”, la ley se refiere tanto a compañías anónimas como limitadas.

En la actualidad se utiliza la firma electrónica con criptografía asimétrica, ya que es el método que brinda mayor seguridad, pues se compone de dos llaves una pública y otra privada que son otorgadas por una Certificadora de Información.

La llave pública es conocida por todos, por lo que al enviar el mensaje a determinada persona, ésta ya tiene conocimiento de la llave pública por medio de las listas que publica la Certificadora de Información o por el certificado de la firma electrónica que es adjuntado al documento electrónico, y su función es descifrar el mensaje que le fue enviado.

La llave privada solo es de conocimiento del titular, por lo que es intransferible y debe mantenerse en secreto, siendo responsabilidad del titular el mal uso de su firma, al respecto la Ley 67, Art. 17 literal b) establece como obligación del titular

actuar con la debida diligencia y tomar las medidas de seguridad necesarias, para mantener la firma electrónica bajo su estricto control y evitar toda utilización no adecuada.

Si otra persona hiciere uso de una firma que no le pertenece, obligará al titular en la contratación, siempre y cuando el titular no haya tenido la mínima seguridad en que su llave privada fuere conocida por un tercero, o si presumía que alguien estaba en posesión y no notificó a la entidad de Certificación de Información.¹²⁹

Ana María Kemper, define la llave privada como un

conjunto de datos únicos e inalterables generados en base a un procedimiento informático que garantiza su irreproducibilidad y confidencialidad, asignada a una persona natural o jurídica por una autoridad certificadora, y que está contenida electrónicamente en un medio físico, tal como una tarjeta inteligente u otros análogos;

y a la llave pública como un

conjunto de datos únicos e inalterables generados en forma simultánea con la llave privada, que se corresponden unívocamente a los datos contenidos en esta última, asignada por la autoridad certificadora a la misma persona natural o jurídica titular de la llave privada, y que es mantenida en un archivo¹³⁰.

La llave privada permite crear la firma electrónica, mientras que la llave pública verifica que el documento haya sido firmado por la llave privada del usuario de dicha llave pública.

¹²⁹ “El titular de la firma electrónica deberá: c) Responder por las obligaciones derivadas del uso no autorizado de su firma, cuando no hubiere obrado con la debida diligencia para impedir su utilización, salvo que el destinatario conociere de la inseguridad de la firma electrónica o no hubiere actuado con la debida diligencia” Ley 67, cit., Art. 17 literal e).

¹³⁰ Kemper Ana María, obra cit., pág. 4-5.

Ahora bien, el procedimiento de la firma electrónica es el siguiente (Anexo 2)¹³¹:

La persona A desea celebrar un contrato de compraventa de bienes inmuebles con B, ambos previamente han obtenido su llave privada y pública. A escribe su propuesta con las características del bien, su ubicación, el precio, forma de pago, etc., y aplica el *hash function*¹³², creando un resumen del mensaje, denominado *hash result*, éste lo encripta utilizando su llave privada y el resultado será la firma electrónica. Al recibir B la propuesta, deberá aplicar el *hash function* sobre el mensaje recibido, por lo que el *hash result* deberá ser compatible a la llave pública de A, para que el mensaje sea descifrado. Consecuentemente la llave privada está relacionada con la llave pública, ya que si no fuere posible descifrarlo será porque no se usó la llave privada del remitente o si el mensaje sufrió alguna manipulación, entonces no resultará compatible al *hash result*, imposibilitando la combinación de las llaves.

Si B acepta la propuesta de A enviara del mismo modo su respuesta.

Por otro lado, A podría codificar el mensaje con la llave pública de B, y éste descifrarlo con su llave privada. Consiguientemente el mensaje podrá haber sido enviado por cualquier persona y no específicamente por A.

Al codificar el mensaje según el primer ejemplo (llave privada) garantizará la autenticidad de la procedencia del documento.¹³³

Susana Nora Morgenstern, explica un procedimiento diferente sobre el empleo de la firma electrónica:

El emisor encripta su mensaje utilizando la llave pública del destinatario y firma con su llave privada. El destinatario desencripta el mensaje con su llave privada (recordemos que ésta complementa su llave pública); verifica la firma del emisor con la llave pública de éste y, si es del caso, firma con su llave privada.¹³⁴

No todos los especialistas en este tema están de acuerdo en el procedimiento de la utilización de la firma electrónica, como pudimos observar lo manejan de diferentes formas, pero siempre de acuerdo en la técnica que se emplea: criptografía asimétrica.

Muchos técnicos, sino son todos, concuerdan que sería complicado desencriptar una llave asimétrica, y si se diera traería consigo una acción penal.

¹³¹ Procedimiento gráfico de la firma electrónica

¹³² "Crea una representación digital (binaria) o forma comprimida del mensaje, a menudo conocido con el nombre de "digesto de mensaje" o "huella digital" del mensaje, en forma de un valor control o "resultado control" (*hash result*) de una longitud estándar que suele ser mucho menor que la del mensaje, pero que es no obstante esencialmente única al mismo" Citado por Devoto Mauricio, obra cit., pág. 170.

¹³³ Miccoli Mario, obra cit., pág. 4

¹³⁴ Morgenstern Susana Nora. *Seguridad en la contratación por medios electrónicos: Documento electrónico*. XXIV Jornada Notarial Argentina (en adelante obra cit.).

Al no discriminar a ninguna firma electrónica, como principio que establece la Ley 67, existe una forma que garantiza la procedencia, ¿a quién pertenece?, ¿cuál es su profesión habitual? , etc.; es el certificado que se adjunta en cada transacción de documentos electrónicos, que lo otorga una Certificadora de Información autorizada por el CONATEL.

Cualquier persona para acceder a una firma electrónica debe acercarse personalmente a contratar con la Certificadora de Información, por lo tanto, se asegurará que los datos que le proporcione el futuro titular de una firma electrónica sean los verdaderos.

Aunque habíamos observado que la firma electrónica no tiene término de duración, el certificado de la misma tiene duración de dos años, por lo tanto, al terminar el periodo del certificado es lógico que también termine la vida de la firma, puesto que no tendría el respaldo de seguridad emitido por la Certificadora de Información, la que dará certeza a la otra parte que celebre de la procedencia o autoría de la firma y a su vez de la propuesta.¹³⁵

En Ecuador, el Banco Central es la única Certificadora de Información autorizada por el CONATEL mediante resolución N° 481-20-2008 de 8 de octubre de 2008. Tiene por finalidad prestar servicios de certificación y acordes a la firma electrónica a personas naturales, personas jurídicas y funcionarios públicos.

El Banco Central actúa como Autoridad de Certificación y Tercero Vinculado.

El procedimiento para la emisión del certificado digital y la firma electrónica se encuentra en el Anexo 3¹³⁶.

El Art. 22 de la Ley 67 dispone que los certificados emitidos por la Entidad Certificadora de Información reúnan los siguientes requisitos:

1. Identificación de la entidad de certificación de información;
2. Domicilio legal de la entidad de certificación de información;
3. Los datos del titular del certificado que permitan su ubicación e identificación;
4. El método de verificación de la firma del titular del certificado;
5. Las fechas de emisión y expiración del certificado;
6. El número de serie que identifica el certificado;
7. La firma electrónica de la entidad de certificación de información;

¹³⁵ Reglamento a Ley 67, R.O. 735 de 31 de diciembre de 2002, art. 11. (en adelante cit.)

¹³⁶ Declaración de Prácticas de Certificación del Banco Central como Certificadora de Información

8. Las limitaciones o restricciones para los usos del certificado; e,
9. Los demás señalados en esta ley y los reglamentos

Entonces un contrato telemático se constituye por el mensaje de datos, la firma electrónica y el certificado de la firma, son esos tres elementos los que podrá hacer posible:

1. Expresar la propuesta y la aceptación
2. Identificar al emisor de la propuesta
3. Otorgar seguridad en la transacción, pues será difícil que un hacker pueda descifrar la llave privada, y más aun si se ha aplicado métodos complementarios como huella digital.
4. Ratificar la procedencia de la firma, convirtiendo en legal todos los negocios jurídicos celebrados por las partes, ya que ha sido otorgada por una Certificadora de Información legalmente autorizada a funcionar por el CONATEL, y controlada por la Superintendencia de Telecomunicaciones.

1.4 CIERRE DE CAPÍTULO

Lo expresado en el Capítulo 1 nos muestra inminentemente que la compraventa de bienes inmuebles es un contrato solemne, que requiere de ciertas formalidades que la ley manda, para que surta efectos las declaraciones de las voluntades de los contratantes a la luz del Derecho; por lo que si se llegare a implementar medios telemáticos para la instrumentación de dicho negocio jurídico, será necesario resguardarlo con seguridades tanto técnicas como jurídicas, las segundas se encuentran desarrolladas en la Ley 67, dando plena validez a este tipo de contratación, puesto que ha incorporado los mensajes de datos y las firmas electrónicas.

Es necesario recalcar que el negocio jurídico de compraventa de bienes inmuebles es el mismo, lo único que cambia es el modo como se solemnizará dicho contrato, dado que, en cuanto a capacidad, consentimiento, objeto lícito, causa lícita y solemnidades respectivas de la compraventa de bienes inmuebles siguen siendo las mismas, únicamente será indispensable desarrollar un marco jurídico que incorpore los medios telemáticos para el perfeccionamiento del negocio jurídico antes mencionado, tomando en cuenta la Ley 67.

CAPITULO II

2. LA GESTIÓN NOTARIAL EN EL ECUADOR FRENTE A LOS DESAFÍOS ACTUALES

2.1 LOS NOTARIOS

“Son los funcionarios investidos de fe pública para autorizar, a requerimiento de parte, los actos, contratos y documentos determinados en las leyes”¹³⁷ “y dar fe de la existencia de los hechos que ocurran en su presencia. El ejercicio de la función notarial es personal, autónoma, exclusivo e imparcial”¹³⁸, lo que implica que no puede ser realizado por otra persona que no sea la calificada para tal servicio, desempeñando sus funciones en la notaría del cantón para el que fue nombrado, siendo un tercero de confianza que vela por los derechos de cada uno de los otorgantes rigiéndose en base a su propia norma (Ley Notarial) en armonía con la Constitución y el COFJ¹³⁹.

Cabe resaltar que en la definición de la Ley Notarial no se aclara, que el notario es un funcionario público, pero el COFJ define que el servicio notarial es una función pública, dándole al notario el carácter de funcionario público¹⁴⁰.

Los notarios son delegados del Estado, por eso están investidos de fe pública notarial, y sea que forme parte o no de una de las Funciones del Estado, eso no cambia el hecho de que representan desde siempre al Estado en materia notarial. Aunque no reciban un presupuesto de la Función Judicial, dado que el Art. 304 del COFJ determina que el notario deberá costear los costos de administración de la notaría, su remuneración y las obligaciones con su personal, con la recaudación directa de las tasas notariales que realiza. Empero, el Estado participará de los ingresos brutos percibidos por la notaría.

En la Constitución de 1998, los notarios no formaban parte de la Función Judicial; según el Art. 178 inciso cuarto de la actual Constitución, constituyen un órgano auxiliar de la Función antes mencionada. Así pues, el COFJ en su Art. 38 numeral quinto ya nombra a los notarios como parte de esta Función y determina que el CJ fijará su remuneración, la cual será pagada con los ingresos de la notaria y de igual manera velará por el eficiente y coordinado funcionamiento de las notarías, siendo órgano de gobierno, administración,

¹³⁷ Art. 6, Ley Notarial, R.O. 158 de 11 de noviembre de 1966 (en adelante cit.).

¹³⁸ Art. 296 del Código Orgánico de la Función Judicial publicado en el Registro Oficial 544 del 09 de marzo de 2009 (en adelante cit.)

¹³⁹ Los notarios son quienes a través de un concurso de oposición y merecimientos tomarán a su cargo determinada notaria, para verificar y ratificar que los negocios jurídicos que se celebren, sean estos documentos públicos o privados, gocen de validez y veracidad; pues tiene que asegurarse, mediante los documentos que se adjuntan a la minuta de compraventa de bienes inmuebles (o cualquier otro contrato o convención); la existencia de la persona, del bien; si existe poder, de la autorización que se le otorga a la tercera persona; etc.

¹⁴⁰ Algunos notarios no concuerdan en que sean funcionario públicos ya que sino mas bien asesores que solemnizan acuerdos .Ricardo Cubines. En Colombia no funcionó la estatización del servicio notarial. El Universo, 5 de julio de 2008, <http://www.eluniverso.com/2008/07/05/0001/8/BA0C0C526B5A44F8B4C70930DCB63C3B.html>

vigilancia y disciplina de la Función Judicial¹⁴¹, considerándose el CJ jerárquicamente superior a las notarías y son quienes seguirán fijando las tasas notariales¹⁴².

Antes de la vigencia del COFJ, la Ley Notarial establecía que el número de notarios en cada cantón sería determinado por la Corte Suprema de Justicia en base a un informe anual realizado por la Federación Ecuatoriana de Notarios y previo concurso de oposición la Corte Superior nombraría a las personas más calificadas para ingresar al servicio notarial.

El nombramiento de los notarios cambia rotundamente, pues en el Art. 276 del COFJ, se encuentran las funciones de la Comisión de Asuntos Relativos a los Órganos Auxiliares perteneciente al CJ, entre las que se encuentra la organización del concurso de oposición y merecimientos, debiendo remitir un informe al Pleno del CJ, el que realizará los nombramientos.

Creemos que la investidura de la fe pública seguirá siendo la misma estipulada en el Art. 10 de la Ley Notarial que dispone que la persona nombrada para ocupar el cargo, se investirá de fe pública, de ese poder que la ley otorga, cuando el Presidente de la Corte Superior¹⁴³ lo discerniere y así el Presidente de la Corte Suprema¹⁴⁴ ordene la publicación en el Registro Oficial. Después de investido el notario deberá registrar su firma, rúbrica y sello oficial en la Secretaria de la Corte del Distrito¹⁴⁵; puesto que el Art. 298 del COFJ dice que:

las disposiciones contenidas en este Código relativas a la convocatoria, calificación, selección, impugnación, formación inicial y nombramiento para el ingreso a las diferentes carreras de la Función Judicial, se aplicarán en lo que sea pertinente al ingreso al Servicio Notarial,

no haciendo alusión a la investidura de fe pública.

El notario tiene competencia dentro del cantón para el que fue nombrado, no pudiendo ejercer funciones fuera de él; esto es, en la notaría para la cual se lo designó, pudiendo tener su excepción en el Art. 16 inciso tercero de la Ley Notarial, al establecer que si estuviere vacante una notaría y no existiera

¹⁴¹ Art. 254 COFJ "El Consejo de la Judicatura es el órgano único de gobierno, administración, vigilancia y disciplina de la Función Judicial, que comprende órganos jurisdiccionales, órganos administrativo, órganos auxiliares y órganos autónomos... *En ningún caso, el Consejo de la Judicatura se considerará jerárquicamente superior no podrá atentar contra la independencia para ejercer las funciones específicas de las juezas y jueces, de las y los fiscales y de las defensoras y defensores públicos.*"

¹⁴² Art 264 COFJ "Al pleno le corresponde:

13. Fijar y actualizar, previo informa de la Comisión de Asuntos Relativos a los Órganos Auxiliares, las tasas notariales que serán pagadas por los usuarios de los servicios notariales;"

¹⁴³ La Constitución actual deja sin existencia a la Corte Superior de Justicia y crea las Corte Provinciales de Justicia, conforme al Art.178 numeral segundo.

¹⁴⁴ La Constitución actual deja sin existencia a la Corte Suprema de Justicia y crea la Corte Nacional de Justicia, conforme al Art.178 numeral primero.

¹⁴⁵ Ley Notarial, cit., Art. 10 inciso segundo. Deberá ser registrado en la Secretaria de la Corte del Distrito en donde va a funcionar la notaría.

subrogante para que ejerza el cargo hasta que la Corte Superior nombre a un notario interino, encargará el despacho a otro notario del cantón.

2.1.1 FE PÚBLICA

Edgar Pazmiño expresa que:

El notario es un funcionario público independiente y autónomo que investido de fe pública redacta, formaliza y autoriza el documento llamado escritura pública; que recoge el acto, contrato o negocio jurídico encargado por las partes.¹⁴⁶

Víctor Hernández define a la fe pública como la:

presunción legal de veracidad respecto a ciertos funcionarios a quienes la Ley reconoce como probos y verdaderos, facultándoles para darla a los hechos y convenciones que pasan entre los ciudadanos¹⁴⁷.

Al otorgar fe pública¹⁴⁸, el negocio jurídico que se está realizando acoge la solemnidad requerida por la ley.

Esta fe pública notarial, según Eduardo Gutiérrez del Solar, se encuentra dentro de la fe pública extrajudicial y ésta a su vez de la fe pública especial, limitando en el Derecho público a la gestión notarial.¹⁴⁹

Esta fe plasmada en papel se independiza, por decirlo así, de su autor; el documento cobra vida propia y por si mismo produce los efectos que se persiguen¹⁵⁰

Al necesitar cumplir con la solemnidad que manda la ley, los contratos de compraventa de bienes inmuebles emanarán sus efectos en el momento que el notario lo estampe de fe pública con su firma, rúbrica y sello, cubriéndolo de seguridad jurídica. A partir de ese acto, el contrato designará las obligaciones que correspondan a cada una de las partes, es decir, el comprador a pagar el precio y el vendedor a transferir el dominio de la cosa.

Consecuentemente, crea un lazo estrecho de confianza y tranquilidad entre los contratantes, pues el notario garantizará la actuación de cada uno. Pero, si se

¹⁴⁶ Pazmiño Pazmiño Edgar. *Manual de Derecho Notarial*. Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, 2004, pág. 20 (en adelante obra cit.)

¹⁴⁷ Hernández- Bieletto Víctor Paris. *El Derecho Notarial y sus perspectivas para el siglo XXI*. Citado por Logroño Veloz Hernán Paul e Isavina Vargas Marcia. *Apuntes de Derecho Notarial: Breve síntesis de la historia del notariado y comentario de algunas reformas a la Ley Notarial*. Riobamba, Pedagógica Freire, 2003, pág. 38 (en adelante obra cit.)

¹⁴⁸ "La fe del notario es pública porque proviene del Estado y porque tiene consecuencias que repercuten en la sociedad". Pérez Fernández del Castillo Bernardo. *Derecho Notarial*. México, Porrúa, 2002, pág. 172 (en adelante obra cit.)

¹⁴⁹ Giménez Arnau Enrique. *Introducción al Derecho*. Pág. 42. Citado por Pazmiño Pazmiño Edgar, obra cit., pág. 26

¹⁵⁰ Noguera Echeverri Gabriel. *Aspectos de la fe notarial*. Bogotá, Tesis Doctoral Pontificia Universidad Javeriana, 1973, pág. 50 (en adelante obra cit.)

llegare a incumplir alguna cláusula, el instrumento público será el máximo medio de prueba.

El notario se presta como espectador objetivo a los derechos y obligaciones de los contratantes, con la finalidad de asegurar los intereses de cada uno, ya que

su inteligencia se halla lista frente al documento para revisarlo, comparar y finalmente realizar el acto que da la categoría de instrumento público al documento que se le presenta¹⁵¹.

Debe entenderse la fe notarial como:

una garantía que da el notario al Estado y al particular al determinar que el acto se otorgó conforme a derecho y que lo relacionado en él es cierto, proporcionando así seguridad jurídica.¹⁵²

La mayor importancia de la fe notarial exclusivamente en el contrato de compraventa de bienes inmuebles es elevarlo a escritura pública, puesto que si no se realiza esta solemnidad que la ley dispone para que produzca sus efectos, se reputará inexistente el contrato, es decir, no nacerá a la vida jurídica.

2.1.2 ATRIBUCIONES Y DEBERES

2.1.2.1 ATRIBUCIONES

Las atribuciones enumeradas en el Art. 18 de la Ley Notarial son de carácter ejemplificativo, puesto que también existen otras en diferentes leyes¹⁵³, sin embargo, nos centraremos únicamente en aquellas que están estrechamente relacionadas al tema de este trabajo, que son:

1.- “Autorizar los actos y contratos a que fueren llamados y redactar las correspondientes escrituras, salvo que tuvieren razón o excusa legítima para no hacerlo.”

El notario exigirá minuta firmada por un abogado, en donde se le pedirá que eleve a escritura pública el contrato que se celebra. Al redactar la minuta el notario no puede modificarla, extenderla o reformarla, sino que deberá transcribirla con fidelidad y exactitud.

Al utilizar un soporte electrónico para la minuta, se podrá evidenciar mayor rapidez, ya que se copiará los mensajes de datos para constituir la escritura pública, evitando la transcripción.

¹⁵¹ Noguera Echeverri Gabriel, obra cit., pág. 58.

¹⁵² Pérez Fernández del Castillo Bernardo, obra cit., pág. 173.

¹⁵³ “Los contratos que por su naturaleza o expreso mandato de la ley lo requieran se formalizarán en escritura pública dentro del término de quince (15) días desde la notificación de la adjudicación. Los contratos cuya cuantía sea igual o superior a la base prevista para la licitación se protocolizará ante Notario Público.” Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, R.O/Sup N° 588 de 12 de mayo de 2009, Art. 69.

En Ecuador, no está desarrollada la informática jurídica de gestión¹⁵⁴, pues las notarías tienen un formato único para cada negocio jurídico que se va a elevar a escritura pública y solamente reemplazan de forma manual los datos personales de los otorgantes, antecedentes, características del bien inmueble, precio, forma de pago, etc. Por eso varias veces hemos visto que en las escrituras públicas no se cambia la denominación del otorgante o el género de los comparecientes.

En España, la historia es diferente y realmente progresista, ya que existen hace varios años programas de gestión notarial que ayudan en la creación automatizada de la escritura pública introduciendo los datos necesarios; también se comunica con los clientes para que envíe datos faltantes para la redacción del documento a través de formularios que deban llenar, para formar el expediente del contrato. Todo esto es posible porque tiene sus cimientos en una base de datos de información notarial, con todos los conceptos notariales, su minutación y su fiscalidad, tanto objetivamente (tipo de documento) como subjetivamente (tipo de interviniente)¹⁵⁵.

Nuestro avance tiene que proyectarse hacia el medio español, la utilización de tales programas no son fáciles de manejar y es necesario capacitar a las personas que vayan a utilizarlo, pero claramente nos damos cuenta del aporte para la agilización en la confección de documentos públicos con un margen de error cero.

2.- “Protocolizar instrumentos públicos y privados por orden judicial o a solicitud de parte interesada patrocinada por abogado, salvo prohibición legal.”

Siempre al principio de la minuta, se pide al notario que en el registro de escrituras públicas inserte una que contiene el contrato que celebran las partes, es decir que, lo incorpore en el protocolo, el cual pertenece al Estado y la función del notario es la de archivarla bajo su responsabilidad para que en determinado caso sirva como medio de prueba.

Edgar Pazmiño establece que no se conoce disposición alguna que prohíba la protocolización de determinados instrumentos, pero si dicho instrumento fuere en contra de la buena moral, orden público o de los requisitos de validez del contrato (capacidad, consentimiento, objeto lícito y causa lícita) se ejecutará tal prohibición porque el contrato no surtirá efecto alguno al no estar acorde a los requisitos necesarios que la ley establece para los contratos.

Muchas notarías poseen cientos, miles de protocolos archivados que ocupan espacios grandes donde fácilmente pueden extraviarse, siendo necesario en el transcurso del tiempo, recuperar espacio o arrendar una habitación para archivar lo que no quepa, para esto la solución se encuentra en la tecnología, ya que es viable guardar escrituras públicas, documentos públicos y privados constituyendo los protocolos en la memoria del computador, ya sea

¹⁵⁴ La Informática Jurídica de Gestión es aquella que realiza de forma automatizada las tareas propias de una oficina sea un despacho jurídico, notarías, registros o la función judicial; utilizando la informática en beneficio del Derecho.

¹⁵⁵ <http://www.notarnet.es/>

desmaterializando¹⁵⁶ los documentos, ya sea utilizando medios telemáticos en todo el proceso. Ciertamente sea cual fuere el caso, los notarios y personal de las notarías deben estar capacitados¹⁵⁷ para incorporar esta tecnología, para crear protocolos no físicos que surtan los mismo efectos legales de los que sí lo son.

El Art. 307 del COFJ crea el Archivo Nacional Notarial con el objeto de archivar en soporte electrónico los actos o contratos que las notarías registran en sus libros de protocolo, estableciendo que cada libro deberá ser conservado por el notario durante cinco años y transcurrido ese tiempo deberán remitirlos a la oficina provincial del Archivo Nacional, y cada mes deberán remitir copia certificada del índice de los protocolos.

El CJ deberá reglamentar el funcionamiento del Archivo Nacional Notarial y la forma en que las notarías deben remitirles información.

3.- “Autenticar las firmas puestas ante él en documentos que no sean escrituras públicas, al igual que practicar reconocimiento de firmas.”

El notario debe verificar que las firmas son de las personas que celebran el contrato, para lo cual debe fijarse detenidamente, comprobando que sean iguales a la firma de la cédula o de cualquier documento de identificación en el caso de extranjeros¹⁵⁸. Esto es fácil realizarlo cuando se tiene a las partes en persona, pero cuando se deba hacer con firmas electrónicas cambiará la situación.

Comencemos por aclarar que ni la Ley 67 ni la Ley Notarial norman el reconocimiento de firmas electrónicas, por lo que no existe hoy en día forma de legitimar la firma electrónica ante un notario. Por lo tanto, debemos acudir a otras legislaciones como ejemplo a seguir, como es el caso de España que en el Art. 261 del Reglamento Notarial establece que:

El notario podrá legitimar las firmas electrónicas reconocidas¹⁵⁹ puestas en los documentos en formato electrónico comprendidas en

¹⁵⁶ “Es la transformación de la información contenida en documentos físicos a mensajes de datos”. Ley 67, cit., disposición novena. Es decir, que la información contenida en soporte papel sea transferida a soporte electrónico.

¹⁵⁷ Es necesario que se les instruya sobre el funcionamiento de las nuevas tecnologías aplicadas a la gestión notarial.

¹⁵⁸ En el caso de una persona extranjera, el pasaporte será su documento de identificación.

¹⁵⁹ Firma electrónica reconocida es según el Art. 3 numeral tercero de la Ley de Firmas Electrónicas – España de 19 de diciembre de 2003: “la firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma”; y la firma electrónica avanzada expresa en el Art. 3 numeral segundo ibidem que es “ la firma electrónica que permite identificar al firmante y detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados, que está vinculada al firmante de manera única y a los datos a que se refiere y que ha sido creada por medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control”. La firma electrónica reconocida se compone de la firma electrónica avanzada+ certificado reconocido+ dispositivo seguro de creación de firma. La misma ley señala en su Art. 3 numeral cuarto que solamente la firma electrónica reconocida tiene igual valor que la firma manuscrita.

el ámbito del Art. 258¹⁶⁰. Esta legitimación notarial tendrá el mismo valor que la que efectúe el notario respecto de documentos en soporte papel. La legitimación notarial de firma electrónica queda sujeta a las siguientes reglas:

1. ^a El notario identificará al signatario y comprobará la vigencia del certificado reconocido en que se base la firma electrónica generada por un dispositivo seguro de creación de firma.
2. ^a El notario presenciará la firma por el signatario del archivo informático que contenga el documento.
3. ^a La legitimación se hará constar mediante diligencia en formato electrónico, extendido por el notario con firma electrónica reconocida.

Consecuentemente, siempre la legitimación o reconocimiento de firmas se la deberá hacer en presencia del notario y no podrá utilizarse medios telemáticos porque habrá ausencia de las partes, salvo si la tecnología nos brindará seguridades con respecto al vinculo entre la firma y el firmante.

Nuestra Ley 67 en su Disposición General Novena¹⁶¹, establece que signatario es aquella persona a quien fue entregado los datos de creación de la misma, mas no la persona que firma el documento, por lo que es un problema a la hora del reconocimiento de la firma por medios telemáticos, ya que el notario no podría verificar que la persona que utiliza la firma electrónica es la misma persona a la que fue destinada la firma. Por lo tanto, el objetivo de legitimar firmas electrónicas en forma presencial, es verificar que la persona que ha firmado determinado contrato es el titular de la firma electrónica utilizada. Lo anteriormente señalado deberá ser opcional para las partes, ya que una de las obligaciones del titular de la firma electrónica es tener absoluto control de su clave privada, por lo que se presume que el titular de la firma electrónica es la misma persona que firmó tal documento.

Obsérvese que la ley establece al signatario como la persona a la que fue consignada los datos de creación de la firma electrónica y no el certificado, hoy en día no causará problema alguno porque el Banco Central es la única Certificadora de Información autorizada en el país y es dicha entidad la que emite tanto las claves como el certificado verificando la identidad del solicitante. Pero se debe recalcar que los datos de creación de la firma electrónica no posee los datos de la persona que firma, sino es el certificado el documento que reúne toda la información.

¹⁶⁰ Art. 258 del Reglamento Notarial dispone que "Sólo podrán ser objeto de testimonios de legitimación de firmas los documentos y las certificaciones que hayan cumplido los requisitos establecidos por la legislación fiscal"

¹⁶¹ "Es la persona que posee los datos de creación de la firma electrónica, quien, o cuyo nombre, y con la debida autorización se consigna una firma electrónica" Ley 67, cit., Disposición General Novena.

4.- “Dar fe de la exactitud, conformidad y corrección de fotocopias y de otras copias producidas por procedimiento o sistemas técnico mecánicos, de documentos que se les hubiere exhibido, conservando una de ellas con la nota respectiva en el Libro de Diligencias que llevará al efecto.”

Como sistema técnico mecánico encontramos la desmaterialización, que según el glosario de términos de la Ley 67 “es la transformación de la información contenida en documentos físicos a mensajes de datos”; para esto las partes deben consentir expresamente con sus firmas electrónicas, en realizar la desmaterialización y confirmar que el documento original y el desmaterializado son iguales.

Consiguientemente, el notario dará fe de dicho documento, comparando con el original, para emitir copia certificada del mismo, empleando su firma electrónica.

Hoy en día, lo usual es entregar fotocopias adjuntando los originales, ambas en soporte papel, para que cada copia sea rubricada y sellada por el notario, transformándolas en copias certificadas. Si fueran copias electrónicas, sería necesario:

- Que los originales sean desmaterializados, pero aun así se tiene que adjuntar los originales, los cuales se encuentran en documentos físicos, para eso la persona tendría que acercarse a la notaría.
- Que los originales sean entregados por medio telemático, por lo que las firmas que deban constar en dicho documento sean electrónicas con sus respectivos certificados, para así de forma igualmente telemática mandar los originales y las copias para que sean certificadas por el notario, sin tener que ir personalmente a la notaría.

Por último, para que pueda cumplir con las atribuciones antes mencionadas, cada notario debe tener su propia firma electrónica para poder ejercer la fe pública en documentos electrónicos.

2.1.2.2 DEBERES

Con respecto a los deberes del notario, enumerados en el Art. 19 de la Ley Notarial, nos limitaremos a aquellos que tiene vinculación al tema que se desarrolla:

1.- “Receptar personalmente, interpretar y dar forma legal a la exteriorización de voluntad de quienes requieran su ministerio.”

El primer deber del notario es receptar personalmente la voluntad de las partes y posteriormente orientar y explicar a las partes sobre el contrato que van a celebrar y sus consecuencias legales.

De presentársele una minuta ésta debe ser firmada por abogado inscrito en el Foro mediante registro en el CJ¹⁶² con indicación de su número de matrícula designado por el CJ¹⁶³, minuta que será transcrita a la escritura pública.

Ciertamente, el notario con su vasta experiencia puede redactar la escritura sin necesidad de la minuta, por tal motivo, se deja a opción que se entregue o no la minuta; pero si bien existe una ventana abierta, se cierra al leer la Ley de la Federación de Abogados que en su Art. 48 determina que en

todo acto o contrato que se celebre por escritura pública será autorizado por el notario previa presentación de la correspondiente minuta, firmado por un abogado.

Lo cual nos lleva a que en un futuro en la contratación telemática el abogado indispensablemente adquiera una firma electrónica, puesto que sería absurdo e ilógico realizar la minuta en documento físico¹⁶⁴. Todo tiene que ir compaginado, desde la propuesta hasta el otorgamiento de la escritura pública de compraventa del bien inmueble e inclusive los pagos de impuestos que se deban abonar; todo a través de medios telemáticos y esto sería lo ideal en el punto más alto de incorporación de las TIC en la gestión notarial.

En España, existe varias Certificadoras de Información en libre competencia, una de ellas es la Agencia Notarial de Certificación, que emite certificados para firmas electrónicas reconocidas¹⁶⁵ tanto para notarios, empleados de las notarías, empleados públicos para el ejercicio de sus funciones como para personas jurídicas y naturales.

La Certificadora de Información, llamada en España, Prestadora de Servicios de Certificación, es la que emite el certificado previa solicitud y verificación de la identidad y de los datos presentados por el solicitante a una Autoridad de Registro que pueden ser los notarios, quienes a más de constatar la veracidad de los datos del solicitante también entregan la llave privada y pública para la creación de la firma en una tarjeta criptográfica como soporte electrónico. Después de generadas el par de claves, el notario enviará una petición a la

¹⁶² Art. 324 numeral del COFJ "Para patrocinar se requiere:

3. Formar parte del Foro mediante su incorporación al registro que, al efecto, mantendrá el Consejo de la Judicatura, a través de las direcciones regionales.

¹⁶³ Art. 326 del COFJ "El número de la inscripción en el libro respectivo, será el de la matrícula profesional, que incorporado a un carné servirá como acreditante ante los órganos jurisdiccionales y demás organismos del sector público y privado, de la calidad profesional de abogada o abogado."

¹⁶⁴ En Portugal existen juzgados cero papeles en las que todo el proceso es telemático, por lo que no resulta imposible pensar en que un proceso de la notaría se realice de la misma forma. De hecho en este país la transferencia de inmuebles se realiza sin la intervención de los notarios sino directamente ante una oficina de registro, siendo los funcionarios de dicha dependencia los que suplen algunas funciones del notario como verificar la capacidad de las partes.

Además, existe experiencias concretas en otros países en los que no se ha prescindido del notariado, solo hay que vencer los paradigmas propios de nuestra sociedad y de los actores jurídicos que pertenecemos a una cultura basada en el papel.

¹⁶⁵ Emiten solo certificados reconocidos, ya que la firma electrónica reconocida es la que posee igual valor que la firma manuscrita.

PSC para que genere el certificado y se lo remita, quedando almacenado en la tarjeta criptográfica del suscriptor.

Una vez concluido el proceso mencionado, el firmante podrá hacer uso de las claves en cualquier acto o contrato que la ley permita. Más adelante en el punto 2.4.1 “El rol del notario en la instrumentación del contrato a través de medios telemáticos”, veremos el papel del notario en el perfeccionamiento de la compraventa de bienes inmuebles.

2.- Exigir antes de la ejecución de un acto o de la celebración de un contrato, el pago de los impuestos relativos, tanto al acto o contrato, como a los impuestos que graven los bienes a que tal acto o contrato se refiere.

El notario debe percatarse de que antes de la compraventa de bienes inmuebles, todo esté en orden con respecto a los pagos sobre el bien: impuesto predial, alcabala y plusvalía (inmuebles urbanos); además de los gastos que se ha incurrido por la celebración del contrato.

El Registro de la Propiedad de Guayaquil firmó con el Municipio de Guayaquil un convenio de conexión entre las dos instituciones en el año 1997, pero en 1998 comienza a funcionar.

Tiene por finalidad, que tanto el Registro como el Municipio tengan los mismos datos de los bienes inmuebles, tanto la información física como la historia jurídica, la cual se evidencia en la matrícula inmobiliaria de cada predio. En el Anexo 4 adjunto el procedimiento de inscripción en el Registro de la Propiedad de Guayaquil de la escritura pública de compraventa de bien inmueble

El Registro de la Propiedad de Guayaquil utiliza el programa Sinter-Reg para conectarse con el Catastro y además ha creado el programa SIRE¹⁶⁶ para otros Registros del país, el cual posee las mismas funciones que el programa Sinter-Reg y es menos complicado, ya que una sola persona puede hacer todo el procedimiento de ingresos de trámites hasta la baja del trámite. Este programa es utilizado por la mayoría de las ciudades de la Provincia del Guayas, siendo capacitados por miembros del Registro de la Propiedad de Guayaquil.

El punto máximo próximo que se pretende llegar es interconectar en un gran sistema todos los Registros y Municipios del país, para esto es necesario que cada registro se encuentre en conexión con su Municipio (Anexo 5)¹⁶⁷.

Todo lo expuesto anteriormente es el llamado sistema de folio real informático, el que se centra en el bien, mas no en la persona como antes se lo hacía (Anexo 6)¹⁶⁸.

Sería más apropiado que el notario y no el Registro de la Propiedad, como lo hace el de Guayaquil, entre en conexión con el Sistema de Recaudación, para

¹⁶⁶ Sistema de Información Registral de Apoyo para los Registros de la Propiedad y Mercantiles del Ecuador.

¹⁶⁷ Circular N° RPG-002-07 del Registro de la Propiedad.

¹⁶⁸ Información detallada relativa al funcionamiento de la interconexión del Registro de la Propiedad de Guayaquil con el Catastro de su cantón.

que compruebe el pago de los impuestos realizados por los contratantes y emita un certificado con los CUIC incorporándolos en la escritura pública para que el Registro de la Propiedad se asegure de los pagos a través de dicho documento. Lo demás lo podría seguir llevando el Registro de la Propiedad.

No olvidemos que queremos incluir al notario, por lo que éste debería también interconectarse con el Municipio, con respecto al envío por medios telemáticos con aplicación de firma electrónica del Certificado de Avalúos y Registro como documento habilitante en la escritura pública.

Por lo tanto, utilizando la firma electrónica tanto notarios como Registradores, el primero podría enviar copia certificada de la escritura pública al segundo para que inscriba el contrato de compraventa de bienes inmuebles y haya el traspaso de dominio.

Vemos como la implementación de este sistema acorta el camino para viabilizar la utilización de medios telemáticos en este tipo de contratos solemnes.

Por otra parte, el Municipio de Quito brinda el servicio de consulta del impuesto predial por internet, donde se puede ver el nombre del propietario del predio y si ha pagado o no el impuesto desde el 2005; si no ha pagado el propietario el impuesto, tiene la posibilidad de pagarlo a través de una transacción bancaria o con tarjeta de crédito en la página web de la institución financiera.

El notario puede entrar a la página web del Municipio y verificar si el otorgante está al día con el pago del impuesto predial, pero no olvidemos que uno de los requisitos es incorporar a la minuta el impuesto predial del 2005 y del 2009, lo cual se encuentra en soporte papel. Valdría preguntarnos si ¿es necesaria la documentación del impuesto predial o puede bastar que el notario verifique por medio de la página web del Municipio si el otorgante está al día con el pago de dichos impuestos? En España, la Ley 11/2007 para la administración electrónica determina, que la sola consulta del funcionario sea suficiente, evitando el requerimiento de documentos que emiten otras instituciones públicas; para esto se necesita interoperabilidad de bases de datos de las entidades públicas.

Para el pago de los impuestos de utilidad y alcabala la persona tiene que movilizarse hasta el Municipio y el Consejo Provincial o bien, dejar que el notario se ocupe de pagarlos, con autorización de los otorgantes, por medio de sus tramitadores.

Si se utilizare medios telemáticos en la celebración del contrato de compraventa de bienes inmuebles, las notarías deben estar interconectadas tanto con el Municipio como con el Registro de la Propiedad, para que tengan acceso a las bases de datos, además de una forma de pago electrónica para que los contratantes puedan cumplir con sus obligaciones frente a la notaría¹⁶⁹.

¹⁶⁹ El recientemente implantado sistema SAREN en los registros venezolanos prevé el uso de una planilla única de pagos que tiene incluso seguridades informáticas para que se verifique el

En España, existen ciertos Ayuntamientos conectados a las notarías, para que las notarías verifiquen el estado en el que se encuentra el otorgante con respecto a su bien inmueble y de ser necesario que realice los pagos de impuestos pertinentes a la compraventa de bienes inmuebles previa autorización de los otorgantes.

El pago del impuesto de bienes inmuebles¹⁷⁰ es anterior a la confección del documento público, el notario español accede “a determinados ayuntamientos para asegurar al comprador que los inmuebles vendidos están al corriente en el pago del IBI”¹⁷¹, pudiendo pagar en línea si no lo ha estado.

La plusvalía municipal o Impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana puede ser “liquidado telemáticamente en determinados Municipios mediante la aplicación informática a la que el notario (español) se conecta con su firma electrónica.”¹⁷²

Los notarios están conectados con las Administraciones tributarias autonómicas a efectos del pago del impuesto sobre las transmisiones patrimoniales onerosas¹⁷³, ulterior a la realización de la escritura que contiene el negocio jurídico de compraventa.

Será necesario el pago del ITPO y el IIVTNU para efectos de inscripción en el Registro de la Propiedad.

El problema radica en que no existe un sistema único y homogéneo para todos los Ayuntamientos ni para las Comunidades Autónomas, cada uno posee su propio funcionamiento regulado y algunas ni prestan ese servicio, complicando el trámite.

Por lo tanto, el Notariado de España ha propuesto un sistema de pagos unificado para que el usuario sólo comparezca a la Notaría y no a varias dependencias públicas, en el caso de que ciertos ayuntamientos o comunidades autónomas no posean sistemas que permitan la consulta y pago de impuestos por medios telemáticos, o; que la Notaría solo tenga que interconectarse a un sistema corporativo de Ayuntamientos y Comunidades Autónomas (Anexo 7)¹⁷⁴.

3.- Incorporar diariamente al protocolo las escrituras públicas que autorice y los documentos que deben ser protocolizados. Al igual que llevar el Libro de

pago que se realiza en cualquier institución financiera. No es propiamente un pago electrónico porque se lo hace en un bando pero emplea tecnología por tema de seguridad y verificación de pago.

¹⁷⁰ En la legislación ecuatoriana es el impuesto predial.

¹⁷¹ Micó Giner Javier. *La firma electrónica de notarios y registradores y el documento público electrónico*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pág. 114 (en adelante obra cit.).

¹⁷² Micó Giner Javier, obra cit., pág. 114-115.

¹⁷³ En la legislación ecuatoriana impuesto de alcabala.

¹⁷⁴ Adjunto al final el Art. 112 de la Ley 24/2001 de España, referente al procedimiento de presentación de la copia electrónica autorizada de la escritura matriz con el requerimiento del otorgante con firma electrónica del notario al Registro para la inscripción de los actos o contratos sobre cualquier derecho real, en este caso la compraventa de bienes inmuebles.

Diligencias en el cual extenderá, diariamente, una síntesis de las diligencias que practiquen y que no formen parte del protocolo.

Para desarrollar este punto encontramos la informática notarial¹⁷⁵ que son: “

programas para notarías que almacenan las escrituras y automáticamente desarrollan un sumario al cual se agregan los pasos posteriores, por ejemplo: tributación, facturación, calculo de honorarios, etc.¹⁷⁶,

pero que en nuestro país no existen opciones de programas de gestión.

La idea es aminorar los archivadores físicos, es la de aplicar programas informáticos que ayuden al procesamiento de las escrituras y documentos con los que trabaja diariamente las notarías, haciendo más fácil el trabajo, pero también proporcionando al cliente y al notario, celeridad y seguridad de conservación de las escrituras públicas, incorporándolas en el Protocolo o Libro de Diligencias electrónico correspondiente.

Además, según el actual COFJ se prevé la creación de un Archivo Nacional Notarial, el cual tendrá un archivo electrónico de los actos y documentos notariales registrados en los libros de protocolos de los notarios. Y se establece la obligación de los notarios de llevar un registro electrónico de todas sus actuaciones realizadas en el ejercicio de sus funciones.

2.2 DOCUMENTOS NOTARIALES

Bernardo Pérez Fernández sostiene que los instrumentos públicos sirven para “fijar un acontecimiento”, dan certeza de la información que se encuentra en “signos escritos”, lo cual se denomina documento¹⁷⁷.

Por lo tanto, los instrumentos públicos son aquellos documentos redactados por autoridad competente; dentro de este gran universo se encuentran los instrumentos notariales, que lo conforman las escrituras públicas, actas, testimonios, copias y compulsas.

Bernardo Pérez Fernández se refiere a los elementos de los instrumentos notariales como el protocolo, apéndice, sello y notaría, siendo los esenciales; y otros secundarios como oficina, archivo, guía, índice y rótulo. Se explicará algunos de ellos en base a la Ley Notarial.

2.2.1 PROTOCOLO

¹⁷⁵ Especie del genero Informática Jurídica de Gestión explicado en el punto 2.1.2.1 Atribuciones del Notario numeral primero.

¹⁷⁶ Carrasco Blanc Humberto, obra cit., pág. 60.

¹⁷⁷ Los instrumentos pueden constituirse por imágenes, estatuas, etc., denominándose monumento; pero cuando consiste en signos escritos, son documentos. Consiguientemente la legislación mexicana denomina a los documentos expedidos por autoridad competente: públicos, y no como nuestra legislación que los llama instrumentos públicos. Pérez Fernández del Castillo Bernardo, obra cit., pág. 87.

Los protocolos se forman anualmente con las escrituras matrices y los documentos públicos o privados que el notario autoriza e incorpora por mandato de la ley o por orden de autoridad competente o a petición de los interesados.¹⁷⁸

Las escrituras matrices deben ser incorporadas al protocolo diariamente, ya que es de plena importancia que la notaría posea de forma organizada todo instrumento original que haya otorgado, dando constancia de que vertió sobre tales documentos su fe pública notarial para que surtan los efectos previstos en la ley. Además de actuar en calidad de custodio en favor del Estado.

La Ley Notarial establece ciertos requisitos para su validez, al mandar que sea conformado por máximo 500 fojas cada libro, de lo que se entiende, puesto que el Art. 23 de la misma creemos que está mal redactado al expresar “se dividirá en libros o tomos mensuales o de quinientas fojas cada uno...”, puesto que si se divide en libros o en tomos ¿de cuántas fojas se deberán componer?, por lo tanto tendría que corregirse la redacción del artículo a lo siguiente: “se dividirá en libros o en tomos mensuales” de quinientas fojas cada uno.

Las fojas deberán ser enumeradas a máquina o manualmente, evidenciando que no se ha tomado en cuenta la tecnología, pues no existe la posibilidad de enumerar por medios informáticos el número de página, que con un *click* se plasma el número correspondiente de cada hoja progresivamente, evitándose así foliar cada una, lo cual significa mayor celeridad.

En todo caso esto corresponde a la fecha en la cual se redactó la ley. Así también, el notario tiene que rubricar las fojas al anverso y al revés, lo cual sin duda alguna lo debe hacer con su puño y letra, transformando esto en un problema para los documentos electrónicos que más adelante trataremos. A esto, se suman como requisitos, el orden cronológico y numérico de las escrituras, el tipo de letra uniforme en toda la escritura y que las minutas deben conservarse en un lapso máximo de dos años dentro de un protocolo especial.

Anteriormente, se hizo referencia a la creación de un Archivo Nacional Notarial expresado en el COFJ, que tendrá por objeto archivar en formato electrónico los protocolos de las notarías, entendiéndose que se desmaterializará toda la documentación, ya que hoy en día no existe facilidades en la legislación notarial para que se emplee medios telemáticos en todo el desarrollo de las solemnidades y de los documentos notariales¹⁷⁹.

El índice deberá ir al final del protocolo para identificar las personas que celebraron el contrato o negocio jurídico, el número de foja en la que se encuentra y cuál fue el objeto de cada escritura.¹⁸⁰

¹⁷⁸ Ley Notarial, cit., Art. 22

¹⁷⁹ En Venezuela como parte del proyecto SAREN se digitalizaron más de 25 millones de documentos de los archivos de las oficinas de registro con fines de preservación del patrimonio de información.

¹⁸⁰ Ley Notarial, cit., Art. 24.

Ahora bien, los documentos notariales son las escrituras públicas, las actas notariales, los testimonios, las copias certificadas y las compulsas. Nos centraremos en las escrituras públicas, dado que como solemnidad de la compraventa de bienes inmuebles, representa el justo título para originar las obligaciones de los contratantes y la existencia en sí del negocio jurídico.

2.2.2 ESCRITURA PÚBLICA

Escritura pública es el documento matriz que contiene los actos y contratos o negocios jurídicos que las personas otorgan ante notario y que éste autoriza e incorpora a su protocolo.¹⁸¹

Para conferir el justo título de la compraventa de bienes inmuebles, el objetivo del notario será previamente el de dar fe pública de conocimiento del contrato, la identidad, capacidad y consentimiento de los contratantes, sin que verse ningún vicio, asegurándose que las partes sepan con exactitud los efectos legales que traerá consigo el contenido de la escritura pública.

Por documento matriz se entiende que es aquel documento original en el que consta la fe pública del notario con sello y firma de él; a los otorgantes se les entrega copias certificadas de ésta, ya que el original debe ser incorporado en el protocolo y será presentada en juicio solo para comparar con la copia o cuando para que se reconozca cuando fuere necesario¹⁸².

Su valor probatorio es pleno, inclusive contra terceros pero solo en cuanto al hecho del otorgamiento y su fecha, no respecto de las declaraciones, que solo hacen fe entre los declarantes.¹⁸³

El notario antes de redactar la escritura deberá asegurarse de la capacidad de los contratantes, el conocimiento de éstas sobre lo que versa en el contrato, la libertad de contratar y el pago de los impuestos fiscales y municipales que del bien emana¹⁸⁴, así se asegura de que reúne los requisitos de validez del contrato y de esa manera pueda cumplir con las formalidades que determina el Código Civil en su Art. 1740 inc. 2¹⁸⁵.

Al cerciorarse de tales exigencias, la compraventa de bienes inmuebles deberá ser elevada por el notario a escritura pública con los siguientes requisitos dispuestos en el Art 29 de la Ley Notarial, contemplados en el punto 1.3.2.2 sobre la formalización de los contratos.

¹⁸¹ Ley Notarial, cit., Art. 26

¹⁸² “El original de la escritura pública, que es el que debe contener los requisitos expresados en el artículo 29, quedará incorporado en el correspondiente protocolo; y no podrá presentarse en juicio sino para compararlo con la copia, o para que se reconozca cuando fuere necesario.” Ley Notarial, cit., Art. 33

¹⁸³ Codificación del Código de Procedimiento Civil, R.O/Sup. 58 de 12 de julio de 2005, art.166 (en adelante cit.)

¹⁸⁴ Ley Notarial, cit., art 27.

¹⁸⁵ “La venta de bienes raíces, servidumbres y la de una sucesión hereditaria, no se reputan perfectas ante la ley, mientras no se ha otorgado escritura pública...”

Difícilmente, sea en presencia del notario o por medios telemáticos, el notario puede dar plena seguridad de que existió fuerza como vicio del consentimiento, ya que al haber amenaza por parte de uno de los contratantes hacia el otro; el que esté coaccionado no expresará nada en ese momento, por lo tanto la ley ha prevenido esa posibilidad proporcionando la acción de nulidad del contrato a la persona que sufrió tal intimidación para que los hechos vuelvan a su estado original.

Las nulidades afectarán o recaerán sobre el título y pueden provenir por las estipuladas en el Código Civil y en la Ley Notarial¹⁸⁶.

Para que las nulidades del contrato no afecten a la escritura pública, el notario debe estar atento sobre la minuta y las partes otorgantes, para que con su vasto conocimiento y experiencia observe si reúnen los requisitos expresados en el Art. 27 de la Ley Notarial. Si existiere causal de nulidad en la compraventa, simplemente el notario no procederá a elevarla a escritura pública.

Pero si no se ha asegurado y eleva la minuta, la escritura pública será nula o si a ésta le faltare alguno de los requisitos expresados en el Art. 48 de la Ley Notarial también caerá en nulidad^{187 188}.

En conclusión, el contrato de compraventa de bienes inmuebles es inexistente cuando no cumpla con las solemnidades que la ley establece, es decir, si no fuere otorgado por escritura pública o ésta no reúna uno o más elementos esenciales que manda el Art. 48 de la Ley Notarial y el Art. 169 del Código de Procedimiento Civil¹⁸⁹.

¹⁸⁶ Existe nulidad absoluta por objeto ilícito, causa ilícita, incapacidad absoluta; nulidad relativa por vicios del consentimiento (error, fuerza y dolo) o incapacidad relativa; e inexistencia cuando hay ausencia de objeto, causa, voluntad o solemnidades.

¹⁸⁷ Ley Notarial, cit., Art 48.- “Por defecto en la forma son nulas las escrituras públicas que no tienen la *designación del tiempo y lugar en que fueron hechas, el nombre de los otorgantes, la firma de la parte o partes, o de un testigo por ellas, cuando no saben o no pueden escribir, las procuraciones o documentos habilitantes, la presencia de dos testigos cuando intervengan en el acto y la del notario o del que haga sus veces*. La inobservancia de las otras formalidades no anulará las escrituras;...”

¹⁸⁸ Con respecto al nombre de los otorgantes, será inexistente la escritura por la omisión de unos de ellos, ya que el contrato de compraventa de bienes inmuebles es bilateral y al haber solo una parte no habría correlación de obligaciones, perdiendo su naturaleza; más no si existe una equivocación en el o los nombres, ya que el Art. 692 inciso 2 del Código Civil establece “Si se yerra sólo en el nombre, es válida la tradición”, pero siguiendo lo que expresa la Ley Notarial, será necesaria una variación de la escritura extendida por instrumento separado, anotándose en el documento anterior que existe instrumento que lo varía, con la fecha de otorgamiento y la foja del protocolo en que se encuentra.

Así también, el autorizar escrituras sin determinar la cuantía del contrato, o de personas incapaces absolutas, o de escrituras que no se hallen en el protocolo o en una página diferente a la que debería estar por orden cronológico, según determina la Ley Notarial, de nulidad absoluta.

Si el notario autorizó escrituras de personas incapaces relativas, o que no tienen las procuraciones o documentos habilitantes, o si no hubo la libertad de los otorgantes, éstas adolecerán de nulidad relativa, ya que son convalidadas por confirmación o prescripción.

¹⁸⁹ Art. 169 del Código de Procedimiento Civil “ Son partes esenciales del instrumento:

2.3 SITUACIÓN DE LAS NOTARÍAS EN EL ECUADOR: BREVE REFERENCIA

2.3.1 DATOS CUANTITATIVOS

Se repartió ocho encuestas, cuyo cuestionario consta en el Anexo 8, entre los notarios de la ciudad de Quito, la mitad no supo responder a ninguna de las preguntas y se pudo apreciar que la otra mitad tiene conocimientos básicos pero confusos.

Se envió por *mail* las mismas encuestas a varios notarios de diferentes partes del Ecuador con el fin de realizar un sondeo a nivel nacional, en lo cual no hubo éxito. Por lo tanto, se hizo el intento de realizar un enfoque global nacional del conocimiento del tema en los notarios, pero no se pudo recabar información que nos permita interpretar cuantitativamente la realidad de los notarios en el Ecuador.

En el Ecuador existen 410 notarías, distribuidas de la siguiente manera:

Azuay: 30; Bolívar: 14; Cañar: 18; Carchi: 10; Cotopaxi: 13; Chimborazo: 19; El Oro: 20; Esmeraldas: 11; Guayas: 71; Imbabura: 12; Loja: 30; Los Ríos: 23; Manabí: 41; Tungurahua: 19; Pichincha: 52; Morona Santiago: 9; Pastaza: 5; Orellana: 5 y Zamora Chinchipe: 8¹⁹⁰.

2.4 LOS NOTARIOS EN EL CONTEXTO ACTUAL

2.4.1 EL ROL DEL NOTARIO EN LA INSTRUMENTACIÓN DE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA DE BIENES INMUEBLES A TRAVÉS DE MEDIOS TELEMÁTICOS

En el contexto actual se busca que los notarios puedan otorgar seguridad, certeza y registro, en las relaciones jurídicas que se establezcan con el empleo de medios telemáticos. Será el notario quien redacte y autentique el documento electrónico notarial (escritura pública) proporcionando seguridad y certeza, para adecuarlo al negocio jurídico de compraventa de bienes inmuebles con el fin de que produzca efectos jurídicos acorde a las declaraciones de los contratantes¹⁹¹.

La legislación ecuatoriana tiene que crear condiciones legales para desarrollar la función notarial telemática, ampliando las facultades del notario, para que autorice mediante *acta de atribución* la firma electrónica y su certificado, posteriormente a la aprobación de concesión por parte de la Certificadora de

-
1. Los nombres de los otorgantes, testigos, notario o secretario, según el caso;
 2. La cosa, cantidad o materia de la obligación;
 3. Las cláusulas principales para conocer su naturaleza y efectos;
 4. El lugar y fecha del otorgamiento; y,
 5. La suscripción de los que intervienen en él."

¹⁹⁰ Departamento de Estadísticas del CJ

¹⁹¹ El Código de la Función Judicial expresa una nueva disposición destinada a los notarios de sentar razón al margen de la escritura matriz del número de factura que emita por la elevación del contrato, lo cual se podrá hacer electrónicamente después de que el otorgante haya cancelado.

Información. Con el acta de atribución, la Certificadora de Información otorgará las claves y su respectivo certificado al peticionario

El notario actuará como Tercero Vinculado, siendo un apoyo para la Certificadora de Información al verificar los datos proporcionados por el posible usuario. Al comprobarlos, emitirá el acta de atribución vía telemática a la Certificadora de Información para que ésta proceda a emitir las claves y el certificado de la firma electrónica que serán puestas en una tarjeta inteligente o en un *token*.

Por tal razón, quien mejor que el notario para dar fe de la identidad de los usuarios de las claves, siendo él un espectador que tiene que comprobar a través de sus sentidos los actos, para garantizar la identificación y capacidad del titular de la firma, al igual de que la aprobación de las claves hayan sido otorgadas por parte de un ente legalmente autorizado.

Ahora bien, será indispensable que el notario también tenga su propia firma electrónica con el respectivo certificado, ya que con ella certificará la identidad tanto la suya y la de los contratantes, podrá fechar la notarización y la protocolización con fines de archivo¹⁹². Sugiero que el CJ posea su firma electrónica con certificado, para lo cual debe realizar el mismo proceso de petición para la concesión como cualquier persona, ante una entidad de Certificación de Información y Servicios Relacionados Acreditada de Derecho Público conforme a lo establecido en el Art. innumerado 12 inserto a continuación del Art. 17 del Reglamento General a la Ley 67. La firma electrónica del CJ servirá para expedir telemáticamente los nombramientos de los notarios a las personas elegidas y a una de las notarías que sea designada por sorteo; para que la segunda a su vez envíe los datos del notario, el nombramiento y el acta de atribución por medio telemático a la Certificadora de Información que otorgará las claves y el certificado. Su duración será hasta la terminación de las funciones del notario nombrado, así el siguiente que ocupe ese puesto deberá acceder a unas claves diferentes. Este será en principio el único acto de otorgamiento de firmas que se realice a través de medios telemáticos sin que haya la necesidad de que el notario asista personalmente a la verificación de su identidad¹⁹³. Pero las demás personas privadas y públicas necesariamente deberán acudir personalmente para la adquisición de la firma y el certificado respectivo.

Al implementar en un comienzo la firma electrónica a los notarios, el problema radica en que ningún notario tiene firma electrónica, por lo que el procedimiento antes mencionado se vuelve inasequible, por tal motivo se deberá designar por sorteo tres notarías de ciudades en donde funcionen la o las Certificadoras de Información, puesto que los notarios deberán acudir personalmente a la entidad, para que se verifique su identidad e inicialmente éstas accedan a su firma electrónica y puedan otorgar actas de atribución. Los nombramientos de

¹⁹² Devoto Mauricio, obra cit., pág. 8 par. 1

¹⁹³ En el transcurso se podrá ampliar ésta forma telemática de concesión de firmas, a medida que se verifique la seguridad del proceso. Pero exclusivamente se limitara a las personas que sean nombradas o designadas para un cargo público.

los tres notarios serán desmaterializados por parte del CJ de acuerdo a la Ley 67 y enviados telemáticamente a la Certificadora de Información, para que conceda las respectivas firmas con su certificado.

Al notario se le entrega la minuta para que sea elevada a escritura pública, lo cual constituye una escritura matriz y a partir de la que se generan al menos dos copias certificadas; la primera se incorpora al protocolo y las segundas se entregan a las partes peticionarias. La escritura matriz dejará de ser un documento físico al momento de utilizar medios telemáticos en la contratación, por lo que se deberá establecer una escritura matriz electrónica que formará parte de un protocolo electrónico. Para esto, se debe fijar los requisitos de tal documento notarial electrónico, como: inalterabilidad que se consigue con la firma electrónica, inviolabilidad del orden cronológico, entre otras; y la forma o sistema del protocolo electrónico.

Javier Micó Giner explica cómo funcionaría la celebración del contrato de compraventa de bienes inmuebles en España en el supuesto caso que se emplee medios telemáticos, para lo cual se puede enviar una oferta a otra persona o aceptar una oferta a través de medios telemáticos, siempre y cuando se utilice la firma electrónica reconocida y el procedimiento sería el siguiente¹⁹⁴:

1.- Comprador y vendedor envían el contrato telemáticamente con sus respectivas firmas electrónicas para que el notario, revise: a) que el contrato se encuentre elaborado con sujeción a la ley; y, b) la identidad de los contratantes.

2.- El notario tiene la posibilidad de conectarse por medio telemático, a través de una red del Consejo Nacional Notarial, con el Registro de la Propiedad para revisar la situación del bien objeto y la de su titular.

Hasta aquí todo se ha hecho por medio telemático, pensando que sería posible concluirlo así mismo;

3.- Pero será necesario que los contratantes concurren donde el notario personalmente, para que pueda ser elevada a escritura pública la compraventa, esto quiere decir, el notario debe dar fe de conocimiento de los otorgantes, la libertad con que proceden y leerles la escritura (solo se cita estas tres, dado que son las barreras que imposibilitan lo que se trata en este trabajo, lo demás puede ser fácilmente aplicado sin la comparecencia física de las partes). El notario verifica su identidad y capacidad de los contratantes en persona, por la manera tradicional. Consiguientemente, el Consejo Nacional del Notariado se opuso a que esta parte se haga sin medios telemáticos, aduciendo que iba en contra de la seguridad jurídica.

4.- Una vez perfeccionada la compraventa, si las partes así quisieren, se les entregará una copia de la matriz firmada electrónicamente por el notario en un soporte electrónico (no especifica si constarán las firmas

¹⁹⁴ Reglamento Notarial Español. Real Decreto 45/2007 del 19 de enero de 2007.

electrónicas de los comparecientes). Según el Art. 17 bis numeral tercero de la Ley del Notariado Español¹⁹⁵ establece que:

Las copias autorizadas de las matrices podrán expedirse y remitirse electrónicamente, con firma electrónica avanzada, por el notario autorizante de la matriz o por quien le sustituya legalmente. Dichas copias sólo podrán expedirse para su remisión a otro notario o a un registrador o a cualquier órgano de las Administraciones públicas o jurisdiccional, siempre en el ámbito de su respectiva competencia y por razón de su oficio. *Las copias simples electrónicas podrán remitirse a cualquier interesado cuando su identidad e interés legítimo le consten fehacientemente al notario.*

5.- El notario puede enviar por medio telemático el título (el cual constará de su firma electrónica) al Registro de la Propiedad para su inscripción.

El notario utilizará medios telemáticos para conectarse con el Registro de la Propiedad con la finalidad de emitir, transmitir, comunicar y receptor información; y, con la Oficina Liquidadora de Impuestos para cumplir con todas las obligaciones fiscales.

Javier Micó cuenta la primera tramitación íntegra de una escritura por medios telemáticos.

Autorizada por mí - como notario - la escritura desde mi Notaría se pagaron telemáticamente los impuestos (en el caso concreto era una escritura exenta, pero se presentó a liquidación y se cumplimentó el trámite vía el portal e- Tributs de la Generalitat¹⁹⁶), acredité el pago y remití a inscripción; el Registro finalmente comunicó la inscripción al notario; la copia auténtica de la escritura refleja todos los trámites realizados sin mover ni desplazar papel ni persona alguna entre la Notaría, la Oficina Liquidadora de Impuestos y el Registro, pudiendo el solicitante de la escritura retirar ésta de la Notaría con todos los trámites cumplidos bajo fe notarial¹⁹⁷.

En nuestro país, es viable enviar una oferta a otra persona o aceptar una oferta a través de medios telemáticos, siempre y cuando se utilice la firma electrónica que cumpla con los requisitos del Art. 15 de la Ley 67. Por lo demás la legislación no ha hecho las reformas pertinentes a varios cuerpos legales para que la tramitación telemática del contrato de compraventa de bienes inmuebles sea viable, incorporando a los notarios, registradores, instituciones públicas a la Sociedad de Información.

Como hemos explicado anteriormente, es necesario que se cumplan los requisitos de validez establecidos en la Ley Notarial, el Código Civil y el Código de Procedimiento Civil para que surta efectos la escritura pública y es el notario

¹⁹⁵ Añadida por la Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, Título V, Capítulo XI, Sección VIII, Art. 115. Ley 24/2007 de 27 de diciembre de 2007.

¹⁹⁶ Agencia Tributaria de Catalunya

¹⁹⁷ Micó Giner Javier, obra cit., pág. 77.

el que verifica que se cumplan todos, por tal motivo existen impedimentos para la realización de la escritura matriz electrónica.

1. La presencia del notario para asesorar a las partes
2. El notario debe dar fe de la identidad y capacidad de las partes
3. El notario debe constatar que el consentimiento de las partes ha sido libre y voluntario y que el contrato se adecua a la voluntad libremente acordado por los contratantes

Con lo que se hace indispensable la presencia física de las partes ante el notario para la autorización y otorgamiento de la escritura pública.

Al suscribir las partes la escritura, se cumplen los numerales antes mencionados, por el notario, pero si se suscribiera una escritura matriz electrónica el problema radica primero en que se le haría difícil al notario verificar los enunciados expuestos de validez y segundo debemos recordar que la Disposición Novena de la Ley 67 define al signatario como la persona que "posee los datos de creación de la firma electrónica" por lo tanto no brindaría al notario la seguridad de quien firma la escritura matriz electrónica es la misma persona que en el contrato comparece, pues no necesariamente el titular de la firma electrónica es quien manipula los datos de creación de la misma, lo cual podría suscitar entre las personas el mal uso de la firma electrónica.

Empero, puede justificarse este mal uso de la firma electrónica por parte de una persona que no sea el titular y la Ley 67 previene tal suceso en su Art. 15 literales e y d, ya que un deber del titular de la firma es el de custodiar y tener estricto control de su clave privada. Si se diera un uso indebido será responsabilidad del titular si éste no ha informado previamente a la certificadora de información o a la otra parte con la que contrata; o bien pudiera ser causa de este incidente la no implementación de tecnologías seguras por parte de la Certificadora de Información. Sea cual fuere el caso la Ley 67 también dispone la pena respectiva para las dos causales.

A nuestro parecer es posible cubrir estos requisitos presenciales de las partes ante el notario con la utilización de la webconferencia.

Se podría empezar a analizar que los requisitos del Art 27 numerales 2 y 3 (libertad y conocimiento con que proceden y se obligan las partes) al igual que del Art. 29 numerales 6, 10 y 11 (fe de conocimiento de las partes, fe de que el notario leyó a las partes todo el instrumento y suscribir la escritura pública en un solo acto), se puedan realizar (de admitirse) telemáticamente por medio de un programa de webconferencia con todas las seguridades posibles, en el cual solo puedan tener acceso los notarios y los otorgantes, supliendo la presencia física de ambos.

El notario en la minuta que deba solemnizar encontrará los certificados de la firma electrónica de las partes, necesarios en este proceso, ya que cuando llegue la hora de examinar los requisitos antes mencionados, el notario

ingresará al sistema (programa de webconferencia) las llaves públicas que se encuentran en los certificados de firma electrónica de los contratantes, para que los otorgantes tengan acceso con sus claves privadas en el día y hora señalados por el notario.

Después de verificar todos los requisitos del Art. 27 numerales 2 y 3, y el Art. 29 numerales 6, 10 y 11, el acceso al sistema será negado a los contratantes. Por lo tanto las partes ya no podrán acceder al programa de webconferencia, ya que el notario concluyó la verificación de los requisitos, para lo que hoy por hoy es indispensable la presencia de los otorgantes ante el notario.

El referido sistema de webconferencia acogerá las firmas electrónicas de los notarios que laboren en el país, renovando acorde al cese de funciones de los notarios para ingresar las firmas electrónicas de los que fueren nombrados. Por lo tanto, la empresa que preste este servicio debe estar en permanente contacto con el CJ, institución que nombra a los notarios.

Si se realizara matrices electrónicas notariales, el programa que se aplique para la protocolización electrónica debe tener llaves de seguridad para que no sea posible alterar su contenido. La creación de dicho programa cae en el ámbito técnico informático, por lo que los especialistas en ese tema deben reunirse con personas de Derecho que les encuadren en los tipos de seguridades que tiene que contener a la luz del Derecho, para posteriormente y antes de ser utilizada, se realicen ensayos de todo el proceso necesario en la legalización del contrato por medios telemáticos.

Cabe señalar, que si la contratación se hace por medios telemáticos, será necesaria que la autorización del contrato, la incorporación de la escritura matriz y el mantenimiento de los protocolos sea por el mismo medio para que exista homogeneidad.

El notario deberá verificar en la compraventa que el vendedor sea titular de derechos sobre el bien inmueble, esto es posible lograrlo si se interconectan las notarías con los diferentes Registros de la Propiedad¹⁹⁸ para que remitan la anterior escritura pública por medio telemático o se emitan certificados con el historial de dominio y el de gravámenes en formato electrónico o el notario consulte en línea el historial de dominio y certifique la información constatada. Para esto el Registro digitalizará todos los archivos a su cargo para crear una base de datos única complementando con las escrituras públicas electrónicas inscritas telemáticamente, para lo cual el Registro deberá acceder a una firma electrónica al momento que deba inscribir tales documentos notariales.

El incorporar escrituras públicas en un protocolo notarial electrónico, bajo custodia de la respectiva notaría, se tiene mayores ventajas frente al protocolo

¹⁹⁸ En el Congreso XXI Internacional del Notariado Latino, efectuado en Berlín, Alemania presentó “un Proyecto Piloto entre la Cámara Federal del Notariado y el Ministerio Estatal Sajón de Justicia, para la implementación del intercambio de datos entre notarios y oficinas del Registro de la Propiedad”¹⁹⁸. Esto ayudaría para conocer la actual situación jurídica de los contratantes.

notarial escrito, tales como: “perdurabilidad¹⁹⁹, flexibilidad en el traslado de la información, agilidad de obtener la información y la facilidad de obtener una copia²⁰⁰, permitiendo el protocolo notarial electrónico que las partes puedan hacer valer sus derechos, puesto que existe un registro donde se encuentra la escritura pública del negocio jurídico que celebraron.

Consecuentemente, según Bolás Alfonso Juan²⁰¹ el notario tiene dos funciones:

- a) Controlar la legalidad del documento y la concurrencia de todos los requisitos legales..., además de la identidad, capacidad, legitimación y libre voluntad de los contratantes en relación con el contenido del contrato”; y,
- b) Está obligado a cumplir con un determinado número de obligaciones de control y de obligación de datos a la Administración

Cabe resaltar que no todas las funciones notariales pueden hacerse por medios telemáticos, dando que en algunas es indispensable la presencia del notario, como levantar protestos (debe hacerlo en el documento físico: letra de cambios o pagares), intervenir en remates o sorteos, reconocimiento de firmas electrónicas, inventarios y autorizar actos de amojonamiento y deslice en sectores rurales²⁰².

2.5 LAS CYBERNOTARIAS Y LOS NOTARIOS VIRTUALES

El *Cybernotary*²⁰³ se creó porque los actos o contratos que requieren de formalidades de los países con derecho romano-germano frente al anglosajón poseen una alta seguridad jurídica y por lo tanto los actos ejecutados en Estados Unidos y que iban a surtir efectos en países donde el notario es indispensable para dar fe pública en contratos solemnes que la ley manda, no eran aceptados; inclusive ni en países de sistema common law como: Reino Unido, Irlanda y Sud África.

En el sistema anglosajón la figura de notario en sí, no existe; son más bien fedatarios, pues cualquier persona y no necesariamente alguien de derecho, se limita a “dar fe de las firmas de los contratantes, de su identidad y de su fecha, sin entrar en el contenido del contrato²⁰⁴. Y eran los abogados estadounidenses especializados en Derecho Internacional, quienes emitían una carta-opinión sobre los aspectos legales de la contratación hacia el país

¹⁹⁹ Se puede mantener la conservación en memorias digitales (disco duro, flash memory, cd's, etc.)

²⁰⁰ Redondo Aguilera Ada Lissette. *La situación de Guatemala respecto a la seguridad jurídica en la contratación por la vía electrónica*. Dorado, IX Jornada Notarial de Norte, Centroamérica y el Caribe, pág. 13 (en adelante obra cit.)

²⁰¹ Bolás Alfonso Juan. *Notariado y contratación electrónica*. Madrid, Consejo General del Notariado, 2000, pág. 54. (en adelante obra cit.)

²⁰² Ley Notarial, cit., art. 18 numerales 6, 7, 17 y 21.

²⁰³ Funcionarios públicos y profesionales de Derecho que certifican y autentican los actos o contratos internacionales vía telemática.

²⁰⁴ Bolás Alfonso Juan, obra cit., pág. 45.

extranjero donde iban a surtir efectos, que muchas veces no eran aceptadas en las legislaciones destinatarias, pues en países con sistema francés, germano o escandinavo, se considera al abogado como parte interesada y no como una tercera parte no interesada.

El proyecto *Cybernotaries* fue patrocinado por el *Committee* de la *American Bar Association* para acercarse a la forma del notariado latino.

Con tales antecedentes, se instituyó la figura *Cybernotary*, cuyo rol es tanto técnico como jurídico basándose en dos funciones complementarias²⁰⁵:

- Ámbito tradicional notarial de tipo latino, acogiendo principios del Derecho romano-germano para aplicar en juramentos, declaraciones, atestaciones, certificaciones y autenticación. Nos adentraremos en esta última que nos interesa por ser acorde al tema central.

El notario anglosajón no se encuentra familiarizado en el ejercicio de esta facultad tradicional, que da certeza que el contenido del acto o contrato reúne con los requisitos previstos en la ley hallándose dentro del marco jurídico. El no cumplirse con esta solemnidad trae como consecuencia el rechazo del documento por parte del país en donde se iban a producir los efectos.

Por tal motivo, se prevé que los actos o contratos autorizados y autenticados por el *Cybernotary* tengan pleno reconocimiento y efectos fuera de Estados Unidos, siempre que reúna con las formalidades del país destinatario.

- Ámbito técnico.- dado que debe garantizar seguridad en el empleo de medios telemáticos y/o informáticos los cuales serán necesarios para la contratación, al igual que poseer conocimientos en la utilización y verificación de la firma electrónica, ya que podrá ratificar la identidad y capacidad de los contratantes para autenticar el contrato.

Cabe precisar que la actuación de los *Cybernotaries* tendrá como limitación las operaciones de bienes inmuebles.

En cuanto a notarías virtuales²⁰⁶ se hará referencia exclusivamente a la legislación española, por ser ésta la que presenta el primer escenario que nuestra legislación quiere alcanzar.

La Agencia Notarial de Certificación²⁰⁷ (ANCERT) crea las Autoridades de Certificación raíz que expide certificados raíz para las Autoridades de Certificación subordinadas, y éstas a su vez a los usuarios finales. Las Autoridades de Certificación subordinadas se subdivide en Certificados

²⁰⁵ Sedgwick Barassi, Theodore. *The Cybernotary. Public Key Registration and Certification and Authentication of International Legal Transaction*, United States Council for International Business. <http://www.abanet.org/scitech/ec/cn/cybernote.html>

²⁰⁶ Aquellas que brinda su servicio por medios telemáticos.

²⁰⁷ El Consejo Nacional del Notariado posee el 100% del capital social de la Agencia Notarial de Certificación

Notariales Personales, de Sistemas, Corporativos, Corporativos Personales, para Corporaciones de Derecho Público, FERN²⁰⁸ y para empleados de notarías y colegios notariales y cada una dependiendo de su naturaleza entrega certificados a los notarios, personal de notarías y colegio notarial, personas jurídicas, representantes de personas jurídicas, personas naturales y representantes de personas naturales.

La presolicitud se la puede hacer vía web, comunicando ciertos datos personales y seleccionando el notario ante quien se desea concurrir, quien se pondrá en contacto con el solicitante y le notificará día y hora para que se acerque a su notaría.

La solicitud para acceder a un certificado comprende acercarse personalmente ante la Autoridad de Registro²⁰⁹

para la comprobación y confirmación de la identidad personal del Solicitante, así como la aportación de la documentación que corresponda, la cumplimentación de formularios, y suscripción de los Contratos que se establezcan²¹⁰.

El procedimiento que realiza el notario español en la expedición de la firma electrónica y su respectivo certificado se lo hace en presencia del solicitante, lo cual detalladamente se encuentra en el Anexo 9.

En el certificado se expresa los fines legales permitidos por la Agencia Notarial de Certificación para su utilización.

2.6 CIERRE DEL CAPÍTULO

La Ley Notarial actual posee barreras para la implementación de medios telemáticos en la instrumentación del contrato de compraventa de bienes inmuebles, por lo que en este capítulo se ha desarrollado el empleo de la contratación telemática en las funciones del notario, para que éste pueda crear el justo título que emanará las obligaciones del vendedor como del comprador.

Para lo cual, se deberá otorgar firmas electrónicas a los notarios y con respecto a ese tema se ha propuesto un procedimiento acorde a la naturaleza de este trabajo para que accedan tanto a la firma electrónica como al certificado respectivo.

Otro punto que resalta en este capítulo es la conexión de las notarías con las diferentes instituciones públicas que deben actuar para el perfeccionamiento de la compraventa de bienes inmuebles, con lo que habría celeridad en el proceso y ahorro de dinero.

²⁰⁸ Firma Electrónica para Registradores y Notarios.

²⁰⁹ Notarios españoles que se encargan de comprobar la veracidad de los datos de los solicitantes y de entregarles una póliza de autenticación previa la entrega de los certificados

²¹⁰ Agencia Notarial de Certificación (ANCERT). *Declaración de prácticas de certificación*, de 6 de marzo de 2006, pág. 22 (en adelante cit.)

Siendo necesaria la presencia física de los otorgantes ante el notario, se propone la implementación del programa de webconferencia, por medio del cual, el notario podría verificar los requisitos del Art. 27 y del Art. 29 de la Ley Notarial.

Todo esto, se ha basado en la legislación española que se encuentra avanzada en esta materia, por lo tanto el primer paso a seguir de la legislación ecuatoriana será acercarse a la legislación española, acomodándolo al marco jurídico ecuatoriano actual.

CAPITULO III

3. CONTRATO SOLEMNE ELECTRÓNICO DE COMPRA-VENTA DE BIENES INMUEBLES: DESAFÍO Y OPORTUNIDAD

3.1 LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS DE COMPRA-VENTA DE BIENES INMUEBLES POR MEDIOS TELEMÁTICOS

3.1.1 REQUISITOS

En este punto se hará alusión a los requisitos necesarios y el procedimiento para alcanzar el perfeccionamiento del contrato de compraventa de bienes inmuebles por el medio tradicional para luego analizar los problemas que se tendría en la contratación telemática basándose en la actual Ley Notarial.

Comenzamos con la oferta de la venta del bien inmueble describiendo sus características, lugar donde se encuentra, si recae en el bien algún gravamen, el precio, la forma de pago, etc., así el destinatario de la oferta analizará si le conviene o no, para dar su aceptación.

El vendedor debe trasladarse de un lado a otro para reunir documentos necesarios que le pide el notario, estos son: impuesto predial, certificado de gravamen, escritura anterior inscrita en el Registro de la Propiedad, impuesto de alcabala e impuesto de plusvalía (predios urbanos); adjuntos a la minuta firmada por un abogado para elevarla a escritura pública.

Con tales documentos el notario verifica la situación del bien inmueble para garantizar que se encuentra dentro del comercio, que el titular ha pagado todas sus obligaciones fiscales y municipales, en sí que el objeto sea lícito para la venta, cumpliendo con el primer requisito de validez de los actos jurídicos.

Antes de redactar la escritura pública, el notario personalmente debe examinar a través de la “manifestación de los comprobantes legales de la capacidad y el estado civil”²¹¹ la capacidad de los contratantes, reuniendo el segundo requisito de validez de los actos jurídicos; separadamente hablará con las partes a fin de constatar si existen vicios del consentimiento en la contratación o si tienen conocimiento del negocio jurídico que están por realizar, si no supieren los instruirá explicando lo que es y los efectos que producirá la escritura pública de compraventa de bienes inmuebles. El notario indagará la motivación que tienen las partes para realizar el acto, que en el caso de la compraventa será la razón de venta para una parte y la razón de la compra por parte de la otra, dando cuenta del tercer requisito de validez de los actos jurídicos que es la causa lícita. El Art. 1483 del Código Civil expresa que “la pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente”.

El notario cumple con su rol de observador, tercero de confianza, consejero, investigador, vigilante de los derechos de las partes al comprobar los requisitos

²¹¹ Ley Notarial, cit., Art. 28 inc. 1

previos a la escritura pública, ya que dará fe pública de su contenido, de la identidad, capacidad y legitimidad de los otorgantes.

La escritura pública deberá contener, los requisitos expresados en el Art. 29 de la Ley Notarial que previamente vimos en el punto 2.2.2 “Escritura Pública”.

Generalmente, muchos de los requisitos tanto previos y de contenido de la escritura pública no son verificados por el notario sino por un empleado de la notaría. Pero esta persona no necesariamente es profesional de Derecho, por lo que no tiene la posibilidad de garantizar el contenido; además que la única persona autorizada por la ley para hacerlo es el notario.

Al terminar con la redacción de la escritura pública con su debida foliación, esta misma persona da lectura a los contratantes, pidiendo sus cédulas de identidad para cerciorarse de que las personas que dicen vender y comprar son las mismas a las expresadas en la escritura. Si no hubiere oposición del contenido (tal vez algún error en los nombres, precio, inmuebles, etc.) proceden a firmar los otorgantes y estampar su huella digital, formando el consentimiento en el contrato de compraventa de bienes inmuebles, con el cual se obtiene el cuarto requisito de validez de los actos jurídicos.

Luego, será entregada la escritura matriz al notario para que revise si posee todos los requisitos del Art. 29 de la Ley Notarial; si reúne procederá a poner su rúbrica y sello de la notaría al extremo derecho de cada página, así como su firma al final de la escritura y el timbre de la notaría. De la matriz se sacará cuantas copias requieran las partes, por lo que una vez entregadas las copias, el notario cerrará la escritura matriz con una raya al lado izquierdo de cada página.

Nótese que la suscripción de los otorgantes y del notario no necesariamente es en un solo acto.

Según el Art. 48 de la Ley Notarial constituye causa de nulidad la escritura pública en la que no hubo presencia del notario para la suscripción con los otorgantes; entonces, la gran mayoría de las escrituras públicas otorgadas en el Ecuador serían nulas.

Concluido este proceso, otorga a los contratantes el justo título de la compraventa, perfeccionándose el contrato y emanando de él las obligaciones de las partes: pagar el precio y transferir el dominio. Y la escritura matriz será incorporada al protocolo.

Si la matriz no se encuentra en el protocolo o si se encuentra pero en diferente orden sin cumplir el Art. 23, numeral 2, será nula.

La inobservancia del notario de aquellas formalidades que la ley manda y que no se encuentran en el Capítulo IV de la Ley Notarial, “no anularán las escrituras; pero los notarios podrán ser penados por sus omisiones con multas que no pasen de mil *sucres*”, según el Art. 48 *ibídem*.

Además de lo anteriormente mencionado se deberá reunir para la celebración del contrato de compraventa por medios telemáticos lo siguiente:

- Que las partes, notario, abogado que realice la minuta, registrador de la propiedad, Municipio y Consejo Provincial obtengan su firma electrónica y certificado respectivo.
- Que los contratantes autoricen expresamente al notario que efectúe los pagos relativos al contrato, si así lo quisieren; puesto que el notario lo puede hacer a través de medios telemáticos adjuntando al pago la copia certificada electrónica del documento que contiene el contrato firmado electrónicamente.
- Que esté instalada la webconferencia en las notarías para que el notario cumpla con los requisitos establecidos en el Art. 27 2 y 3 y Art. 29 numerales 6,10 y 11 de la Ley Notarial.
- La conexión por medio telemático de notarías con el Registro de la Propiedad, Municipio y Consejo Provincial donde se encuentra el bien inmueble y con el Banco Central del Ecuador pues es la Certificadora de Información autorizada en el país.

3.1.2 PROBLEMAS

La falta, por no decir inexistente capacitación de los futuros actores principales de este tipo de contratación, es uno de los problemas arraigados que detiene este proceso inminentemente favorable para el desarrollo de la Sociedad de la Información. Pareciere que la mayoría en el Ecuador se resiste al cambio que se está produciendo en el mundo entero, del cual estamos quedando rezagados, cambio que tarde o temprano tocará nuestras puertas y es preferible que estemos preparados por si fuere temprano que escucháramos su llamado.

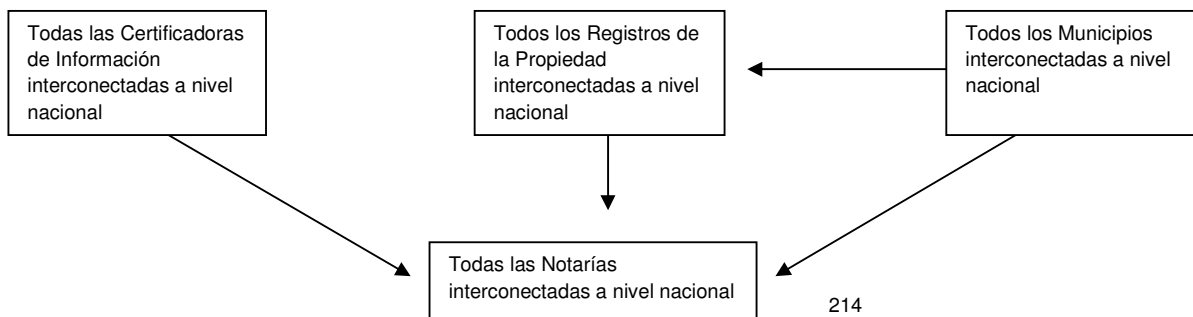
Desde el año 2002 entró en vigencia la Ley 67 y desde tal año no hemos avanzado mucho, recién el anterior año funciona en el Ecuador la primera Certificadora de Información, el Banco Central del Ecuador, sin embargo en el 2007, empresas privadas pedían al CONATEL autorización para funcionar como tales, peticiones que fueron calificadas y luego dejadas sin efecto. Uno de ellas, ESDINAMICO ya funcionaba en Chile como Prestadora de Servicios de Certificación, es decir, posee conocimiento al igual que experiencia en el mercado, pudiendo haberlo explotado en el Ecuador; a diferencia del Banco Central, ya que su finalidad es diferente al de ser una Certificadora de Información, puesto que su objetivo es el de dictar políticas monetaria, cambiaria, financiera y crediticia. Por lo tanto, dicha institución pública está recién comenzando a aprender, entender, practicar el ámbito informático dentro del Derecho, y ciertamente al comienzo de cualquier emprendimiento existen errores por falta de experiencia y no ha sido excepción la de esta Certificadora de Información. Es excelente que ya esté otorgando firmas electrónicas tanto a personas naturales como a personas jurídicas privadas y públicas, pero ¿de qué sirve, si ninguna conoce el ámbito de práctica de tal instrumento, ni su funcionamiento o sus efectos o la porción de seguridad jurídica que otorga?

A toda persona se le hace difícil aplicar nuevas teorías y más aún si conoce poco o nada de ella, eso pasa en el Ecuador; por una parte la legislación nos entrega un cuerpo jurídico que habla de forma superficial sobre la contratación electrónica y telemática: sus elementos, efectos jurídicos, seguridad jurídica, etc., y por otra parte nos deja en el vacío al no existir capacitación para accionar la Ley 67 en su máxima expresión, que sin duda alguna para que haya esa aplicación ideal es y será necesario reformas y creación de varios cuerpos legales que permitan a cada actor de la Sociedad de la Información ejercer sus funciones en el ámbito telemático. Como es el caso del servicio notarial, que posee una Ley de 1966, antiquísima, no acorde a los desafíos que el futuro le exige para precautelar a las partes en la contratación telemática. Uno de esos desafíos es brindar la seguridad con respecto a la pertenencia de la firma electrónica, por tanto, se deberá añadir una atribución más al notario para que éste sea quien verifique la identidad, capacidad y legitimidad del solicitante para emitir un acta de atribución después de obtenida la autorización por parte de la Certificadora de Información. Ya que de forma presencial, el notario verificará los datos del solicitante y que la firma electrónica que está autorizando la Certificadora de Información, pertenece solo a tal solicitante y a nadie más, esto quiere decir, que el notario, como siempre hemos creído, debe ser a más del único Tercero Vinculado, ser quien proceda al reconocimiento de la firma electrónica otorgada al solicitante antes de que sea utilizada. Dado que si bien es cierto, la firma electrónica es escindible de la persona, es razón más que suficiente para darle un tratamiento especial y seguro a la hora de ser otorgada a una persona. Y en este punto, también existe el problema de no existir un artículo en la Ley Notarial de carácter optativo²¹² para la adquisición de firmas electrónicas por parte de los notarios, exclusivas para el uso de sus atribuciones como tales. Tal limitación y procedimiento de concesión se propuso en el segundo capítulo, punto quinto, sobre la entrega de firmas electrónicas a los notarios.

Lo ideal sería que se comience interconectando a través de la infraestructura de internet las bases de datos de las notarías de cada cantón, de cada provincia y por último, todas ellas en un enlace nacional dirigido y controlado por la Federación Ecuatoriana de Notarios, para lo cual será indispensable que en un lapso todos los documentos sean desmaterializados. Con esto, en nuestro caso en particular, se podrá transferir las diferentes copias certificadas de las anteriores escrituras públicas de compraventa, requisito esencial para que se realice una nueva compraventa del bien inmueble, cumpliendo así con el principio de tracto sucesivo, siendo lo ideal que los registros automaticen toda la información para revisión.

²¹² Optativo porque habrán notarías que no posean la tecnología necesaria para implementar la contratación telemática, para lo cual será más razonable que el Estado les otorgue todos los instrumentos al igual que capacitación para que puedan comenzar a aplicar medios telemáticos en el ejercicio de sus funciones.

Lo mismo se deberá hacer con las Certificadoras de Información²¹³, Municipios, Consejos Provinciales y Registros de la Propiedad, cada una de ellas interconectadas con su grupo, para luego interconectarlas con el grupo de notarías.



La interconexión entre Certificadoras de Información y notarías tiene como fin que ambas estén en constante comunicación y transferencia de datos para que accedan a una lista de todas las autorizaciones, actas de atribución y extinciones de firma electrónica, además de las extinciones, cancelaciones y suspensiones de los certificados de firmas electrónicas a nivel nacional.

La interconexión entre las notarías con los Municipio será con fines impositivos.

Muy importante es la conexión que tengan las notarías con los Registros de la Propiedad, ya que les permitirá asegurar la situación jurídica del bien inmueble objeto del contrato de compraventa, esto es, descripción, nombre del titular, forma de adquisición, y si recae algún gravamen sobre el inmueble. Además de facilitar la inscripción por medio telemático del contrato de compraventa, enviando la copia certificada electrónica respectiva de la escritura pública desde las notarías hacia el respectivo Registro de la Propiedad, ganando celeridad y seguridad en el proceso.

Otro de los problemas, es cumplir con los requisitos que exige la Ley Notarial, en los cuales es necesaria la presencia física de los otorgantes para dar fe de conocimiento de los mismos, es decir, que el notario debe constatar que los contratantes entienden el negocio jurídico que están realizando; y debe dar fe de haberles leído la escritura.

Estos dos puntos requieren de la presencia física tanto del notario como de los contratantes, por lo tanto se deberá permitir al notario contactarse con ellos por medio de webconferencias pudiendo cumplir con estas exigencias. (Se trató en el segundo capítulo numeral 2.4).

Debido a que la suscripción de la escritura pública por parte del notario y los otorgantes debe ser “presencial”²¹⁵, en un solo acto, se tendría que modificar

²¹³ En el Ecuador no habrá problema alguno con esta entidad por existir una sola, pero siempre es bueno prever y brindar un camino claro en el caso (que lo habrá) de que existan más Certificadoras de Información.

²¹⁴ Fuente: autor del trabajo

para la viabilización de la contratación telemática, estableciendo un lapso máximo en el cual enviada la escritura a los otorgantes deban firmar electrónicamente para reenviar a la notaría y completar con la firma electrónica del notario o al momento de la webconferencia proceder a suscribir la escritura, por lo que se lo haría en un solo acto.

Otro problema es la enumeración de las fojas manualmente o a máquina y la rúbrica al anverso y reverso de la escritura pública para que pueda ser incorporada al protocolo, por ende, se deberá incluir que la numeración podrá ser hecha a través de un procesador de texto.

La firma electrónica asegura que no hubo alteración en el contenido del documento, consecuentemente, se podría obviar la rúbrica, ya que habría seguridad de las fojas que componen la escritura pública, pero solo en el caso de utilizar firmas electrónicas que son las que brindan esta seguridad de inalterabilidad.

Acerca del timbre y sello de la notaría, pueden ser creados electrónicamente con todas sus seguridades, evitando que alguna persona pueda reproducirlos y hacer mal uso de los mismos.

Se deberá incluir en la Ley Notarial, la definición y constitución de protocolos electrónicos especificando que se constituirá de escrituras matrices electrónicas y que su archivo será igualmente en un soporte electrónico.

Ya que la propuesta es que todo el procedimiento sea telemático, se debe establecer una forma de pago igualmente electrónica con transacciones bancarias o tarjeta de crédito o cualquier otro medio compatible.

El reto y una de las pruebas igualmente grande es construir medios técnicos de transmisión de información seguros.

3.1.3 OPORTUNIDADES

Los medios telemáticos acortan distancias, esta es una de las ventajas más grande que nos proporciona la red de redes, puesto que fácilmente nos podría acercar a la persona con quien se quiere contratar, a los notarios, a los Municipios, Consejos Provinciales y Registro de la Propiedad del cantón en donde se encuentre el bien inmueble; si bien es cierto la competencia del notario no se basa en el lugar donde esté el bien, sino en el cantón para el cual fue nombrado, otorgándonos la posibilidad de que cualquier notario²¹⁶

²¹⁵ Entre comillas expuesta esa palabra, ya que la Ley Notarial solo establece que la suscripción de la escritura pública debe ser en un solo acto, mas no dispone que sea indispensable la presencia física de los otorgantes ante el notario, por lo que a nuestro modo de ver puede ser reemplazada dicha presencia con algún medio que permita que la suscripción se realice efectivamente en un solo acto.

²¹⁶ Lo ideal va a ser que cualquier notario, de preferencia de las partes, pueda solemnizar el contrato de compraventa de bien inmueble; pero en un comienzo se tendrá que optar por el notario del cantón en donde se encuentre el bien inmueble, ya que será éste quien este interconectado en un principio con el Municipio y el Registro de la Propiedad de dicho cantón. Tenemos que recordar que será en algún momento que todos las notarías estarán

solemnicen un contrato de compraventa de bien inmueble sin que las personas se movilicen, pero al inscribir el bien se lo tendrá que hacer en el cantón donde esté ubicado.

Por lo tanto, al conectar las notarías con los Municipios y Registros de la Propiedad, los contratantes no tendrán que moverse, dado que enviarán telemáticamente al notario el contrato para que lo eleve a escritura pública y éste a su vez pedirá a los Municipios y al Registro de la Propiedad del cantón donde se ubique el bien inmueble, los comprobantes de los diferentes impuestos que versen sobre la compraventa y la historia del bien inmueble, respectivamente; para luego de reunida toda la documentación enviar la copia certificada de la escritura pública al Registro de la Propiedad del cantón donde se ubique el inmueble, para que sea inscrito; con lo cual existiría celeridad desde el comienzo hasta el final del proceso y un ahorro económico a los contratantes.

Una oportunidad grande nos brinda un elemento de la contratación telemática, que es la firma electrónica, al aportar certeza de que el mensaje de datos que fue enviado no ha sufrido ninguna alteración, asegurándonos que su contenido no ha cambiado, ya que al encriptar con la llave privada el hash result da como resultado la firma y si el mensaje sufrió alguna manipulación, el hash result originado con la llave pública no será el mismo que el hash result inicial; también podemos conocer con veracidad si se ha utilizado la firma electrónica de la parte que celebra el contrato, a través de la llave pública que deberá ser accionada por el destinatario del mensaje, complementándose tanto la llave privada y pública del remitente, si no pasare esto nos encontraremos con que no se ha utilizado la llave privada correcta.

De igual manera, el certificado de firma electrónica nos ofrece seguridad de la identidad, capacidad y legitimidad del usuario, dado que para otorgarla la Certificadora de Información debe verificar los datos que el solicitante ha proporcionado; y como una forma de asegurar aún más la concesión, se propone que el notario reconozca la firma electrónica y el certificado.

El ahorro de espacio físico es evidente al utilizar soporte electrónico para archivar la documentación de las notarías, brindando un mayor mantenimiento y facilidad de búsqueda en el tiempo, pues la capacidad de un soporte electrónico es amplia para resguardar información.

Recientemente, con la vigencia del COFJ se crea el Archivo Nacional Notarial, que busca preservar en soporte electrónico los actos y documentos notariales, por lo tanto facilita un poco más la familiarización de los notarios con el empleo de la informática, aportando con un granito de arena en la formación de una Sociedad de Información completa en el Ecuador. No olvidemos que todavía tenemos que esperar por la regulación del Archivo Nacional Notarial, lo cual nos guiará a un mejor entendimiento de qué clase de escrituras públicas

interconectadas con todos lo Municipio, Consejos Provinciales y Registros de la Propiedad a nivel nacional, por lo tanto no existirá problema de interconexiones y las partes podrán elegir al notario de su preferencia, sea cual fuere o este donde este.

manejarán los notarios: escrituras matrices electrónicas o escrituras matrices tradicionales escaneadas con el fin de guardarlas en soporte electrónico, si fuere el primer caso tendríamos la oportunidad de dar un giro rotundo a varias leyes, introduciendo en cada una de ellas la contratación telemática, pero eso sí teniendo siempre presente que lo único que se cambia es el medio por el cual se va a realizar la contratación, el ejercicio de las funciones y la transferencia de datos; mas no los actos o contratos que seguirán intactos.

La contratación telemática también posibilita que el notario sea un tercero independiente al momento de perfeccionar el contrato de compraventa de bienes inmuebles, agregando pleno valor probatorio, pues el documento electrónico, la firma electrónica, los certificados y los mensajes de datos se rigen bajo el principio de igualdad hacia los documentos públicos escritos, lo cual nos permite presentar como medio de prueba los contratos realizados por esta vía, según la Ley 67, por tanto es una ventaja para que la gente no tenga miedo o recelo en aplicar medios telemáticos en la contratación que quieran realizar.

3.1.4 SEGURIDAD JURÍDICA

Es necesario establecer un fuerte marco jurídico en la contratación telemática porque así se dará seguridad a las personas que contraten a través de esta vía; no solamente se deberá incluir a los notarios sino también a los diferentes Municipios, Consejos Provinciales y Registros, al igual que incorporar a los diferentes negocios jurídicos de poco a poco en esta autopista futurista.

De que la seguridad abrace los derechos de los contratantes al perfeccionar los diferentes negocios jurídicos utilizando medios telemáticos, dependerá de la garantía equitativa entre modo tradicional y electrónico, puesto que si no se garantiza, difícilmente las personas podrán confiar en ejecutarlos. Pero ojo el modo es el que va a cambiar, el negocio jurídico es el mismo no cambia, ni cambiará.

Se ha regulado ciertos elementos del contrato telemático para que los efectos jurídicos sean los mismos que emanan los tradicionales, por ejemplo: los mensajes de datos con los escritos, la firma electrónica con la firma manuscrita.

Pero siempre es bueno dar un paso adelante, en este caso queremos incluir a los notarios en la compraventa de bienes inmuebles por medios telemáticos, ya que es la única persona que puede elevarlos a escritura pública, formalidad indispensable en este contrato.

Dado que y con anterioridad lo he dicho, el notario es el tercero de confianza, un asesor, un observador, un protector de los derechos de las partes, imperativamente tiene que seguir siéndolo en este tipo de contratación.

Consiguientemente, nosotros personas de Derecho tenemos que crear las herramientas necesarias dentro del ámbito jurídico, dado que no podemos cegarnos al progreso mundial de la informática que incluye a su paso todo ámbito que quiera acoplarse. Muchas legislaciones avanzadas ya han incluido

el Derecho en la informática, pensando en el futuro y en el desarrollo del mismo.

Las relaciones tanto nacionales e internacionales piden que se aproveche la tecnología para acortar distancias y destruir fronteras sin dejar atrás la protección de sus derechos y la correlativa obligaciones.

El regular no es cosa sencilla, la ley está para el amparo de las personas, por tal motivo se tiene que reformar (como es el caso), pensando en que no se vaya a limitar o restringir u olvidar los derechos tanto del vendedor como del comprador, si no que a buena hora se pueda expandir cubriendo aun más el universo de seguridad que la ley debe brindarles al utilizar el medio telemático para fomentar e incentivar su aplicación, proporcionando certeza de la identidad de las partes, la inalterabilidad del contenido del negocio jurídico al cual expresaron su voluntad, apoyo de un notario nombrado legalmente, se adjunte siempre el certificado autenticado de la firma electrónica que utilizan las partes, etc.

Con la participación del notario se da abrigo a la legalidad del contrato telemático de compraventa de bienes inmuebles, al igual que abrir la posibilidad de extenderlo a diferentes contratos.

La seguridad jurídica se encuentra en que las partes se obligan a todo lo que contiene la escritura pública, y en el caso de existir una escritura matriz electrónica de igual manera producirá los mismos efectos jurídicos propios de la compraventa, sobre todo gracias a la firma electrónica, puesto que la Ley 67 le reconoce igual validez que la firma manuscrita.

Los contratantes verán asegurados los términos de su contrato porque no se podría alterar el contenido una vez elevada a escritura pública y archivada la matriz electrónica.

El papel del notario es ser un representante del Estado que de sostén en las transacciones contractuales solemnes en la red de información, para lo cual se debe redactar reglas claras que den la tranquilidad al usuario y otorgar recursos a las partes cuando sus derechos se hayan visto violados.

El punto no está en crear una nueva Ley Notarial, sino reformar, en cuanto sea acoplado y ampliado a esta tendencia informática de Derecho.

3.2 PROPUESTA DE REFORMA A LA LEY NOTARIAL

Considerando:

Que la informática en el ámbito de la contratación telemática necesita de una regulación jurídica para proteger los derechos de los usuarios;

Que el servicio notarial debe incorporarse a esta nueva forma de contratación para vigilar, garantizar, brindar seguridad y dar fe pública de los actos o contratos que se celebren con el empleo de medios telemáticos;

Que la actual Ley Notarial posee obstáculos que permitan la aplicación de la contratación telemática, al no prever el empleo de medios telemáticos;

Que al entrar en vigencia el 17 de abril de 2002 en Registro Oficial Suplemento N° 557 la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, se hace indispensable una actualización del rol de los notarios con el fin de que formen parte de la Sociedad de Información;

Resuelve:

Expedir la siguiente:

Ley Reformatoria a la Ley Notarial

Art. 1.- Modificar el Art. 6 con lo siguiente:

Art. 6.- “Los notarios son funcionarios públicos investidos de fe para autorizar, a requerimiento de parte, los actos, contratos o documentos determinados en la ley, para lo cual se empleará sin restricción los medios electrónicos y telemáticos con observancia de lo establecido en las leyes especiales sobre la materia.

De igual manera, son profesionales de Derecho en el ámbito de su función pública notarial, con la misión de aconsejar a las partes en cuanto al medio jurídico idóneo para la realización del fin lícito que se proponen y los efectos que provocará la celebración del mismo.

Para juzgarlos penalmente por sus actos oficiales gozarán de fuero de Corte.”

Art. 2.- Se agrega a continuación del Art. 7 el siguiente artículo innumerado:

Art....- “La personas tienen el derecho de libre elección de notario, sin que existan barreras geográficas en la aplicación de medios telemáticos, siempre y cuando converjan todos los elementos de seguridad establecidos en esta ley y su reglamento.

Si las partes recurrieran físicamente ante el notario, también deberán ejercer el derecho de libre elección.”²¹⁷

Art 3.- Se agrega en el Art. 8.1 a continuación del sexto inciso un párrafo con lo siguiente:

“Un punto por cada título o certificado referente a conocimientos de informática, hasta un máximo de cuatro.”

Art. 4. – Se agrega a continuación del Art. 10 los siguientes artículos innumerados:

Art....- “El Consejo de la Judicatura enviará telemáticamente a las personas elegidas sus nombramientos desmaterializados firmados electrónicamente y a una notaria elegida por sorteo. Ésta última remitirá por medio telemático copia

²¹⁷ Anexo 10: Ver agregado 1.

electrónica autorizada de cada uno de los nombramientos y las actas de atribución correspondientes a la Entidad de Certificación de Información autorizada, la que en un lapso de 15 días entregará a los notarios nombrados las llaves públicas y privadas con su respectivo certificado.

La persona que ha sido nombrada como notario de forma continua, utilizará la misma firma electrónica y certificado que le fue entregado en su primer nombramiento, excepto en los casos en que cambie su competencia o que ha habido interrupción en el ejercicio de su función como notario desde el primer nombramiento y el nuevo, para lo cual en ambas circunstancias deberá acceder a un nuevo certificado.”

“Art....- Los notarios podrán emplear firmas electrónicas para remitir documentos públicos notariales, comunicaciones, partes, declaraciones y liquidaciones tributarias, solicitudes o certificaciones por vía telemática a otros notarios u otorgantes o intervinientes de un acto o contrato, o registradores: de la propiedad o mercantiles, o a las Administraciones Públicas o a cualquier órgano jurisdiccional, siempre en el ámbito de su respectiva competencia y por razón de su oficio.”

Art 5.- Se agrega en el Art. 11 un párrafo con lo siguiente:

“La duración del certificado de firma electrónica respectivo otorgado a los notarios durarán hasta el tiempo en que cese sus funciones, excepto en los casos determinados en esta ley.”

Art. 6.- Se agrega en el Art. 12 a continuación de “por inventario el archivo de la notaría” lo siguiente: “sea que haya documentos creados por medios telemáticos, para lo cual se deberá conservarlos en soporte informático.”

Art. 7.- Se agrega en el Art. 13 a continuación de “por la actuación de éste en el ejercicio del cargo”, lo siguiente: “El Consejo de la Judicatura deberá pedir la firma electrónica y el certificado del notario suplente a la Entidad de Certificación de Información autorizada a través de medios telemáticos, adjuntando el nombramiento y los documentos que determinen la identidad del notario suplente y el nombramiento del notario principal. La Certificadora de Información en un lapso de no más de 15 días entregará al notario suplente la firma electrónica y el certificado.”

Art. 8.- Se agrega a continuación del Art. 17 el siguiente artículo innumerado:

Art....- La publicidad de la oficina notarial y de su titular deberá realizarse preferentemente a través de los sitios web de los Colegios Notariales y del Consejo de la Judicatura.

El Consejo de la Judicatura mantendrá una lista actualizada de los notarios en función a nivel nacional. Los Colegios Notariales mantendrán una lista actualizada de los notarios que estuvieren colegiados en su ámbito territorial. En los sitios web de ambas instituciones y a los efectos de la identificación del notario y localización de la notaría, se incluirá el nombre y apellidos del notario,

su fotografía si éste lo solicitara y la dirección, correo electrónico, números de teléfono y fax de notaría.”

Art. 9.- Se modifica el numeral 1 del Art. 18 con lo siguiente:

“Autorizar los actos o contratos por medios análogos o telemáticos, a que fueren llamados y redactar las correspondientes escrituras de igual forma por cualquiera de los medios antes mencionados, salvo que tuvieren razón o excusa legítima para no hacerlo.

Para autorizar los actos o contratos por medios telemáticos, el notario deberá tener el consentimiento escrito de ambas partes en tal sentido.”

Art. 10.- Se agrega en el Art. 18 el numeral 28 con lo siguiente:

“28) Actuar como Tercero Vinculado al verificar la identidad y capacidad del peticionario de firma electrónica y de la aprobación de concesión de firma electrónica por parte de la Certificadora de Información correspondiente, para posteriormente emitir acta de atribución por medio telemático a la Certificadora de Información.”²¹⁸

Art. 11.- Se agrega en el Art. 19 literal a) a continuación de “receptar personalmente” lo siguiente: “o a través de medios telemáticos.”²¹⁹

Art 12.- Se agrega en el Título II “De los documentos notariales” a continuación del Art. 21 los siguientes artículos innumerados:

“Art....- Los documentos notariales no perderán dicho carácter por el hecho de constar en soporte electrónico siempre que estén firmados electrónicamente por el notario o en su caso por los otorgantes o intervinientes, ambos en conformidad con la Ley 67.”

“Art....- La autorización o intervención notarial del documento notarial electrónico deberá estar sujeta a las mismas garantías y requisitos que la de todo documento público notarial y producirá los mismos efectos.

Con independencia del soporte en el que se encuentre el documento público notarial, el notario deberá dar fe de los pre-requisitos establecidos en el Art. 27 de esta ley.”

“Art....- Los documentos públicos notariales sean electrónicos o en soporte papel gozarán de fe pública por lo tanto su contenido será veraz e íntegro de acuerdo con lo dispuesto en esta u otras leyes.”

Art. 13.- Se agrega en el Art. 22 a continuación de “documentos públicos o privados” lo siguiente: “tradicionales o electrónicos”.

Se agrega un párrafo a continuación del primer párrafo con lo siguiente:

²¹⁸ Anexo 10: Ver agregado 2.

²¹⁹ Anexo 10: Ver agregado 3.

“Los protocolos podrán ser físicos o electrónicos dependiendo de la infraestructura tecnológica que posea la notaría, pues tendrá que responder de igual manera que lo hace con los protocolos físicos.

Aquellas notarías que posean protocolos físicos deberán desmaterializar los documentos incorporados en él para remitir al Archivo Nacional Notarial conforme lo dispuesto en el Código Orgánico de la Función Judicial.”²²⁰

Art. 14.- Se agrega en el Art. 23 párrafo primero a continuación de “se dividirán en libros o tomos mensuales” lo siguiente: “de soporte físico o electrónico”.

Se modifica “o de quinientas fojas cada uno” por “de quinientas fojas cada uno”.

Se modifica el numeral 1 del Art. 23 por lo siguiente: “Las fojas estarán enumeradas a computadora o a máquina de escribir o manualmente.”

Se agrega en el numeral 5 del Art. 23 a continuación de “por el notario en el anverso y el reverso” un párrafo con lo siguiente:

“Si se ha redactado la escritura pública por medio electrónico, y posee las seguridades que contempla la Ley 67 para dar plena validez a los mensajes de datos, no se aplicará la disposición del párrafo anterior de este numeral; y,”

Art.15.- Se agrega en el Art. 24 a continuación de “y la determinación del objeto sobre que versen” un párrafo con lo siguiente:

“Las notarías que cumplan con los requisitos de creación de protocolos electrónicos estarán obligados a llevar índices informatizados de los mismos o si no fuere el caso también deberán llevar índices informatizados de la desmaterialización de los documentos autorizados por ellos para en ambos casos remitirlos telemáticamente adjuntando la firma electrónica del notario al Archivo Nacional Notarial conforme a lo establecido en el Código Orgánico de la Función Judicial.”

Art. 16.- Se agrega en el Art. 26 un párrafo con lo siguiente:

“La escritura pública podrá estar en soporte electrónico siempre que reúna con las seguridades establecidas en la Ley 67 referente a los mensajes de datos y firma electrónica y en las establecidas en esta ley.”²²¹

Art. 17.- Se agrega en el Art. 27 numeral 4 a continuación de “la multa impuesta por la ley al notario” lo siguiente:

“El notario podrá efectuar los pagos de los impuestos relativos al acto o contrato siempre y cuando las partes, por escrito, así lo hayan manifestado.”²²²

Art 18.- Se agrega en el Art. 28 primer inciso a continuación de “verificando la identidad de dicho representante legal.” lo siguiente: “Si se ha de realizar por

²²⁰ Anexo 10: Ver agregado 4.

²²¹ Haciendo referencia al Art. 17 de esta Reforma a Ley Notarial.

²²² Anexo 10: Ver agregado 5.

vía telemática el proceso notarial, el medio de identificación será necesariamente el certificado de la firma electrónica de los otorgantes expedido por la Certificadora de Información legalmente autorizada.”

Se agrega un párrafo a continuación del tercer inciso con lo siguiente: “Si se empleo y empleará medios telemáticos, el notario examinará a las partes a través del programa de webconferencia reglamentariamente regulado, con lo cual se cumplirá con los numerales segundo y tercero del artículo anterior.”²²³

Art.19.- Se agrega en el Art. 29 numeral 7 a continuación de “o que porten sus cédulas de identidad” lo siguiente: “o a través de sus respectivos certificados de firma electrónica”

Se agrega en el numeral 11 a continuación de “salvar las enmendaduras o testaduras si las hubiere.” lo siguiente: “La utilización del sistema de webconferencia es válida para la suscripción de la escritura pública electrónica de conformidad con lo establecido en el reglamento”²²⁴

Se agrega a continuación del numeral 11 un numeral con lo siguiente:

“12. Incluir en la escritura pública electrónica la fecha y hora en los que por medio del sistema de webconferencia verificó los numerales 6 y 10”²²⁵

Art.20.- Se agrega a continuación del Art. 40 los siguientes artículos innumerados:

“Art....- Copia certificada electrónica es aquel documento duplicado de la matriz o documento físico o electrónica, en el primer caso cuando ha sido desmaterializada conforme a los preceptos de la Ley 67 y en ambos casos con la firma electrónica del notario y conservada en soporte electrónico para ser remitida por medio telemático a la persona natural o jurídica, privada o pública interesada.”²²⁶

“Art....- La copias certificadas electrónicas de las matrices podrán ser enviadas por medios telemáticos firmados electrónicamente por el notario que autorizó la matriz o por quien lo sustituya legalmente. Solo podrán expedirse por razón de su oficio a otro notario o a los registradores: de la propiedad o mercantiles o a cualquier órgano de las Administraciones públicas o a cualquier interesado directo cuando su identidad e interés legítimo le conste indudablemente al notario. El receptor deberá, por el mismo medio, enviar al remitente acuse de recibo y, en su caso, dejar constancia del cumplimiento de las obligaciones administrativas o tributarias.”

Podrán los notarios, los registradores de la propiedad y mercantiles, así como los órganos de las Administraciones públicas y jurisdiccionales, trasladar a soporte papel conforme a la Ley 67 las copias certificadas electrónicas que

²²³ Anexo 10: Ver agregado 6.

²²⁴ Anexo 10: Ver agregado 7.

²²⁵ Anexo 10: Ver agregado 8.

²²⁶ Anexo 10: Ver agregado 9.

hubiesen recibido, a los únicos y exclusivos efectos de incorporarlas a los expedientes o archivos que correspondan por razón de su oficio en el ámbito de su respectiva competencia.”

Art 21.- Se agrega en el Art. 41 a continuación de “al margen de la escritura original.” un párrafo con lo siguiente: “No se rubricará cada hoja de la copia certificada si ésta es electrónica y con firma electrónica siempre que posea todas las seguridades establecidas en la Ley 67.”

Art. 22.- Se agrega a continuación del Capítulo III un Capítulo denominado “Presentación de títulos por vía telemática al Registro de la Propiedad”, con el siguiente artículo innumerado:

“Art....- Salvo indicación expresa en contrario de los interesados, los documentos susceptibles de inscripción en los Registros de la Propiedad podrán ser presentados por vía telemática y con firma electrónica del notario autorizante, interviniente o responsable del protocolo. El notario deberá remitir tal documento a través de medios telemáticos. El notario deberá dejar constancia de ello en la matriz o, en su caso, en el libro indicador.”

El registrador de la propiedad comunicará al notario autorizante, o a su sucesor en el protocolo, por vía telemática y con firma electrónica del mismo, tanto la práctica del asiento de presentación, como, en su caso, la denegación del mismo, la nota de calificación y la realización de la inscripción, anotación preventiva, cancelación o nota marginal que corresponda, con arreglo a los principios de la legislación registral. Las notificaciones o comunicaciones que deba efectuar el registrador por vía telemática al notario autorizante del título, o a su sucesor en el protocolo, se remitirán a través de la infraestructura de internet.

Practicado el asiento registral, el notario dejará constancia de la recepción de la comunicación y del contenido de ésta en forma de testimonio, bajo su fe, en la matriz y en la copia que de la misma expida.

Los asientos de presentación realizados por esta vía, se practicarán por el orden que correspondan a su hora de recepción. Reglamentariamente se establecerán los criterios y el procedimiento para que los asientos de presentación que traigan causa de títulos presentados por vía telemática, dentro o fuera de las horas de oficina, se practiquen de modo correlativo a la hora de su recepción teniendo en cuenta a su vez la hora de presentación de los demás títulos que tengan acceso al Registro, tanto los presentados en papel como los presentados por vía telemática.”²²⁷

Art. 23.- Se agrega a continuación del Art. 48 el siguiente artículo innumerado:

“Art....- Cuando se haya omitido u obviado en la escritura matriz electrónica o en la copia certificada electrónica seguridades con respecto a los mensajes de

²²⁷ Anexo 10: Ver agregado 10.

datos o la firma electrónica se observará lo establecido en la Ley 67 en lo demás se observará lo dispuesto en esta ley.”

Disposiciones Transitorias

Primera.- En el plazo máximo de 180 días contados desde la entrada en vigencia de esta ley aprobará el Reglamento de la Ley Notarial.

Segunda.- En el plazo máximo de nueve meses desde la entrada en vigor de la presente ley, los notarios que cumplan con la infraestructura tecnológica adecuada deberán obtener de la Certificadora de Información de notarios su firma electrónica, de acuerdo con lo establecido en el Art. 6 de esta reforma a Ley Notarial.

Tercera.- Se deberá designar por sorteo tres notarías de ciudades en donde funcionen la o las Certificadoras de Información para que sus notarios acudan personalmente a la Entidad Certificadora, para que se verifique su identidad e inicialmente éstas accedan a su firma electrónica y puedan otorgar actas de atribución. Los nombramientos de los tres notarios serán desmaterializados por parte del Consejo de la Judicatura de acuerdo a la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos y enviados telemáticamente a la Certificadora de Información, para que conceda las respectivas firmas con su certificado.

Cuarta.- La aplicación de lo que se expresa en esta Ley será paulatina, de forma proporcional a los avances de cada notaría con respecto a su infraestructura tecnológica y conocimiento sobre el tema a través de capacitación a los notarios y personal de las notarías. Sin perjuicio de que en un lapso máximo de 2 años será de aplicación obligatoria para las notarías y notarios del país la totalidad de las disposiciones de esta Ley y su Reglamento. Por tanto el Estado por medio de la Comisión de Asuntos Relativos a los Órganos Auxiliares del Consejo de la Judicatura deberá brindar capacitación e infraestructura tecnológica a cada notaría y al finalizar el plazo determinado, los notarios rendirán un examen que evalúe sus conocimientos sobre el tema.

Disposiciones Generales

Primera.- La notaría elegida por sorteo establecida en el Art. 6 de esta Ley Reformatoria a la Ley Notarial, deberá acercarse personalmente con todos los documentos que determinen su identidad y función como notario a la Certificadora de Información autorizada para que se le entregue la firma electrónica con su certificado respectivo.

Segunda.- Crease la red notarial nacional controlada por la Federación Ecuatoriana de Notarios, que interconecte a las notarías del país. Para alcanzar este objetivo se deberá primero interconectar distritalmente las notarías que representen a ese territorio lo cual será controlado por los respectivos Colegios Distritales de Notarios.²²⁸

²²⁸ Anexo 10: Ver agregado 11.

Disposición Final

Esta Ley entrará en vigencia desde su promulgación en el Registro Oficial.

Dado y suscrito en la sede de la Asamblea Nacional, ubicada en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, a...

CAPITULO IV

4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1 CONCLUSIONES

- La compraventa de bienes inmuebles es un contrato solemne, puesto que el Código Civil establece que para su perfeccionamiento es necesario que sea elevada a escritura pública para convertirse en el justo título que emane las obligaciones tanto del vendedor como del comprador. Dicho contrato debe contener el consentimiento y capacidad de las partes al igual que debe versar sobre un objeto lícito y causa lícita.
- La Ley 67 no define a la contratación telemática pero otorga validez jurídica a dicha contratación, dado que otorga a los mensajes de datos y firmas electrónicas igual validez jurídica que a los documentos en soporte papel y la firma manuscrita, respectivamente.
- La contratación telemática es una forma de crear, modificar o extinguir derechos por medio de las redes informáticas, siendo el Internet el medio telemático por excelencia, pero no el único. Es posible realizar a través de medios telemáticos contratos consensuales y reales en algunos casos. La contratación telemática en la compraventa de bienes inmuebles crea derechos y sus correlativas obligaciones tanto del vendedor como del comprador. Se puede celebrar pero será necesario incorporar medios telemáticos en el rol del notario y en las diferentes instituciones públicas que participan en el perfeccionamiento de este contrato, al igual que reformar la normativa jurídica para que incluya la contratación telemática en el ejercicio de las funciones de los participantes antes mencionados.
- La utilización de medios telemáticos en el contrato de compraventa de bienes inmuebles, no afecta ni cambia el negocio jurídico en sí, simplemente es una nueva forma de realizarlo para concluir con su perfección. Así también, el soporte electrónico no altera la naturaleza de los documentos pues seguirán siendo privados o públicos con independencia del soporte y producirán los mismos efectos.
- Los elementos que definen al contrato electrónico son los mensajes de datos, la firma electrónica y su certificado respectivo, los cuales deben cumplir con los requisitos establecidos en la Ley 67 para que tengan validez jurídica. Además de éstos, en los contratos de compraventa de bienes inmuebles debe existir las formalidades que la ley exige para su perfeccionamiento.
- La Ley 67 determina que signatario es la persona que posee los datos de creación de la firma electrónica, pudiendo ser o no la persona que

firma el acto o contrato, puesto que no es posible verificar si el titular es el mismo que firma el mensaje de datos, lo cual representa un problema en el caso de las personas naturales, pero con respecto a las personas jurídicas es irrelevante la persona que use el certificado, ya que la firma electrónica identificará a la persona jurídica en sí, dándole responsabilidad total a ésta mas no a una persona determina.

- La Ley 67 establece que la identificación de las partes en los contratos telemáticos está dada por medio de la firma electrónica, sin embargo se complementa con el certificado que emite la Certificadora de Información que es el documento que posee todos los datos del titular de la firma electrónica. Por lo tanto el certificado es el documento que reúne toda la información del contratante.
- La firma electrónica brinda celeridad en los trámites e incrementa la seguridad jurídica en la contratación telemática. Se ha propuesto que para el otorgamiento de la firma electrónica, la persona que solicita deba presentarse en la Certificadora de Información y ante un notario que de fe de su identidad, capacidad y legitimación, ya que actualmente para la emisión de la firma electrónica, el Banco Central del Ecuador siendo Certificadora de Información acreditada no cuenta con terceros vinculados y realiza directamente la verificación de la identidad del solicitante de una firma electrónica. La actuación del notario en este proceso dará como resultado la emisión de un acta de atribución que respalde a la entidad de Certificación de Información en cuanto a la identidad del titular de una firma electrónica.
- En la actualidad la Certificadora de Información es quien actúa como Tercero Vinculado al verificar los datos del solicitante del certificado de firma electrónica, pero quien mejor que el notario para que actúe como único Tercero Vinculado ya que su trabajo desde sus comienzos ha sido el de verificar la identidad, capacidad y legitimidad de las personas, por lo que el acta de atribución que otorgue para la concesión del certificado de firma electrónica extenderá aún más la seguridad sobre la titularidad de la firma electrónica y sobre la emisión por parte de una Certificadora de Información autorizada.
- En la Ley 67 no existen los documentos electrónicos como término general sino más bien genérico de los mensajes de datos, lo cual es erróneo ya que el documento electrónico se conforma de mensajes de datos, es decir, de información.
- Para el cumplimiento de las funciones del servicio notarial, éste deberá ser autónomo e independiente, siendo el Consejo de la Judicatura el órgano administrativo de control pero en ningún caso jerárquicamente superior al Notariado, como lo establece el Art. 254 del COFJ.

- El notario cumplirá un rol importante en la contratación telemática, puesto que seguirá siendo el funcionario público que autorice el contrato de compraventa de bienes inmuebles, elevándolo a escritura pública pero su fe pública en un documento notarial electrónico, el cual deberá responder a lo señalado en la Ley 67 sobre mensajes de datos y firma electrónica para que sean resguardadas las seguridades jurídicas. En este contexto para que vele siempre por la seguridad de los otorgantes, el notario deberá tener conocimiento sobre informática, deberá disponer de medios telemáticos y los elementos que se utilizan en la contratación telemática. En la actualidad no se capacita a los notarios sobre este tema, existiendo así una barrera frente a la actuación notarial en la contratación telemática.
- En la actualidad el rol del notario en la contratación analógica es el de verificar la capacidad y consentimiento de las partes, percatarse si éstos conocen el contrato y sus efectos al perfeccionarlo para luego redactarlo según la voluntad de los otorgantes; de igual manera actuará si se utilizare medios telemáticos.
- La Ley Notarial no prevé la participación del notario en la contratación telemática, ya que no viabiliza el empleo de las herramientas necesarias para actuar en esta forma de contratación, tales como: la firma electrónica, la infraestructura tecnológica para la interconexión con Municipios y Consejos Provinciales por concepto de pago de impuesto, para que ellos sean intermediarios entre los otorgantes y las entidades públicas antes mencionadas, así mismo con el Registro de la Propiedad con el fin intercambiar datos necesarios para este contrato e inscribir la escritura pública. Y además existen claras disposiciones en la Ley Notarial sobre la utilización manual en las numeraciones de las fojas y las exigencias de presencia física de los otorgantes para cumplir con los requisitos 2 y 3 del Art. 27 y 6,10 y 11 del Art. 29 íbidem.
- El notario siempre observará las firmas electrónicas y el certificado respectivo de los otorgantes para poder elevar a escritura pública la compraventa de bienes inmuebles, puesto que si no lo hace el instrumento público notarial que está redactando será nulo por no justificar la identidad y capacidad de las partes del contrato, además de que la firma electrónica o su certificado respectivo podrían estar revocados, extintos o suspendidos, por lo que la firma electrónica no causará efectos legales.
- La contratación por medios telemáticos en la compraventa de bienes inmuebles nos brinda celeridad, acortamiento en las distancias, ahorro de espacio físico, puesto ya que se conservará todo escritura en soporte electrónico, y seguridad gracias a la firma electrónica y su certificado. El simple hecho de que una persona no tenga que movilizarse, ahorra tiempo y dinero.

- Planteado como objetivo general el proponer las posibles reformas que se deben realizar a la Ley Notarial, a fin de viabilizar la celebración de contratos de compraventa de bienes inmuebles a través de medios telemáticos se puede concluir que no basta con reformar la Ley Notarial, será necesario también reformar la Ley 67, la Ley Registral, la Ley de la Federación de Abogados y crear el Reglamento de la Ley Notarial para obtener un marco legal completo; además de otorgar capacitación al personal que vaya a actuar en el proceso de perfeccionamiento del contrato, dinero para implementar una infraestructura tecnológica que aporte seguridad en el proceso e interconexión de las notarías con las entidades públicas actuariales, por lo tanto se deberá esperar hasta que se realice lo antes mencionado para que puedan ser viables los contratos de compraventa de bienes inmuebles por medios telemáticos.

4.2 RECOMENDACIONES

- Hay que concientizar a la gente que la contratación telemática es una forma alternativa de contratar que brinda las mismas seguridades y efectos que la contratación analógica pero con mayores ventajas como la celeridad en la autorización e inscripción de la compraventa de bienes inmuebles.
- La contratación telemática debe ser igual o más económica que la presencial y su utilización no deberá generar cobros impositivos o aranceles registrales injustificados.
- La tecnología está en constante cambio y el notario no puede quedarse atrás de las nuevas aplicaciones por cuanto el Estado no deberá despreocupar de brindar capacitación continua a los notarios y personal de las notarías dando como finalidad el buen desempeño. Al conocer a profundidad el tema, son idóneos para entender, analizar y proponer cambios que puedan producir el mejoramiento del sistema notarial-telemático, y de igual manera protegerán los derechos de todos aquellos que acudan por su servicio dentro del ámbito telemático, ya que sabrán exactamente los elementos técnicos de la contratación telemática y cómo guardar seguridad de los mismos.
- Para que no exista confusión en cuanto al elemento que establece la identificación de la parte en los contratos telemáticos es necesario modificar la definición de signatario en la Disposición General Novena de la Ley 67 expresando que será la persona a quien fue consignado el certificado de firma electrónica por una Certificadora de Información autorizada legalmente en el país.
- La utilización de procedimientos basados en la firma electrónica deben ser sencillos, obligatorios, soportables en la estructura de costes sin olvidar que debe publicitarse en qué casos y para que se debe aplicar la firma electrónica.

- Agregar una atribución al notario para que intervenga en la concesión de certificados de firma electrónica como Tercero Vinculado otorgando después de verificar los datos de los solicitantes un acta de atribución que dará paso a que la Certificadora de Información entregue la firma electrónica con su respectivo certificado.
- Las Certificadoras de Información deben tener como objeto solo prestar dicho servicio puesto que las firmas electrónicas acreditan la identificación del titular de la firma y tienen que estar a la vanguardia en la tecnología que empleen. Por tal motivo se hace indispensable que funcione en el país una Prestadora de Servicios de Certificación con experiencia que preste constante capacitación a su personal en el ámbito de conceder a personas naturales y jurídicas privadas. Para el caso de conceder firmas electrónicas a notarios se deberá crear una Certificadora de Información para notarios como entidad pública que su función sea exclusivamente la expuesta anteriormente para que sea afín al carácter de funcionario público de los notarios y deberán poseer una lista completa y actualizada de las concesiones abierta al público a través de una página web.
- En la Ley 67 será necesario incluir al documento electrónico como término genérico que estarán compuesto con el mensaje de datos y la firma electrónica.
- La reforma a la Ley Notarial debe establecer que uno de los requisitos es tener conocimientos básicos de informática al igual que al calificar al notario se tomará en cuenta los cursos a los que ha asistido sobre informática que sean beneficiosos para la función que desempeñará.
- La utilización de la webconferencia en la suscripción del contrato de compraventa de bienes inmuebles se hace indispensable para que sea en un solo acto y más que nada para que el notario verifique que el mismo que es titular del certificado de firma electrónica es quien firma el documento electrónico por lo tanto debe ser incluida en la Ley Notarial y en su Reglamento con el objetivo de proporcionar seguridad jurídica en el perfeccionamiento del justo título.
- Interconectar las Certificadoras de Información con las Notarías para que puedan observar las concesiones de certificados de firmas electrónicas y así verificar el estado del certificado, a quien pertenece, que actos o negocios jurídicos están habilitados para hacer, etc., si el notario tendría duda alguna de los certificados presentados por los otorgantes. Hoy en día no habría problema y solo se tendría que interconectar al Banco Central con las Notarías pero más adelante habrán más Certificadoras de Información y la red de interconexión deberá ser más amplia.

- Es necesaria la intervención tanto de personas de Derecho como técnicos informáticos para la creación de programas que ayuden a la contratación telemática de compraventa de bienes inmuebles siempre en miras de la protección de los derechos de los contratantes puesto que en cualquier tipo de contratación el notario debe ser un asesor, tercero de confianza, funcionario público, autenticador al que las partes tienen que acudir para perfeccionar su voluntad de comprar o vender un bien inmueble y al estar en contacto con él se debe cumplir con parámetros de seguridad, de igual manera cuando el notario deba interconectarse con entidades públicas.
- En el Reglamento de la Ley Notarial se debe incorporar las reglas de uso de los medios telemáticos en las notarías y como éstas deben responder hacia los otorgantes, otros notarios, entidades administrativas y registros. También regulará la utilización de la firma electrónica notarial, el procedimiento de notarios ante la utilización de la webconferencia para suplir la presencia física de las partes, infraestructura tecnológica necesaria para generar, procesar, enviar y archivar las escrituras públicas electrónicas, la interconexión con los Municipios y Consejos Provinciales para el pago de impuestos que versan en la compraventa de bienes inmuebles, y los parámetros en la petición de copias certificadas electrónicas.
- La Ley de Federación de Abogados deberá regular la utilización de firmas electrónicas para la presentación de minutas por medio telemático, los documentos habilitantes para la concesión de las firmas electrónicas a los profesionales de Derecho y el proceso mismo de concesión.
- La Ley Registral tendrá que regular la inscripción telemática de bienes inmuebles haciendo posible la interconexión entre Notarías y Registros.

BIBLIOGRAFIA

- **Agencia Notarial de Certificación (ANCERT)**, Declaración de prácticas de certificación, de 6 de marzo de 2006.
- **Alessandri Rodríguez**, AUTOR, Arturo, Manuel Somarriva Undurraga y Antonio Vodanovic, Curso de Derecho Civil, tomo 1, volumen 1, Nascimento, 1961.
- **Arregui Noboa**, AUTOR, María Fernanda, La contratación por vía electrónica, Tesis PUCE, 2004.
- **Banco Central de Ecuador**, Declaración de Practicas de Certificación.
- **Bolás**, AUTOR, Alfonso Juan, Notariado y contratación electrónica, Consejo General del Notariado, 2000.
- **Barriuso Ruiz**, AUTOR, Carlos, La contratación electrónica, Dykinson, 2006.
- **Barros Errázuriz**, AUTOR, Alfredo, Curso de Derecho civil: segundo año, Cervantes, 1921.
- **Cabanelas de Torres**, AUTOR, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Heliasta, 2008.
- **Casal**, AUTOR, Marcela Patricia y otros, Seguridad en la contratación por medios electrónicos: Documento electrónico, XXIV Jornada Notarial Argentina.
- **Carrasco Blanc**, AUTOR, Humberto, Contratación electrónica y contratos informáticos, Editorial La Ley, 2000
- **Chávez Quinteros**, AUTOR, Márcell, El comercio telemático en el Ecuador, Tesis Doctoral PUCE, 2002.
- **Degni**, AUTOR, Francisco, La compra-venta, Revista de Derecho Privado, 1957
- **Devoto**, AUTOR, Mauricio, Comercio electrónico y firma electrónica, La ley, 2001.
- **Devoto**, AUTOR, Mauricio, El comercio electrónico y la firma digital, XXIV Jornada Notarial Argentina.
- **Díaz Peñaherrera**, AUTOR, Darwin Steve, La ampliación de la función notarial en el Ecuador, Tesis Doctoral Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1997.
- **Fernández**, AUTOR, Rodolfo, Contratación electrónica: La prestación del consentimiento en Internet, J.M. Bosch Editor, 2001.
- **Ghersi**, AUTOR, Carlos A. y otros, Nulidad de los Actos Jurídicos: civil, comercial, penal, procesal, 1era edición, 2005.
- **Kemper**, AUTOR, Ana María, Seguridad jurídica en la contratación electrónica por medios electrónicos – documento electrónico, XXIV Jornada Notarial Argentina.
- **Larrea Holguín**, AUTOR, Juan, Manual elemental de Derecho Civil del Ecuador, volumen 4, Corporación de estudios y publicaciones, 2003.
- **Logroño Veloz**, AUTOR, Hernán Paul e Isavina Vargas Marcia, Apuntes de Derecho Notarial: Breve síntesis de la historia del notariado y

comentario de algunas reformas a la Ley Notarial, Pedagógica Freire, 2003.

- **Miccoli**, AUTOR, Mario, Comercio telemático: Una nueva realidad en el campo del Derecho, XXIV Jornada Notarial Argentina.
- **Micó Giner**, AUTOR, Javier, La firma electrónica de notarios y registradores y el documento público electrónico, Tirant lo Blanch, 2007.
- **Morgenstern**, AUTOR, Susana Nora, Seguridad en la contratación por medios electrónicos: Documento electrónico, XXIV Jornada Notarial Argentina
- **Murrieta**, AUTOR, Katia, La contratación por vía electrónica, XXIV Jornada Notarial Argentina.
- **Noguera Echeverri**, AUTOR, Gabriel, Aspectos de la fe notarial, Tesis Doctoral Pontificia Universidad Javeriana, 1973.
- **Pazmiño Pazmiño**, AUTOR, Edgar, Manual de Derecho Notarial, Editorial Jurídica del Ecuador, 2004.
- **Pérez Fernández del Castillo**, AUTOR, Bernardo, Derecho Notarial, Porrúa, 2002.
- **Redondo Aguilera**, AUTOR, Ada Lissette, La situación de Guatemala respecto a la seguridad jurídica en la contratación por la vía electrónica, Dorado, IX Jornada Notarial de Norte, Centroamérica y el Caribe.
- **Secaira**, AUTOR, Gabriel Ignacio, Los vicios del consentimiento, TESIS, 1949
- **Vázquez Barros**, AUTOR, Sergio, Contratos de compraventa y permuta, Tecnos, 2003.

Legislación Ecuatoriana:

- Constitución de la República del Ecuador, R.O
- Código Civil R.O/Sup 104 de 20 de noviembre de 1970; R.O/Sup 46 de 24 de junio de 2005
- Codificación del Código de Procedimiento Civil, R.O/Sup. 58 de 12 de julio de 2005
- Código Orgánico de la Función Judicial, R.O 544 de 09 de marzo de 2009
- Ley Notarial, R.O. 158 de 11 de noviembre de 1966
- Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensaje de Datos, R.O/Sup 557 de 17 de abril de 2002
- Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, R.O/Sup N° 588 de 12 de mayo de 2009
- Reglamento a la Ley No. 67, R.O. 735 de 31 de diciembre de 2002
- Reformas al Reglamento a la Ley 67, R.O. 440 de 6 de octubre de 2008

Legislación Española:

- Ley de Firmas Electrónica, Ley 59/2003, de 19 de diciembre de 2003.
- Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. Ley 24/2007 de 27 de diciembre de 2007.
- Reglamento Notarial. Real Decreto 45/2007 del 19 de enero de 2007.

Links:

- **Clarke**, Autor, Roger, Electronic Data Interchange (EDI): an introduction, <http://www.rogerclarke.com/EC/EDIIntro.html>, 2001, 18 de marzo de 2009.
- **Sedgwick Barassi**, Autor, Theodore, The Cybernotary. Public Key Registration and Certification and Authentication of International Legal Transaction, United States Council for International Business, <http://www.abanet.org/scitech/ec/cn/cybernote.html>, 5 de mayo de 2009.
- http://es.wikipedia.org/wiki/Digitalizador_de_firmas, 18 de marzo de 2009.
- <http://www.notarnet.es/>, 5 de mayo de 2009.
- **Cubines**, Autor, Ricardo, En Colombia no funcionó la estatización del servicio notarial, <http://www.eluniverso.com/2008/07/05/0001/8/BA0C0C526B5A44F8B4C70930DCB63C3B.html>, 5 de julio de 2008, 2 de junio de 2009.

ANEXOS