



FACULTAD DE DERECHO

Facultades Jurisdiccionales de los Notarios

Trabajo de titulación presentado en conformidad a los requisitos establecidos para optar por el título de Abogado de los tribunales y juzgados de la república

Profesor Guía

Dr. Pablo Agustín Zambrano Albuja

Autor

Carlos Javier Larrea Crespo

Año

2009

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

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

.....

Dr. Pablo Agustín Zambrano Albuja

C.C. 170721622-0

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

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

.....

Carlos Javier Larrea Crespo

C.C. 171459452-8

AGRADECIMIENTO

Le agradezco a mi papá Javier, por todos sus esfuerzos y sacrificios, por ser mi amigo y compartir conmigo la pasión por la vida y sus emociones, por ser ejemplo de honestidad y espejo de humanidad; a mi madre, Lucía, por su amor, guía y ejemplo que me enseñan, en la tierna imitación de sus valores a vivir la vida con garbo y altura, a mi hermana Lucía Alejandra, por ser muestra de la palabra amor, que se entrega desinteresadamente en el servicio con inmensa dulzura y que en silencio ha sido parte primordial del presente trabajo.

Y finalmente pero más importante, a mi Jesús y a mi Mamita Virgen,
por su derroche de Amor conmigo.

DEDICATORIA

Les dedico este arduo trabajo a mis padres Lucía y Javier, quienes han hecho posible cumplir mis sueños y alcanzar mis metas, siendo los pilares de mi vida y a usted mi amada Babela por todo su apoyo y amor.

RESUMEN

El presente trabajo buscará analizar las facultades jurisdiccionales de los notarios y proponer nuevas, con el objeto de otorgar mayor celeridad en los procesos no contenciosos que actualmente se tramitan ante un juez y que podrían resolverse ante notario público, ya que no implican controversia sino el mero reconocimiento de un derecho particular.

SUMMARY

This project analyzes the jurisdictional faculties of notaries and propose new ones, with a view to grant quickness in non-litigation processes currently handled by a judge and that could be resolved before a notary public, it does not involve a controversy but merely imply the recognition of a particular right.

2	Capítulo II	Transformaciones Históricas de las Funciones Notariales en el Mundo y su Aplicación en el Ecuador	(18)
2.1	Subcapítulo 1	La Misión del Notario en su doble carácter	(18)
2.1.1	Subcapítulo 2	El Notario como Jurista	(21)
2.1.1.1	Subcapítulo 3	Teorías sobre la Función Notarial	(23)
2.1.1.1.1	Subcapítulo 4	Teorías de la Fe Pública, La Jurisdicción Voluntaria y la Forma Pública	(24)
2.1.1.1.1.1	Subcapítulo 5	Funciones Notariales Independientes del Instrumento Público	(27)
3	Capítulo III	Facultades Actuales de los Notarios y Estudio de las últimas reformas a la ley Notarial.	(29)
3.1	Subcapítulo 1	Cualidades y debilidades de la ley notarial y sus reformas	(39)
3.1.1	Subcapítulo 2	Análisis de las disposiciones referentes a los notarios en la nueva constitución	(46)
3.1.1	Subcapítulo 3	Análisis de la nueva Ley de Orgánica de la Función Judicial.	(51)

4 Capítulo IV	Sistemas Internacionales de Derecho Internacional	(67)
4.1 Subcapítulo 1	Principios del notariado latino	(70)
5 Capítulo V	Facultades Jurisdiccionales de los notarios	(74)
5.1 Subcapítulo 1	Competencia notarial en asuntos no contenciosos	(76)
5.1.1 Subcapítulo 2	Jurisdicción voluntaria	(77)
5.1.1.1 Subcapítulo 3	Origen del proceso no contencioso	(78)
5.1.1.1.1 Subcapítulo 4	Nuevas facultades no contenciosas	(79)
5.1.1.1.1.1 Subcapítulo 5	Acuerdo unánime	(81)
5.1.1.1.1.1.1 Subcapítulo 6	Poder judicial disminuirá en 20% carga de juicios civiles	(82)
5.1.1.1.1.1.1.1 Subcapítulo 7	Costos	(83)
6 Capítulo VI	Conclusiones: Puntos positivos por los que se debe implementar y buscar otorgar más facultades de índole no contenciosas y transferirlas a los notarios	(84)
Bibliografía		(86)

Introducción:

El objetivo de la presente investigación, es analizar las facultades de los notarios haciendo énfasis especialmente, en aquellas que fomentan la solución de asuntos no contenciosos, a demás de proponer la implementación de un sistema de Jurisdicción Voluntaria, que lleve a tramitar todos los procesos que impliquen el reconocimiento de un derecho, en el cual no exista controversia, a través de la función notarial, logrando descongestionar las cortes beneficiando a la ciudadanía con procedimientos más ágiles.

Antes, transitaremos por la historia y los orígenes del notariado en el mundo entero y revisaremos sus más grandes transformaciones y tendencias, todo esto sin dejar a un lado el análisis minucioso y pormenorizado de las reformas a la Ley Notarial, de la constitución del 2008 y la reorganización total planteada en el flamante Código Orgánico de la Función Judicial, el cual le dedica una docena de artículos a las Notarias.

Capítulo I

HISTORIA DEL DERECHO NOTARIAL EN EL MUNDO

1.1 Subcapítulo 1 Orígenes del Notariado

En la historia de la humanidad siempre existió la necesidad que alguien, quien quiera que sea, de fe de los actos y contratos públicos y privados, y para hacerlo debía gozar de cierto prestigio, de ciertas características, que lleven a sus actos a ser reconocidos como ciertos sin necesidad de prueba alguna, para esto el fedatario debía también tener un puesto consolidado en la sociedad, de respeto, una dignidad que la misma casta le concedía.

La función notarial desde sus orígenes hasta la actualidad, es una función de VERDAD, porque todos inconcientemente, creemos en el documento que tiene firma y sello de notario, todos confiamos en que sí el notario lo certifica, es cierto y nadie hace conjeturas al respecto.

Históricamente, como ahora, existía esa necesidad de FE, de creer en alguien a la que la misma sociedad ya le había otorgado un puesto de confianza y de saber que lo dicho o actuado por esa persona, tenía calidad moral y ética de ser verdad.

Como todo, el Notariado tiene su propia historia, que nos cuenta de donde se origina y cuales son los umbrales que permitieron a esta prestigiosa institución tener el sitio tan importante que en la actualidad poseen, es por eso que a continuación basándome en lo escrito por el famoso e ilustre Registrador de la Propiedad y Notario de Granada, Pedro Ávila Álvarez, definiré, en pocas líneas, los orígenes de los Notarios en Roma y en la Edad Media

1.1.1 Subcapítulo 2

En Grecia:

Aristóteles en el año 360 a de C. ya hablaba de los oficiales encargados de redactar los contratos a quienes los consideraba necesarios en la ciudad bien organizada.

En Grecia existían diversos funcionarios, los clasificaban en cuatro categorías y se designaban así: MNEMONS, PROMNEMON, SYMPROMNEMONS y HIEROMNEMONS.

El Mnemons, cuya etimología quiere decir hacer memoria, recordar, era el encargado de formalizar y registrar los tratados públicos, los contratos privados y las convenciones, teniendo un gran parecido con los Notarios, los procuradores judiciales y los Escribas.

1.1.1.1 Subcapítulo 3 ¹

En el Derecho Romano:

Los funcionarios que ejercieron algunas funciones que hoy llamaríamos notariales, en primer lugar fue el «notarius» que no pasaba de ser un amanuense, el «scriba» (especie de secretario de actas) que actuaba más bien en el aspecto público o político y los «tabilari» que eran oficiales administrativos encargados del Censo, que en el aspecto privado solamente ejercían funciones de custodia de los documentos que se les entregaban.

Solamente los «tabeliones» (de «tabella», tablilla) pueden estimarse precedente del Notario, tal como hoy se le considera. A ellos se refieren:

¹ Ávila Pedro, Estudios de Derecho Notarial, Orígenes del Notariado.

- La Novela 43, que impone al tabelión la obligación de redactar una minuta o cédula del acto, de la que luego se saca la copia; y la de solicitar la intervención de un testigo en aquel.
- La Constitución de Justiniano al Prefecto Juan (de 537), que prohibía al tabelión delegar en su amanuense o empleado la intervención en el acto y obliga a formalizar el documento por sí y a estar presente hasta la conclusión del mismo a fin de que el tabelión tenga medio de conocer el negocio y de responder sobre él si fuera interrogado por el Juez.

Ahora bien: si este precedente del tabelión ha de considerarse próximo o remoto, es decir, cuál es el estadio de los antes aludidos alcanzando por el tabelionato romano, es un problema un problema aún no resuelto. Probablemente se trata solamente de un precedente remoto del Notariado actual.

1.1.1.1.1 Subcapítulo 4

En la Edad Media:²

Es donde hay que buscar el origen de esta Institución.

No es posible descender a particularidades, pero en líneas generales puede decirse que los particulares, legos, no ya en el Derecho, sino también en el arte de escribir y redactar, buscan quien redacte sus documentos y quien dé seguridad a sus contratos: encuentran redactores en los monjes (depositarios de la cultura, necesaria para tal menester) y autenticadores en los jueces; pero la necesidad sentida encuentra satisfacción cuando se crea el órgano que cumple ambas funciones. Y así, en esta Edad, van surgiendo al lado de los Escribanos del Rey y de los Nobles (especie de Secretarios que registran y dan fe de los hechos, actos

² Ávila Pedro, Estudios de Derecho Notarial, Orígenes del Notariado.

y disposiciones del señor), los escribanos comunes, del pueblo o del consejo, que redactan las «cartas» de los particulares y se constituyen en testigos privilegiados del contenido de aquellos.

Su utilidad para evitar o ayudar a resolver justamente los litigios es evidente; su consideración social es grande y su actuación es cada vez más técnica, floreciendo sobre todo en Italia, los estudios sobre el «Arte de Notaría». Así, pues, puede decirse que en la Edad Media se produce el nacimiento y consolidación del Notario, conocido en posteriormente especialmente en España, con el nombre de Escribano o Escriba y luego con la conquista ese mismo nombre vino en 3 carabelas a América.

1.1.1.1.1 Subcapítulo 5

El Escriba:³

⁴Como nos dice Edgar Pazmiño Pazmiño en su Manual de Derecho Notarial, el Escriba siempre o casi siempre, perteneció a la clase popular y salio de ella a base de inteligencia y esfuerzo, realizando largos y difíciles estudios, generalmente en lo contable y literario. La enciclopedia Jurídica Ameba los describe como “contadores y copistas”, lo que les llevo siempre a estar ligados a la clase media y alta que eran los que realizaban mayor cantidad de negocios y que necesitaban frecuentemente sus servicios.

La característica peculiar del Escriba era su vasto conocimiento que le permitía orientar y aconsejar, llegando incluso alguna vez a ser consejero particular del

³ Ávila Pedro, Estudios de Derecho Notarial, Orígenes del Notariado.

⁴ **PAZMIÑO PAZMIÑO**, Edgar, Manual de Derecho Notarial, Concordancias y Jurisprudencia, Editorial Jurídica del Ecuador, 2004.

Rey, ligando siempre su actividad profesional con el registro patrimonial, tanto personal, como colectivo e incluso estatal.

“Malet” afirma que siempre estaban acompañados de guardaespaldas y gozaban de un especial respeto entre la sociedad y es que poco a poco el Escriba paso de ser un simple fedatario y paso a ser un ilustre fedatario, por los estudios que tenia que realizar, tanto así que especialmente en Egipto el título de Escriba lo conferían altos centros de estudio.

Según relata la enciclopedia jurídica Omeba⁵, en Egipto en la época del faraón Ramses II, el Escriba era una especie de Primer Ministro que actuaba como Secretario Real y Escriba tenia numerosos trabajadores a su cargo y era quien aconsejaba el aumento o disminución de impuestos, teniendo a su cargo el manejo de los intereses materiales del Reino.

Mientras tanto en la tierra y en la época de Jesús los escribas, que se mencionan con mucha frecuencia en los Evangelios, formaban un grupo de eruditos, a veces, allegados a los Fariseos y, otras, a los Seduceos, o a altos dignatarios religiosos. Esta denominación varió con el transcurso del tiempo, pero en los tres siglos iniciales del cristianismo, los escribas se mantuvieron como intérpretes profesionales y profesores de las leyes y de la ética bíblica. Sin embargo, las leyes mosaicas para ajustarse a los tiempos, necesitaban de interpretaciones y ampliaciones.

Los dos partidos religiosos más importantes, Fariseos y Seduceos, tenían sus propios escribas y eruditos.

Los fariseos poseían una mayor influencia, por lo que las interpretaciones de sus escribas eran las que los judíos consideraban más autorizadas. Por esta razón, los fariseos son mencionados más veces en los Evangelios, aunque en estos textos el

⁵ Enciclopedia jurídica Omeba 2da Edición 1997

escriba era más bien un jurista, pero, en el Gran Sanedrín, que acogía las reuniones legislativas y judiciales, desde el año 200 a.C. hasta el 70 d.C., éstas eran convocadas tanto por los fariseos como por los seduceos.

Los escribas interpretaban las leyes bíblicas o redactaban nuevos textos, basándose en las tradiciones de las leyes orales de sus mayores; debían dar cuenta de todos los conocimientos revelados por el estudio de las Escrituras y, por último, tenían que actuar como consejeros de los jueces y de quienes administraran las leyes.

En el pueblo Hebreo habían muchas clases de escribas, siendo las principales, las siguientes: Escribas Reales, Escribas de la Ley, Escribas del público y Escribas del Estado. Los Escribas del Rey tenían como fin principal autenticar los actos del Rey; los Escribas de la Ley, debían interpretar los textos legales; los Escribas del pueblo prestaban su ministerio a los ciudadanos que los requerían redactando las convenciones entre particulares; y los Escribas del Estado ejercían las funciones de secretarios del Consejo de Estado, de los Tribunales y de los establecimientos públicos.⁶

Para el pueblo hebreo los escribas tenían una gran importancia, tanto así que en el TALMUD ⁷ se señala *“El que olvida un precepto enseñado por un escriba debe perder la vida”*

⁶ Ávila Pedro, Estudios de Derecho Notarial, Orígenes del Notariado.

⁷ El **Talmud** (דומלתה) es una obra que recoge las discusiones rabínicas sobre leyes judías, tradiciones, costumbres, leyendas e historias. El *Talmud* se caracteriza por preservar la multiplicidad de opiniones a través de un estilo de escritura asociativo, mayormente en forma de preguntas, producto de un proceso de escritura grupal, a veces contradictorio.

Tanto poder poseían los Escribas en ese entonces, que el mismo Jesús dice lo siguiente en el Evangelio Según San Mateo:

“...Entonces habló Jesús a la multitud y a sus discípulos, diciendo: “Los escribas y los fariseos están sentados en la cátedra de Moisés. Así que, todo lo que os digan hacedlo y guardadlo; pero no hagáis según sus obras, porque ellos dicen y no hacen. Atan cargas pesadas y difíciles de llevar, y las ponen sobre los hombros de los hombres; pero ellos mismos no las quieren mover ni aun con el dedo...”

Posteriormente en Roma los Escribas, ya no se involucran en los eventos políticos ni religiosos y comienzan a guardar cierta prudencia, lógica que debe ser regla del notario, con el afán de que la sociedad confié más en ellos para sus actos de comercio y de familia, a demás comienzan a prepararse más para ejercer el cargo de escribas, ganándose después de aproximadamente 100 años la reputación de personas ilustradas y con grandes conocimientos técnicos.

Lo grandioso de estos funcionarios es que comenzaron a recopilar todos los actos del pueblo, no solamente los hechos jurídicos, sino que con el afán de proteger las obras de arte, poesía y literatura en general, los escribas se convirtieron en los custodios del arte y de la cultura y lógicamente de todos los hechos relevantes de la historia universal, es por eso, que los grandes estantes tenedores de gigantes libros llenos en su totalidad a mano donde se relataban los acontecimientos sociales, fueron fuente valiosísima que llevó a los historiadores a hilvanar los hilos de la historia y a reconstruir miles de pasajes y sucesos, que sin la ayuda de los escribanos, nunca se hubiera sabido.

1.1.1.1.1.1 Subcapítulo 6

El Escribano:

La enciclopedia Omeba⁸, dice: “Puede afirmarse que escribano es la voz históricamente originaria de los depositarios de la fe pública”

En el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española se define al ⁹Escribano de la siguiente manera: “El que por oficio público, esta autorizado para dar fe de las escrituras y de más actos que pasan ante él”.

Este concepto del Diccionario de la RAE, en el que se habla sobre la fe publica, ¹⁰Edgar Pazmiño Pazmiño, en su libro Manual de Derecho Notarial, nos amplía y nos explica; “si la fe es creencia, se ha de entender que el documento que autoriza el escribano, es de creencia obligatoria”, y precisamente eso es lo más interesante e importante, que lo que el Escribano (notario en Ecuador) actúa o dice, el pueblo le cree y no indaga al respecto de la veracidad, simplemente tiene fe de que es real, por eso se dice que “da fe” ante la sociedad.

1.1.1.1.1.1.1 Subcapítulo 7

Tipos de Escribanos en la Antigüedad:

Antiguamente, se llamaba **escribano** al que por oficio público estaba autorizado para dar fe de las [escrituras](#) y demás actos que se desarrollaban ante él.

⁸ Enciclopedia jurídica Omeba 2da Edición 1997

⁹ www.rae.es (diccionario en línea)

¹⁰ **PAZMIÑO PAZMIÑO**, Edgar, Manual de Derecho Notarial, Concordancias y Jurisprudencia, Editorial Jurídica del Ecuador, 2004.

- *Escribano de [ayuntamiento](#) o de [concejo](#)*. Era el encargado de asistir a las juntas o sesiones de estos cuerpos y autorizar sus acuerdos o resoluciones.
- *Escribano de [cámara](#)*. Se llamaba así al que asistía a las salas de las [audiencias](#) o de un [tribunal supremo](#) para la sustanciación de los negocios o para recibir los pedimentos y [expedientes](#), dar cuenta de ellos, extender los [autos](#) o [decretos](#) y expedir los despachos o provisiones.
- *Escribano de [guerra](#)*. Era el escribano público que con despacho oficial actuaba en los juzgados oficiales.
- *Escribano de [marina](#)*. Se llamaba así al escribano público que con despacho del director general de la armada entendía en los asuntos de este ramo.
- *Escribano [numerario](#)*. El que podía ejercer su oficio en un pueblo o distrito a que estaba asignado con exclusión de cualquier otro. Se llamaba así por ser fijo y determinado el número de los que actuaban en cada punto.
- *Escribano de [molde](#)*. Impresor.

En la actualidad en algunos países, sigue utilizándose el título de Escribano. En [Argentina](#) y en Uruguay se expide el título de Escribano Público, expedido por algunas universidades entre ellas la Facultad de Derecho de la [Universidad de la República](#) y antes de ser autorizados a ejercer, los egresados de la carrera deben prestar juramento ante la [Suprema Corte de Justicia](#).¹¹

1.1.1.1.1.1.1.1.1 Subcapítulo 8

¹¹*El contenido referente a los Escribanos en la Antigüedad, incorpora material del Diccionario Enciclopédico Gaspar y Roig de 1870.*

El Notario:

En el Título Primero de la Ley Notarial vigente en el Ecuador el artículo 6 de fine a los Notarios de la siguiente manera:

“Art.6.- Notarios son los funcionarios investidos de fe pública para autorizar, a requerimiento de parte, los actos contratos y documentos determinados en las Leyes “

De esta definición de la Ley, necesariamente se desprenden una pregunta; ¿Quién otorga la investidura de fe publica? Y la respuesta la encontramos en la misma Ley Notarial en el artículo 10 que dice lo siguiente:

*Art.10.- “El nombramiento de Notario, será firmado por el Presidente de la Corte Superior quien **discernirá** la investidura de la fe pública, al momento de tomar el juramento de Ley. Inmediatamente se comunicará al Presidente de la Corte Suprema quien ordenara publicar la autorización legal en el Registro Oficial por una sola vez...” (Lo subrayado es mío)*

Es sinónimo de discernir; conocer, entender, aclarar, distinguir, por lo tanto la función del Presidente de la Corte Superior es, después de un análisis desentrañar si la persona que reúne los requisitos, establecidos por la Ley para ser notario puede o no ser depositario de la fe pública, y si él lo cree conveniente, a los intereses de la nación y del poder judicial, entonces puede conceder la dignidad de ostentar la fe publica.

Otras Definiciones:

¹²En el Primer Congreso Internacional del Notariado Latino celebrado en Octubre de 1984, se define al Notario como: “es el profesional del Derecho encargado de

¹² Actas del Primer Congreso Internacional del Notariado Latino celebrado en Octubre de 1984, hojas sueltas encontradas en biblioteca personal

una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad. Conservar los originales de éstos y expedir copias que den fe de su contenido. En su función está comprendida la autenticidad de hechos”.

ENRIQUE GIMENEZ ARNAU define al Notario de la siguiente manera: “El Notario es un profesional del Derecho que ejerce una función pública para robustecer, con su presunción de verdad los actos en que interviene para celebrar, solemnizar y dar forma legal a los negocios jurídicos privados”.

En la doctrina de los Notarios se les denomina FEDATARIOS, por aquello de que la función primordial de los Notarios es dar fe.

En apretada síntesis puede decirse que el “Notario es un funcionario público dotado de prerrogativa fedante.

1.1.1.1.1.1.1.1.1 Subcapítulo 9

Notariado, Notaría y Notarial:

En ninguna Ley de Latinoamérica, encontraremos una definición de estos tres términos, por lo que necesariamente hay que recurrir a la doctrina.

Notariado:

El notariado ha dicho SÁNCHEZ ROMAN “Es el complemento de la vida civil, porque la libertad individual necesita de medios por los cuales se dote a las relaciones, de facilidad, certeza, permanencia y eficacia.

Es el conjunto de personas que ejercen la función notarial, así como la de dar fe, conforme a la Ley de ciertos actos, declaraciones y contratos extrajudiciales”.

También es el conjunto de normas legales concernientes a las funciones del notario.

A demás el término, para referirse corporativamente a los notarios. En otro sentido, como adjetivo, se usa el vocablo para significar que algo ha sido autorizado y refrendado por un notario.

¹³Para la Real Academia Española: “Dícese de lo que está autorizado ante notario o abonado con fe notarial”.

Notaria:

A la palabra notaría los autores le atribuyen varias significaciones:

Función, oficina y despacho de este fedatario público.

La Notaría es una disciplina jurídica “un arte que enseña con fundamento a redactar auténticamente los negocios legítimos de los hombres”.

También puede decirse que “la notaría es un arte, una disciplina; es el arte que enseña a redactar con claridad precisión y encuadrada dentro de las leyes, los actos y contratos de los particulares entre sí, como también los efectuados con el sector público”.

Notarial:

Relativo a los notarios y concretamente a lo que ha sido autorizado u otorgado ante estos funcionarios.

1.1.1.1.1.1.1.1.1 Subcapítulo 10

Fedatarios no Notariales:

¹³ www.rae.es (diccionario en línea)

Hay que tener en cuenta que hay diversas leyes orgánicas de entidades del Estado cuentan con fedatarios que autentican y confieren fe pública a los documentos extendidos por esas instituciones.

Así los ministerios, municipalidades, funcionarios consulares, jueces de paz letrados y no letrados, universidades tanto estatales como privadas, párrocos, etc., etc., tienen FEDATARIOS que autentican todas las resoluciones y documentos que ellos extienden.

1.1.1.1.1.1.1.1.1.1 Subcapítulo 11

Primeros Notarios en el Ecuador:

Resulta interesante, para entender las funciones de notario actual, remontarse y conocer primero, que ilustres personajes de nuestra la historia ecuatoriana, han ejercido esta distinguida función, y me tutelaré para hablar al respecto a la breve y atrayente explicación que hace el 33 años notario del cantón santo domingo, ahora, de los Tsachilas, el doctor Pazmiño en su libro manual de derecho notarial, páginas 27, 28 y 29, basándose en lo dicho, en su momento, por Ricardo Descalzi:

“Revisando la historia de nuestro país son varios los escribanos que actuaron durante la conquista española. Según se conoce, estando Diego de Almagro en tierras de Quito, sabiendo que desde el norte venía Pedro de Alvarado con intención de conquistar estos parajes, se apresuró a la fundación de Quito el 15 de Agosto de 1534, en el sitio en donde se encontraba la llanura de Ricpamba, hoy Riobamba, donde: «Escrita el acta, Diego de Almagro entregó una vara de justicia con sus cruces, a cada uno de los que había nombrado alcaldes de la ciudad, corregidores, oidores, a continuación el escribano Gonzalo Díaz suscribió el acta».

La Real Audiencia de Quito Claustro en los Andes¹⁴. A este mismo respecto, concertada la capitulación, por los dos capitanes, con fecha 26 de agosto, es decir, 11 días después, Pedro de Alvarado y Diego de Almagro, firman una acta que en su parte final decía: «testigos que fueron presentes el licenciado Fernando Calderón y capitán Sebastián de Benalcázar y el capitán Ruy Díaz y Juan de Espinoza por testigo». El licenciado Calderón, Ruiz Díaz y yo Domingo de la Presa, escribano de sus Majestades, y su notario público en la corte... signo a tal en testimonio de la verdad, Domingo de la Presa¹⁵. En las páginas siguientes¹⁶ se lee: «El 13 de julio el escribano Juan de Espinoza signaba un documento de Diego de Almagro en la Quito – Inca, antes de la fundación de la Villa Castellana». Siempre en la misma obra del historiador riobambeño, al hablar del Cabildo Quiteño se dice: «Al comienzo del siglo se hallaba conformado el Cabildo de la siguiente manera: Corregidor Diego de Portugal, Teniente de Corregidor: el Doctor Gilberto Pineda de Zurita y como Capitulares los Registradores Sancho de la Carrera, Antonio Morán, Francisco Arcos, Miguel Fernández de Sandoval... y Escribano Francisco García Durán»¹⁷.

En el año 1592, en la llamada Revolución de la Alcabalas, se lee: «Por provisión Real fue destituido del cargo de escribano Sebastián Hidalgo acusado de haber tomado parte activa en la revolución a favor del pueblo, siendo nombrado en su reemplazo Diego Rodríguez de Ocampo». Otros fueron los escribanos reales: Alonso López Merino, Pedro Ortiz y Pedro Rodríguez de Salazar. De todo esto, vale consignar la fundación de Quito: «El viernes día 28 de Agosto de 1534 entre los Castellanos Pedro de Alvarado y Diego de Almagro, que formaban área de 800 hombres, se efectuó la más solemne de las fundaciones de una ciudad española

¹⁴ Ricardo Descalzi, pág. 44

¹⁵ Ricardo Descalzi pág. 45

¹⁶ Idem, pág. 41

¹⁷ Idem, pág. 44

hecha en la Indias, la Villa San Francisco de Quito, por Diego de Almagro firmó en su nombre Juan Espinoza y testificó el escribano Gonzalo Díaz»¹⁸.

De lo que dejamos anotado, se puede ver que el notario, en todo tiempo y hasta hoy, siempre estuvo y está presente en los acontecimientos más importantes del país. Así, no hay contrato relevante del sector público que valga sino está legalizado por un notario público.

Ya en la República, podemos citar a los escribanos: Alejandro Troya, Rómulo Tamayo y León Pío Acosta; y en épocas recientes a los notarios: Olmedo del Pozo, Daniel Belisario Hidalgo, Carlos Alberto Moya y Hugo Maldonado Dueñas.

Desde entonces y siguiendo la tradición histórica universal, en nuestro país el Notario está presente no sólo en el derecho privado: actos, contratos, declaraciones de voluntades de las personas, sino también en el derecho público: actos, contratos del sector público. El historiador Oscar Efrén Reyes, en su obra «Breve Historia General del Ecuador»¹⁹ nos comenta que el Gobernador de la provincia del Guayas había recibido un decreto ejecutivo sobre asuntos fiscales pero que de alguna manera podría interferir en los intereses del Banco Comercial y Agrícola de Guayaquil, entonces de enorme influencia política, social y económica en el país, y estando un «Notario Público, escoltado solemnemente por una o dos compañías de batallón, comenzó a leer el decreto por las principales esquinas de la ciudad, intempestivamente se le acercó un emisario para darle a saber que suspendería el bando». Como se ve el Notario estaba presente en los actos más importantes y trascendentales del país.

Además ejercía doble función: la notarial propiamente dicha y la de Juez de Paz, amigable componedor, como lo atestiguan las escrituras autorizadas y los juicios que reposan en el Archivo Nacional.” (Lo subrayado es mío)

¹⁸ Idem Pág. 44

¹⁹ Ricardo Descalzi, pág. 251

Como vemos, los notarios en la época de la libertad de la colonia, ya ejercían ciertos actos como Jueces de Paz y amigables componedores, que es justamente el tema central del presente trabajo investigativo, volver la mirada, sino queremos, a las corrientes mundiales, hacia la propia historia ecuatoriana, en la que, en la búsqueda de eficiencia para acreditar problemas ya resueltos o de buscar soluciones, donde no existe un verdadero conflicto insalvable, se buscaba a los Notarios o Escribas, para que mediante el consejo, lleven a resolver problemas sin necesidad de acudir a la jurisdicción tradicional ni a los métodos alternativos de solución de conflictos, sino que, listo el acuerdo, el notario de fe, como su función lo manda, de que dicho acto es cierto y elevarlo a público y legalmente aceptado, en todo caso más adelante aportaré con soluciones claras, en el traslado de facultades jurisdiccionales de los jueces a los notarios para nuestro país; pero antes de eso seguiremos en la revisión de las funciones del notario como funcionario público y abogado en la sociedad en la actualidad.

Capítulo II

TRANSFORMACIONES HISTÓRICAS DE LAS FUNCIONES NOTARIALES EN

EL MUNDO Y APLICACIÓN EN EL ECUADOR

2.1 Subcapítulo 1

La Misión del Notario en su doble carácter:

El Notario siempre tendrá un doble carácter el de profesional del Derecho y funcionario público, es por esto que a continuación, fundamentándome en los escritos del Registrador de la Propiedad de Granada, el doctor Pedro Ávila Álvarez²⁰, en su libro Estudios de Derecho Notarial, analizaremos primero, la misión de los Notarios como Profesionales del Derecho:

- Asesorar a quienes reclamen su ministerio y
- Aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que se proponen alcanzar.

Especialmente a inicios y mediados del siglo XIX, para nuestros primeros antepasados, los notarios tenían entre sus funciones diarias, el otorgar consejo a los abogados sobre temas complicados, los juristas buscaban en el notario el admonición por experiencia, entendiendo que en nuestro país los encargados de las notarias han permanecido mucho más de 4 años en funciones, en algunos casos multiplicado este numero, incluso por 10 o más, la experiencia de realizar contratos y asesorar en los más variados casos, era vasta; les concedía la oportunidad, de asesorar legalmente a todo aquel que requería de recomendación para casos complicados, haciendo lo antes dicho; aconsejando los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que se proponen alcanzar.

²⁰ **ÁVILA ÁLVAREZ**, Pedro, Estudios de Derecho Notarial, Ediciones Nauta, 1962

Este favor, que hacían los notarios con inmenso gusto, porque les daba, a demás la oportunidad de mantener el contacto con los colegas de la ciudad, de cierta manera se ha diluido y hoy por hoy el notario nos suele conceder sus conocimientos a través del consejo, sino que ha dejado esa atribución, exclusivamente a sus trabajadores, generalmente abogados o tinterillos, que intentan ayudar a sus clientes, y el notario, no en todos los casos; pero si en la mayoría, puedo decir en las ciudades grandes como Quito, Guayaquil y Cuenca, se encarga exclusivamente de firmar, lo que de alguna manera desdibuja tan importante función.

Continuando, analizaremos la misión de los notarios como funcionarios que ejercen la fe pública, que para nuestro citado autor, tiene y ampara un doble contenido:

- a) ²¹En la esfera de los *hechos*, la exactitud de los que el Notario ve, oye o percibe por sus sentidos;
- b) Y en la esfera del *Derecho*, la autenticidad y fuerza probatoria de las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público redactado conforme a las leyes.»

Sobre el primero de los literales, se le atribuye al notario cierta potestad de, a través de sus sentidos cerciorarse de que lo que se va a hacer es realmente cierto, por ejemplo, en la capacidad legal otorgada por el artículo 18 literal 22, de realizar divorcios por mutuo consentimiento, cuando la pareja no tenga hijos o estos sean mayores de edad; llega la pareja a la oficina notarial y en la audiencia de conciliación, el notario ve que la esposa que aseguraba no tener hijos se encuentra en estado de gestación, una vez que se ha cerciorado por sus propios sentidos que lo aseverado es falso y por lo tanto se alejan del único requisito que impone el citado artículo, el notario tendrá la obligación de negar el trámite notarial

²¹ **ÁVILA ÁLVAREZ**, Pedro, Estudios de Derecho Notarial, Ediciones Nauta, 1962

y deberá aconsejar a los futuros padres que si desea divorciarse, deberán hacerlo ante un juez, quien es el único competente para el caso.

Sobre el segundo literal, por ejemplo; Bill Gates comparece ante el Notario Cuadragésimo del cantón Quito y solicita se de fe publica, a través de una declaración juramentada que él se encuentra en estado de indigencia y que por lo tanto quiere hacerse acreedor del bono de desarrollo humano, otorgado por el gobierno ecuatoriano, el notario con el antecedente de la fortuna del dueño de Microsoft, no podrá afirmar como cierto éste hecho ya que si lo hace le otorgará toda la fuerza probatoria y autenticidad a la declaración, de aquí se derivará la responsabilidad notarial, de la que se hablará más adelante.

²²El punto culminante de la función notarial es la autorización del instrumento público; pero en ésta se desemboca tras un proceso o serie de actos y exige una actividad funcional complementaria.

Así la función del Notario consiste en:

- Recibir la voluntad de las partes
- In-formarla, es decir, asesorar como técnico a las partes y con ello dar forma jurídica a esta voluntad
- Redactar el escrito que ha de convertirse en instrumento público, interpretando aquella voluntad
- Autorizar el instrumento público con el que se da forma pública al negocio o se autentican hechos.
- Conservar el instrumento autorizado. Y
- Expedir copias de él para acreditar su contenido.

²² **ÁVILA ÁLVAREZ**, Pedro, Estudios de Derecho Notarial, Ediciones Nauta, 1962

2.1.1 Subcapítulo 2

El Notario como Jurista:

A. CARÁCTER DE TAL:

He señalado en las páginas anteriores de éste Capítulo, el doble carácter del Notario en el mundo como: profesional del derecho y funcionario público; cabe aclarar que en nuestra legislación actual no señala ésta doble función de los notarios, más bien es restrictiva y se limita a meramente otorgarle la función publica, tanto así que la tan discutida nueva constitución de Montecristi en su artículo 200 dice los siguiente:

Art. 200.- Las notarias y notarios son depositarios de la fe publica, serán nombrados por el consejo de la judicatura, previo concurso publico de oposición y méritos, sometido a impugnación y control social. Para ser notaria o notario se requerirá tener titulo de tercer nivel en Derecho, legalmente reconocido en el país, y haber ejercido con probidad notoria la profesión de abogado por un lapso no menor a tres años. Las notarias y notarios permanecerán en funciones 6 años y podrán ser reelegidos por una sola vez. La Ley establecerá los estándares de rendimiento y las causales para su destitución.

Como vemos, no crea ninguna innovación al poner a los notarios solamente como funcionarios estrictamente públicos, sino que retrocede en las corrientes mundiales notariales por lo menos 200 años; pero de cualquier manera no podemos desconocer el carácter de jurista que tiene y que ha tenido el notario y es de lo que en las siguientes líneas se explicará, basándome especialmente en expuesto por el doctor Pedro Ávila Álvarez y otros autores que en su momento citaré.

- a) Los autores suelen también señalar ese doble carácter considerando substancial a la institución, so pena de degeneración, el carácter de jurista. Ambos aspectos – dice Azpeita – se complementan; si falta el carácter de profesional (o profesor) del Derecho, el cargo y la función degeneran en oficio burocrático.²³

Y Fernández Casado²⁴ en el mismo sentido engloba el asesoramiento técnico y la fedación en la función del Notario, si bien admite que dicho asesoramiento pueda ejercerse como profesión privada independiente del ejercicio de la fe pública, es decir, de toda autorización instrumental.

- b) Frente a la tesis «clásica», González Palomino²⁵, si bien señala la conveniencia de que el Notario sea jurista para el mejor desempeño de su función y atribuye a esa cualidad el elevando rango del Notariado en nuestros días y la alta calidad de su actuación, en el mundo, afirma que el Notario puede cumplir perfectamente su función profesional típica sin necesidad de actuar como jurista, salvo el conocimiento del derecho necesario para la adecuación de la forma al fondo del instrumento y para la denegación de funciones cuando legalmente proceda. Para él, el Notario no necesita ser jurista, es el caso del Ecuador, en el que se puede decir que la mayoría de notarios no son juristas y cuando es jurista y actúa como tal, no actúa como Notario sino en ejercicio de una profesión independiente de la de Notario.

- c) En una posición en cierto modo intermedio, creemos que si bien teóricamente puede concebirse un Notariado lego en Derecho y una actuación exclusivamente «funcionarista», prácticamente y desde el punto de vista de la realidad jurídica mundial moderna, es indispensable

²³ Ávila Pedro, Estudios de Derecho Notarial, Pág. 20., Ediciones Nauta, 1962

²⁴ Tratado de Notaria, I, pág. 23

²⁵ Instituciones de Derecho Notarial, Págs., 122 y siguientes

que el Notariado sea a la vez jurista son que la complejidad y dificultad de los intereses confiados al Notario permita el parangón con otros funcionarios similares. El asesoramiento técnico de los particulares que solicitan el ministerio notarial es cada día más necesario, y si bien cabría teóricamente encomendarlo a otro técnico (letrado) que actuará antes que el Notario no jurista, prácticamente la dualidad perjudicaría a la eficiencia, y el Notariado no cumpliría los fines a los que está llamado

2.1.1.1 Subcapítulo 3

Teorías sobre la Función Notarial

B. ACTUACIÓN

Pedro Álvarez²⁶, plantea en su libro, estudios de Derecho Notarial que la actuación notarial debería ser más amplia de lo que es en la actualidad, y yo en concordancia con lo por el expuesto, creo que la actuación de los notarios en el Ecuador, tiene muchas limitaciones, y les resulta casi imposible a los notarios de nuestra generación, a pesar de encontrarse tantos años en funciones, poder ejercer la profesión notarial como verdaderos juristas que buscando fuera de la letra de las normas, puedan plantear soluciones a los problemas nuevos que la vida y su evolución van presentando, soluciones que repetidas y halladas adecuadamente por generalidad, llegan a tomar carta de naturaleza en el cuadro las instituciones jurídicas, nuestro citado autor plantea que la actuación del Notario como jurista no se limite a la mera información, sino que se desarrolla además en esta triple dirección:

²⁶ Ávila Pedro, Estudios de Derecho Notarial, Ediciones Nauta, 1962

- a) Que el notario en su trabajo diario pueda darse cuenta de que mecanismos legales, serían aplicables para mejorar el sistema, para hacer procesos más ágiles y eficientes.
- b) Forzando la interpretación de las normas, bien para extraer de ellas todo su contenido para la solución de los casos concretos, bien en defensa de la libertad y autonomía de los individuos en sus relaciones de Derecho privado.
- c) Desterrando las fórmulas e instituciones arcaicas o caducas que, vigentes en la letra de los Códigos, no responden a las necesidades actuales y acaban por desaparecer de los mismos Códigos.

Si el notario ecuatoriano implementaría su actuación dentro de éstas tres premisas, la función notarial nunca dejaría de avanzar y no se vería entorpecida por una asamblea constituyente o una constitución realizada por el gobernante de turno, sino que se mantendría en constante evolución y los que plantearían ese perfeccionamiento serían los que conocen el mundo desde adentro y por obvias razones son los que dominan sus propias necesidades, a demás esto permitiría el fortalecimiento, en el trabajo, del colegio de notarios de nuestro país ya que 200 cabezas piensan mejor que una, podría realmente en conjunto con todos los notarios del país buscar las mejores soluciones y agilizar los procesos.

2.1.1.1.1 Subcapítulo 4

Teorías de la Fe Pública, La Jurisdicción Voluntaria y la Forma Pública:

Sobre las Función Notarial se han formulado una infinidad de teorías, a continuación expondré algunas que conciben la función notarial como:

- A. **Legitimadora.** ²⁷La función notarial, lo mismo que la registral, están destinadas a dar carácter jurídico a las personas, las cosas y los actos, aplicando el Derecho, emanando las dos de un mismo Poder Legitimador, que deba sustituir al Poder Judicial de la clásica división tripartita de Montesquieu.
- B. **De representación en la normalidad.** ²⁸Partiendo de la distinción entre la vida del «derecho» en su normalidad y en la contienda, concibe la función notarial como la exteriorización o representación de los derechos privados en la normalidad, frente a la actividad de los Tribunales a los que compete la aplicación del Derecho cuando éste se presenta violado o en contienda.
- C. **Legitimadora especial.** ²⁹Junto a las tres funciones clásicas (legislativa, ejecutiva y judicial) hay que admitir la función legitimadora, que comprende las normas e instituciones por las cuales el Estado asegura la firmeza, legalidad, autenticidad y publicidad de los hechos jurídicos y derechos de ellos derivados; órgano más importante de esa función es el Notariado, si bien por abarcar otras misiones de índole distintiva (asesoras, autenticadoras) tiene en su conjunto una configuración especial.

En la concepción ecuatoriana del notariado, es fácil concebir las dos primeras teorías e imposible concebir la última, que mira a la actividad notarial, no como una simple actividad del estado, impartida por funcionarios mitad públicos mitad privados, sino que le da tal importancia o jerarquía que la pone como la quinta función del Estado, entre la ejecutiva, legislativa, judicial y la flamante función del estado, la de transparencia y control social referida desde el artículo 204 de la también flamante Constitución ecuatoriana, quimérico para mi juicio; pero que nos abre las puertas de la discusión, de que tan cierto es que los notarios son

²⁷ De Vázquez Campos, *Ideario Notarial*, pág. 16

²⁸ De Monasterio, *Biología de los derechos en la normalidad*, pág. 30

²⁹ De Castán Tobeñas, *Función notarial y elaboración notarial del Derecho*, pág. 35

funcionarios que pertenecen a la función judicial y hasta que punto se deben a lo judicial, en éste trabajo, con lo que plantearé más adelante, al otorgarles facultades que en este momento tienen los jueces en asuntos no contenciosos, me atrevo a decir que hasta, será mas viva la pertenencia del notariado a la función judicial ya que afanaría la tan buscada descongestión de los procesos judiciales y sería un verdadero aporte para la caótica función judicial.

A. FE PÚBLICA.-

Según esta teoría, la función del Notario es la de dar fe de ciertos actos; y el valor del instrumento el de hacer fe de su existencia y de todo o parte de su contenido, la vida jurídica – se dice – sería imposible si pudiéramos negar o poner en duda todos los actos y contratos cuya celebración no hubiéramos presenciado.

Es preciso arbitrar algún medio para que los mismos no puedan ser desconocidos o negados por los que en ellos no han intervenido. Atendiendo a esa necesidad, el Poder público, cuando aquellos actos se han celebrado en presencia de un «testigo público», impone a todos la creencia en su certeza. En esa certeza y eficacia que concede el Poder público a los actos autenticados por el funcionario (Notario) en quien él delega, consiste la fe pública notarial.³⁰

B. FORMA PÚBLICA:

Para esta teoría, el nacimiento conceptual³¹ del Notariado puede producirse así:

El Estado observa las ventajas que se derivan de la forma escrita en los negocios jurídicos, de que éstos consten por escrito. Y observa asimismo que esas ventajas suben de punto cuando esa forma escrita está intervenida por un funcionario público. El tiene sus funcionarios (Jueces, Secretarios, etc.) encargados de otras

³⁰ Ávila Pedro, Estudios de Derecho Notarial, Ediciones Nauta, 1962

³¹ No se refiere al nacimiento histórico, ni se quiere decir que los que propugnan esta teoría hayan explicado así el nacimiento conceptual del Notario; sino que se puede explicar su pensamiento respecto a la función notarial en la forma que se indica

funciones, que ocasionalmente autorizan, dan forma pública a algunas clases de negocios jurídicos. Pero esto no es bastante: es preciso que todos los negocios, de cualquier clase que sean, puedan acogerse a una forma pública, puedan disfrutar las ventajas que la intervención de un funcionario públicos reporta. Y esto puede conseguirse de dos formas: ampliando las funciones de los funcionarios ya existentes (lo cual puede desnaturalizar aquéllas) o creando un órgano nuevo cuya función exclusiva sea precisamente intervenir cualesquiera negocios jurídicos, darles, por su intervención, forma pública. Este órgano es el Notario, cuya función es, sencillamente, documentadora, creadora de formas públicas. Creado este órgano y rodeada su actuación de determinadas garantías (previas, simultáneas y posteriores) el Derecho no tiene inconveniente en conocer a su intervención (mejor dicho, al documento en que cristaliza) determinados efectos legitimadores, substantivos, probatorios, ejecutivos...

Estas teorías que acabo de citar, lo que intentan es explicar aspectos distintos de la función notarial: su naturaleza, su eficacia, el medio empleado...

La primera de ellas solamente se fija en el valor probatorio del resultado de la actividad notarial.

La segunda tiene la ventaja de permitir aprovechar la elaboración científica sobre la jurisdicción voluntaria, injertándola función notarial en la otra de más rancio abolengo. Pero la asimilación de la función notarial a la jurisdicción voluntaria sólo puede admitirse a condición de diferenciar y separar la función notarial de aquel aspecto de la jurisdicción voluntaria consistente en la declaración de derechos o en la protección de personas³².

³² V. § 4. La declaración de derechos es en general misión de los Tribunales. Las autorizaciones para venta de bienes, complementos de capacidad de mujeres casadas, etc. También corresponden al poder judicial: esos actos precisan – como dice muy bien Navarro Azpeitia, loc. Cit. Pág.84 - «una autoridad protectora con poder coactivo, porque aun cuando su iniciación ser obra de una parte y no haya otra que formalmente se le oponga, siempre encierran, latente, una posible pugna de intereses en la que el desvalido se halla en posición de inferioridad»

La teoría de la forma pública permite explicar mejor los singulares efectos sustantivos del instrumento público sin el rodeo de la jurisdicción voluntaria.

En un sistema sincrético para destacar la naturaleza de la función y la fuerza y efecto de la intervención notarial, diríamos que la función notarial es una función que participando de la naturaleza de la jurisdicción voluntaria impone la creencia en la realidad de los hechos que la ejerce, como testigo público, presencia (actas y escrituras) y da forma pública a los negocios jurídicos (escritura).

2.1.1.1.1 Subcapítulo 5

Funciones Notariales Independientes del Instrumento Público:

Además de la función primordial cuyo contenido ha quedado expuesto, el Notario desarrolla otras actividades o funciones que pueden ser:

- a) Previas al otorgamiento del instrumento y preparatorias del mismo. Tal es su actividad como jurista y tal es la que desenvuelve en las traducciones de documentos que han de insertar o incorporar al instrumento.
- b) Posteriores y complementadoras de la actividad instrumental, como la recepción de depósitos (para el pago de impuestos devengados por el acto instrumentado, garantía de contratos, etc.), la expedición de partes y comunicaciones del contenido del instrumento y la formación de índices.
- c) Independientes del instrumento, como las certificaciones de vigencia de normas y en general los testimonios que a pesar de la concepción reglamentaria no pueden considerarse como instrumentos públicos.

Capítulo III

FACULTADES ACTUALES DE LOS NOTARIOS Y ESTUDIO DE LAS ÚLTIMAS REFORMAS A LA LEY NOTARIAL.

Hoy en día, las atribuciones de los notarios en el Ecuador, sin duda son mayores de lo que eran antes de las últimas reformas a la Ley Notarial y en algunos casos ya incursiona dentro de temas de jurisdicción voluntaria, lo que hace que comparado con otros países como Venezuela, las atribuciones notariales en nuestro país sean modernas; si embargo si comparamos, las mismas, con legislaciones como las del Perú, todavía queda mucho por hacer en nuestro país.

A continuación me referiré a lo establecido como atribuciones de los notarios del artículo 18 de la Ley Notarial vigente:

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;
2. Protocolizar instrumentos públicos o privados por orden judicial o a solicitud de parte interesada patrocinada por abogado, salvo prohibición legal;
3. Autenticar las firmas puestas ante él en documentos que no sean escrituras públicas;
4. Dar fe de la supervivencia de las personas naturales.

La primera ley notarial ecuatoriana, solo tenía como atribuciones de los notarios los numerales del 1, 2, 3 y 4. Como vemos en ese entonces las funciones de los notarios eran completamente limitadas, posteriormente los numerales 5 y 6 fueron agregados por Decreto Supremo No. 2386, publicado en Registro Oficial 564 de 12 de Abril de 1978.

5) Dar fe de la exactitud, conformidad y corrección de fotocopias y de otras copias producidas por procedimientos 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 llevarán al efecto;

6) Levantar protestos por falta de aceptación o de pago de letras de cambio o pagarés a la orden particularizando el acto pertinente conforme a las disposiciones legales aplicables, actuación que no causará impuesto alguno.

Aquí ya vemos el primer avance, al darles la potestad a los notarios de levantar protestos por falta de aceptación o de pago de letras de cambio o pagarés. Con ésta facultad se comienza a sentir, en la sociedad que el papel del notario puede ser más importante de lo que era y puede actuar como fedatario real, dando fe de todos los actos que sean necesarios.

Posteriormente los numerales 7, 8 y 9 fueron agregados por Ley No. 35, publicado en Registro Oficial 476 de 10 de Julio de 1986,

7- Incorporar al Libro de Diligencias, actas de remates, de sorteos y de otros actos en que hayan intervenido a rogación de parte y que no requieran de las solemnidades de la escritura pública;

8- Conferir extractos en los casos previstos en la Ley;

9- Practicar reconocimiento de firmas

10) Receptar la declaración juramentada del titular de dominio, con la intervención de dos testigos idóneos que acrediten la necesidad de

extinguir o subrogar, de acuerdo a las causales y según el procedimiento previsto por la Ley, el patrimonio familiar constituido sobre sus bienes raíces, en base a lo cual el Notario elaborará el acta que lo declarará extinguido o subrogado y dispondrá su anotación al margen de la inscripción respectiva en el Registro de la Propiedad correspondiente; En los casos en que el patrimonio familiar se constituye como mandato de la Ley, deberá adicionalmente contarse con la aceptación de las instituciones involucradas;

11) Receptar la declaración juramentada del titular de dominio con intervención de dos testigos idóneos que acrediten que la persona que va a donar un bien, tenga bienes suficientes adicionales que garanticen su subsistencia, lo cual constará en acta notarial, la que constituirá suficiente documento habilitante para realizar tal donación;

12) Receptar la declaración juramentada de quienes se creyeren con derecho a la sucesión de una persona difunta, presentado la partida de defunción del de cuius y las de nacimiento u otros documentos para quienes acrediten ser sus herederos, así como la de matrimonio o sentencia de reconocimiento de la unión de hecho del cónyuge sobreviviente si lo hubiera. Tal declaración con los referidos instrumentos, serán suficientes documentos habilitantes para que el Notario conceda la posesión efectiva de los bienes pro indiviso del causante a favor de los peticionarios, sin perjuicio de los derechos de terceros. Dicha declaración constará en acta notarial y su copia será inscrita en el Registro de la Propiedad correspondiente;

13) Tramitar la solicitud de disolución de la sociedad de gananciales de consuno de los cónyuges, previo reconocimiento de las firmas de los solicitantes ante el Notario, acompañando la partida de matrimonio o

sentencia de reconocimiento de la unión de hecho. Transcurridos diez días de tal reconocimiento el Notario convocará a audiencia de conciliación en el cual los cónyuges, personalmente o por medio de apoderados ratificarán su voluntad de declarar disuelta la sociedad de gananciales formada por el matrimonio o unión de hecho. El acta respectiva se protocolizará en la Notaria y su copia se sub-inscribirá en el Registro Civil correspondiente, particular del cual se tomará nota al margen del acta protocolizada;

14) Autorizar la venta en remate voluntario de bienes raíces de personas menores que tengan la libre administración de sus bienes cumpliendo las disposiciones pertinentes de la Sección Décima Octava del Título Segundo del Código de Procedimiento Civil;

15) Receptar informaciones sumarias y de nudo hecho;

16) Sentar razón probatoria de la negativa de recepción de documentos o de pago de tributos por parte de los funcionarios públicos o agentes de recepción;

17) Protocolizar las capitulaciones matrimoniales, inventarios solemnes, poderes especiales, revocatorias de poder que los comerciantes otorgan a sus factores y dependientes para administrar negocios;

18) Practicar mediante diligencia notarial, requerimientos para el cumplimiento de la promesa de contrato como para la entrega de cosa debida y de la ejecución de obligaciones.

De registrarse controversia en los casos antes mencionados, el notario se abstendrá de seguir tramitando la petición respectiva y enviará copia auténtica de todo lo actuado a la oficina de sorteos del cantón de su

ejercicio, dentro del término de tres días contados a partir del momento en que tuvo conocimiento del particular, por escrito o de la oposición de la persona interesada, para que después del correspondiente sorteo se radique la competencia en uno de los jueces de lo Civil del Distrito."

19.- Proceder a la apertura y publicación de testamentos cerrados. Para el efecto, el que tenga o crea tener interés en la sucesión de una persona, puede solicitar al notario, ante quien el causante otorgó el testamento y lo haya conservado en su poder, proceda a exhibirlo para su posterior apertura y publicación en la fecha y hora que para tal propósito señale. En su petición el interesado indicará adicionalmente, el nombre y dirección de otros herederos o interesados que conozca, y que se disponga de una publicación, en un medio de prensa escrito de amplia circulación local o nacional, para los presuntos beneficiarios. Trascurridos no menos de treinta días, en la fecha y hora señalados, previa notificación a los testigos instrumentales, el notario levantará un acta notarial en la que dejará constancia del hecho de haberlo exhibido a los peticionarios la cubierta del testamento, declarando si así corresponde, adicionalmente junto con los comparecientes, que en su concepto la cerradura, sellos, lacras o marcas no presentan alteración alguna. En la diligencia notarial, a la que se permitirá el acceso a todo interesado que justifique un presunto interés en el contenido del testamento, de presentarse oposición a la práctica de esta diligencia, el notario oír la exposición. En este evento, elaborará un acta con los fundamentos de la posición y la enviará a conocimiento de juez competente, cumpliendo el procedimiento de ley, ante quien se deberá llevar a efecto el juicio de apertura y publicación de testamento cerrado de conformidad con las normas previstas en los Códigos Civil y de Procedimiento Civil.

De no presentarse oposición, el notario procederá a efectuar el reconocimiento de firmas y rúbricas de los testigos instrumentales, así como de que la cubierta y el sobre que contiene el testamento cerrado del testador, es el mismo que se presentó para su otorgamiento al notario. De no presentarse todos los testigos instrumentales, el notario abonará las firmas de los testigos faltantes con una confrontación entre las que aparecen en la carátula con las que constan en la copia de la misma que debe reposar en los protocolos de la notaría, según lo dispone el artículo 25 de la Ley Notarial.

El notario actuante confrontará la firma del notario que ejercía el cargo al momento de su otorgamiento con su firma constante en otros instrumentos notariales incorporados en el protocolo. En el caso de que la cubierta del testamento presentare notorias alteraciones que haga presumir haberse abierto, el notario luego de proceder a la apertura y publicación del testamento, levantará el acta pertinente haciendo constar estos particulares y remitirá todo lo actuado al juez competente. En estos casos el testamento únicamente se ejecutará en virtud de sentencia ejecutoriada que así lo disponga.

La diligencia concluye con la suscripción del acta de apertura y lectura del testamento, al cabo de lo cual todo lo actuado se incorporará al protocolo del notario, a fin de que otorgue las copias respectivas;

20.- Será facultad del notario proceder al registro de firmas de funcionarios y representantes de personas jurídicas, siempre y cuando haya petición de parte y el notario tenga conocimiento pleno de quien registra su firma. El documento que contenga la certificación de firma en virtud de este procedimiento de registro, gozará de autenticidad, pero no tendrá los efectos probatorios de instrumento público, para cuyo efecto se procederá de conformidad con lo previsto en el artículo 194 del Código de Procedimiento Civil.

21.- Autorizar los actos de amojonamiento (separación) y deslinde en sectores rurales, que a petición de las partes, siempre que exista acuerdo, tengan por objeto el restablecimiento de los linderos que se hubieren oscurecido, desaparecido o experimentado cualquier cambio o alteración, o en que se deban fijar por primera vez la línea de separación entre dos o más inmuebles, con señalamiento de linderos. Al efecto, se señalará fecha y hora para la diligencia, a la que concurrirán las partes, que podrán designar perito o peritos, quienes presentarán sus títulos de propiedad y procederán a señalar e identificar lugares, establecer linderos y dar cualquier noticia para esclarecer los hechos. De esta diligencia se levantará un acta, siempre y cuando exista conformidad de todas las partes, la que se agregará al protocolo del notario y de la cual se entregará copias certificadas a las mismas para su catastro municipal e inscripción en el Registro de la Propiedad correspondiente.

De presentarse oposición, el notario procederá a protocolizar todo lo actuado y entregará copias a los interesados, para que éstos, de considerarlo procedente, comparezcan a demandar sus pretensiones de derecho ante los jueces competentes;

22.- Tramitar divorcios por mutuo consentimiento, únicamente en los casos en que los cónyuges no tengan hijos menores de edad o bajo su dependencia. Para el efecto, los cónyuges expresarán en el petitorio, bajo juramento, lo antes mencionado y su voluntad definitiva de disolver el vínculo matrimonial, mismo que deberá ser patrocinado por un abogado en libre ejercicio, cumpliendo adicionalmente en la petición, lo previsto en el artículo 107 del Código Civil. El notario mandará que los comparecientes reconozcan sus respectivas firmas y rúbricas y fijará fecha y hora para que tenga lugar la audiencia, dentro de un plazo no menor de sesenta días, en

la cual los cónyuges deberán ratificar de consuno y de viva voz su voluntad de divorciarse. El notario levantará un acta de la diligencia en la que declarará disuelto el vínculo matrimonial, de la que debidamente protocolizada, se entregará copias certificadas a las partes y se oficiará al Registro Civil para su marginación respectiva; el Registro Civil a su vez, deberá sentar la razón correspondiente de la marginación en una copia certificada de la diligencia, que deberá ser devuelta al notario e incorporada en el protocolo respectivo. El sistema de correo electrónico podrá utilizarse para el trámite de marginación señalada en esta disposición. Los cónyuges podrán comparecer directamente o a través de procuradores especiales. De no realizarse la audiencia en la fecha designada por el notario, los cónyuges podrán solicitar nueva fecha y hora para que tenga lugar la misma, debiendo cumplirse dentro del término de 10 días posteriores a la fecha en la cual debió celebrarse originalmente. De no darse la audiencia, el notario archivará la petición;

23.- Proceder a la liquidación de sociedad de bienes o de la sociedad conyugal, para este efecto, sin perjuicio de la facultad jurisdiccional de los jueces de lo civil, los cónyuges o ex-cónyuges, o los convivientes vinculados bajo el régimen de la unión de hecho, según el caso, podrán convenir mediante escritura pública, una vez disuelta la sociedad conyugal o la sociedad de bienes que se haya formado como consecuencia de la unión de hecho, la liquidación de la sociedad de bienes. Este convenio se inscribirá en el Registro de la Propiedad correspondiente cuando la liquidación comprenda bienes inmuebles, y en el Registro Mercantil cuando existieren bienes sujetos a este Registro. Previamente a la inscripción, el notario mediante aviso que se publicará por una sola vez en uno de los periódicos de circulación nacional en la forma prevista en el artículo 82 del Código de procedimiento Civil, hará conocer la liquidación de la sociedad conyugal o de la sociedad de bienes de la unión de hecho, para los efectos

legales consiguientes. Transcurrido el término de veinte días desde la publicación y de no existir oposición, el notario sentará la respectiva razón notarial y dispondrá su inscripción en el registro o registros correspondientes de los lugares en los que se hallaren los inmuebles y bienes objeto de esta liquidación. De presentarse oposición, el notario procederá a protocolizar todo lo actuado y entregará copias a los interesados, para que éstos, de considerarlo procedente, comparezcan a demandar sus pretensiones de derecho ante los jueces competentes;

24.- Autorizar la emancipación voluntaria del hijo adulto, conforme lo previsto en el artículo 309 del Código Civil. Para este efecto, los padres comparecerán ante el notario a dar fin a la patria potestad, mediante declaración de voluntad que manifieste esta decisión, la que constará en escritura pública, donde además se asentará la aceptación y consentimiento expreso del hijo a emanciparse. A esta escritura pública se agregará como habilitantes los documentos de filiación e identidad respectivos, y las declaraciones juramentadas de dos testigos conformes y sin tacha, que abonen sobre la conveniencia o utilidad que percibiría el menor adulto con esta emancipación. El notario dispondrá la publicación de la autorización, por una sola vez en la prensa, cuya constancia de haberse publicado se incorporará en el protocolo, con lo cual entregará las copias respectivas para su inscripción en los Registros de la Propiedad y Mercantil del cantón en el que se hubiere hecho la emancipación;

25.- Tramitar la petición de declaratoria de interdicción para administrar los bienes de una persona declarada reo por sentencia ejecutoriada penal; para el efecto se adjuntará la sentencia ejecutoriada. En el acta que establezca la interdicción, se designará un curador;

26.- Solemnizar la declaración de los convivientes sobre la existencia de la unión de hecho, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 222 del Código Civil. El Notario levantará el acta respectiva, de la que debidamente protocolizada, se conferirá copia certificada a las partes; y,

27.- Declarar la extinción de usufructo, previa la justificación instrumental correspondiente y de acuerdo con las reglas del Código Civil, a petición del nudo propietario en los casos siguientes:

- a) Por muerte del usufructuario;
- b) Por llegada del día o cumplimiento de la condición prefijados para su terminación; y,
- c) Por renuncia del usufructuario.

Este artículo fue reformado por lo publicado en Registro Oficial Suplemento 64 de 8 de Noviembre de 1996.

Y finalmente el artículo 18 quedo como consta, cuando fue reformado por la Ley No. 62, publicada en Registro Oficial 406 de 28 de Noviembre del 2006 en el cual se otorgan todas las nuevas facultades que incursionan en el campo de solventar problemas de jurisdicción voluntaria.

Las funciones del notario actualmente, son muchísimo más amplias, sin embargo podrían ser más y mejores, lo que se necesita para reformarlas y ampliarlas es voluntad y el deseo de subirse al tren de la modernización de las funciones notariales, que nos lleven en poco, a que todos los actos en los que se necesite la sola confirmación de un derecho y no exista disputa de ninguna índole se puedan fácilmente, realizar ante éste funcionario.

3.1 Subcapítulo 1

Cualidades y debilidades de la ley notarial y sus reformas:

Son muchas las cualidades de las últimas reformas a la Ley notarial, porque lo que hicieron fue ampliar las facultades de los notarios, otorgándoles un amplio espectro de acción, de ésta manera lo primero que tuvieron que hacer los notarios de todo el Ecuador, fue estudiar en profundidad las nuevas reformas y comprender su alcance.

Hay que decir que la Ley notarial no posee un reglamento que ayude a entender los procedimientos en las nuevas facultades, por lo que se hizo difícil encontrar los mecanismos apropiados para desarrollar las potestades.

La Ley Notarial Ecuatoriana, en general es buena y sus facultades intentan ser amplias y suficientes; pero no lo son del todo.

A continuación analizaremos la situación actual de algunas de las facultades notariales que el artículo 18 de la Ley Notarial establece, y analizaremos las carencias y los resultados positivos:

7- Incorporar al Libro de Diligencias, actas de remates, de sorteos y de otros actos en que hayan intervenido a rogación de parte y que no requieran de las solemnidades de la escritura pública;

Vemos a diario en la televisión, que para cada sorteo, por ejemplo de la Lotería Nacional, del Pozo Millonario y demás que siempre se cuenta con la presencia de un notario, quien asumiendo la facultad que le da este literal, acude al sitio mismo en donde se va a celebrar el remate o sorteo y da fe de que lo que se hace cumple con la normativa, que el sorteo es justo y no se ha hecho fraude de ningún tipo o se ha beneficiado a otro que no sea el que la suerte le favoreció, indudablemente lo positivo de esto es que el notario cumple la función de verificador y fedatario en esta atribución cumpliendo así con uno de sus fines.

9- Practicar reconocimiento de firmas

El reconocimiento de firma es una de las actividades diarias de los notarios, que deben verificar no solamente la cedula y compararla con la firma impresa en el documento, sino que deben verificar que la firma que se realiza en su presencia sea exactamente igual a la que aparece en la cédula de ciudadanía o identidad.

En más de un caso he podido ver que en reconocimientos de firmas bien practicados, la firma de alguna manera ha variado, por el paso del tiempo, es ahí donde recae la responsabilidad sobre el notario que es quien debe decidir si reconoce o no dicha firma, lo positivo es que nuevamente el notario cumple su función a cabalidad, al momento en que posee en sus manos la decisión de dar fe del hecho o simplemente decide que a pesar de ser en su presencia la firma no posee los mismos rasgos que la firma impresa en la cédula, por lo que se niega a reconocer la firma.

11) Receptar la declaración juramentada del titular de dominio con intervención de dos testigos idóneos que acrediten que la persona que va a donar un bien, tenga bienes suficientes adicionales que garanticen su subsistencia, lo cual constará en acta notarial, la que constituirá suficiente documento habilitante para realizar tal donación;

A este tramite el código civil lo llama insinuación para donar, que en verdad como la ley notarial lo dice no es más que una declaración juramentada en la que expresamente el donante declara que a pesar de la donación que practica el posee todavía los medios necesarios para subsistir. Posteriormente ésta declaración juramentada que necesariamente debe constar con la presencia de dos testigos constituye documento habilitante para hacer el trámite de transferencia de dominio catastral ante el municipio y para la debida inscripción en el Registro de la Propiedad. La función que cumple el notario en esta facultad es netamente social ya que recepta la declaración juramentada, para verificar que el donante posee, a pesar de la donación que realiza, los medios necesarios para subsistir, cuan importante es que el notario realice bien su labor, ya que puede

evitar un grave e irreversible daño económico en la persona, que en un arrebato de locura decide donar todos sus bienes, quedándose en la miseria.

13) Tramitar la solicitud de disolución de la sociedad de gananciales de consuno de los cónyuges, previo reconocimiento de las firmas de los solicitantes ante el Notario, acompañando la partida de matrimonio o sentencia de reconocimiento de la unión de hecho. Transcurridos diez días de tal reconocimiento el Notario convocará a audiencia de conciliación en el cual los cónyuges, personalmente o por medio de apoderados ratificarán su voluntad de declarar disuelta la sociedad de gananciales formada por el matrimonio o unión de hecho. El acta respectiva se protocolizará en la Notaria y su copia se sub-inscribirá en el Registro Civil correspondiente, particular del cual se tomará nota al margen del acta protocolizada;

Este tramite, entendido desde siempre en nuestro país como contencioso, que se debía solicitar ante juez de lo civil para que el reconozca el derecho de los cónyuges que por mutuo deciden disolver la sociedad conyugal era una gestión que llevaba por lo menos 6 meses y para este simple reconocimiento se debía pasar por la burocracia del sistema judicial, ahora es un trámite ágil y rápido y permite a los cónyuges ejercer el derecho a decidir sobre la sociedad conyugal sin limitaciones, luego solamente queda realizar el trámite de inscripción en el Registro Civil para que se plasme la respectiva marginación del acta de matrimonio, cuan positivo e importante es ésta función y cuanto ha servido a la descongestión del sistema judicial.

16) Sentar razón probatoria de la negativa de recepción de documentos o de pago de tributos por parte de los funcionarios públicos o agentes de recepción;

Esta facultad es sobre todo útil en el pasado en nuestro país, no existía manera de sentar razón de la negativa de la recepción de un documento o pago de un tributo, mientras tanto en la actualidad, se puede usar al notario solicitándole que acompañe hasta el lugar o institución en la cual se niegan a recibir un pago o un documento y que él siente razón de la negativa de recepción, lo que se sentará en acta y servirá como medio probatorio en juicio.

17) Protocolizar las capitulaciones matrimoniales, inventarios solemnes, poderes especiales, revocatorias de poder que los comerciantes otorgan a sus factores y dependientes para ad-ministrar negocios;

Las capitulaciones matrimoniales que al igual que la disolución de la sociedad conyugal, era un trámite tan difícil y marrullero que tomaba tanto tiempo en los juzgados de lo civil, no se solía hacer por el tiempo que tomaba, mientras tanto hoy en día resulta ágil y rápido ante el notario, cabe decir que a pesar de ser eficiente la institución notarial en este proceso, el entorpecimiento recae en el registro civil ya que al ser una entidad que nunca se ha renovado los procedimientos de inscripción son lentos y completamente centralizados, de tal manera que para inscribir una capitulación matrimonial o una disolución o liquidación de la sociedad conyugal, estoy hablando en la capital, se tiene que necesariamente hacer en el registro civil de Turubamba y no se acepta el trámite en ninguna otra sucursal del organismo, resulta impensable que en el siglo XXI todavía existan esta clase de impedimentos y que no se sepa aprovechar de la tecnología para la transmisión de datos.

18) Practicar mediante diligencia notarial, requerimientos para el cumplimiento de la promesa de contrato como para la entrega de cosa debida y de la ejecución de obligaciones.

Nuevamente con esta facultad se crea la potestad de que el notario de fe sobre un incumplimiento, pero en este caso en la entrega de la cosa debida o de la ejecución de una obligación, este incumplimiento se sentará en un acta que servirá como prueba en juicio de registrarse cualquier clase de controversia, el notario se abstendrá de seguir tramitando la petición respectiva y enviará copia auténtica de todo lo actuado a la oficina de sorteos del cantón de su ejercicio, dentro del término de tres días contados a partir del momento en que tuvo conocimiento del particular, por escrito o de la oposición de la persona interesada, para que después del correspondiente sorteo se radique la competencia en uno de los jueces de lo Civil del Distrito.

22.- Tramitar divorcios por mutuo consentimiento, únicamente en los casos en que los cónyuges no tengan hijos menores de edad o bajo su dependencia. Para el efecto, los cónyuges expresarán en el petitorio, bajo juramento, lo antes mencionado y su voluntad definitiva de disolver el vínculo matrimonial, mismo que deberá ser patrocinado por un abogado en libre ejercicio, cumpliendo adicionalmente en la petición, lo previsto en el artículo 107 del Código Civil. El notario mandará que los comparecientes reconozcan sus respectivas firmas y rúbricas y fijará fecha y hora para que tenga lugar la audiencia, dentro de un plazo no menor de sesenta días, en la cual los cónyuges deberán ratificar de consuno y de viva voz su voluntad de divorciarse. El notario levantará un acta de la diligencia en la que declarará disuelto el vínculo matrimonial, de la que debidamente protocolizada, se entregará copias certificadas a las partes y se oficiará al Registro Civil para su marginación respectiva; el Registro Civil a su vez, deberá sentar la razón correspondiente de la marginación en una copia certificada de la diligencia, que deberá ser devuelta al notario e incorporada en el protocolo respectivo. El sistema de correo electrónico podrá utilizarse para el trámite de marginación señalada en esta disposición. Los cónyuges podrán comparecer directamente o a través de procuradores especiales.

De no realizarse la audiencia en la fecha designada por el notario, los cónyuges podrán solicitar nueva fecha y hora para que tenga lugar la misma, debiendo cumplirse dentro del término de 10 días posteriores a la fecha en la cual debió celebrarse originalmente. De no darse la audiencia, el notario archivará la petición;

En cifras, es una de las nuevas facultades de la ley notarial, que más descongestionado el sistema judicial, ya en el pasado los jueces de lo civil tenían que tramitar aproximadamente 40 juicios de divorcio por mutuo consentimiento al año, mientras tanto ahora se han eliminado esos 40 expedientes de las oficinas de cada juez, otorgándoles a estos funcionarios más tiempo para poder resolver casos más importantes.

En este punto quisiera comentar una experiencia profesional, que puede resultar, sobre todo enriquecedora para los lectores de la presente.

A comienzos del año 2008 asesoré jurídicamente un divorcio notarial, de un hombre de doble nacionalidad italiana-ecuatoriana, casado con una mujer de nacionalidad ecuatoriana, ya que éstas personas no tenían hijos, se enmarcaban dentro de los requisitos establecidos en el artículo arriba citado, el trámite fluyó con completa normalidad, demorándose aproximadamente 2 meses y medio, tiempo común para el caso; se realizó la correspondiente inscripción y marginación del divorcio en el Registro Civil y hasta ese momento no se presentaron contratiempos, resulta que cuando éstas personas se casaron, se inscribió dicho matrimonio ante el consulado italiano, con la idea que en algún momento la señora pudiera adquirir la nacionalidad italiana, como esposa de un ciudadano italiano.

A poco tiempo del perfeccionado el trámite de divorcio ante el notario, se presentaron todos los documentos junto con el Acta de Matrimonio marginada con la disolución del vínculo matrimonial, ante el consulado italiano, para que este a su

vez tome la debida nota del hecho, a lo que el consulado italiano respondió con una negativa de inscripción, aduciendo que el divorcio notarial no estaba reconocido en la Ley Italiana, ni en ninguna legislación de la Unión Europea, por lo que si se quería inscribir dicho divorcio tendría que ser otorgado por un juez ecuatoriano y no por un notario, ante esta encrucijada se procedió a solicitar a la Corte Superior de Justicia margine la escritura de protocolización del divorcio notarial para de alguna manera otorgarle un carácter de validez ante los organismos de justicia, y a su vez solicité al Ministerio de Relaciones Exteriores, particularmente al departamento jurídico, que emita un pronunciamiento al respecto, lo que finalizó con una Nota Verbal ministerial dirigida al consulado italiano, señalando las normas de la Ley Notarial y de la Constitución que le dan validez al divorcio notarial en nuestro país y con una recomendación final, solicitando al consulado italiano que acepte la petición de inscripción del divorcio notarial, recomendación a la cual el consulado italiano hizo caso omiso, alegando que ellos poseen sus propias Leyes y Normas y que por lo tanto la opinión del Ministerio de Relaciones Exteriores, al respecto les tenia sin cuidado.

Finalmente después de muchísimas conversaciones acceden a que sea directamente los juzgados competentes del municipio de Ancona en Italia, que es el sitio de nacimiento del cliente en cuestión, dirima sobre el la inscripción o no, para lo cual a través del mismo consulado se enviaron todos los documentos de respaldo para que pasados aproximadamente 6 meses, un Juez Italiano niegue la inscripción del divorcio por haberse hecho ante notario y no ante un juez ecuatoriano, desconociendo de ésta manera por completo la legislación ecuatoriana, que otorga dicha facultad a los notarios y dejando en gravísimas circunstancias de indefensión a mi cliente, ya que si uno de los dos contrae matrimonio nuevamente el otro podría aducir que su marido o esposa esta incurriendo en el delito de bigamia sancionado incluso con prisión en Italia, a demás conculcando el derecho al ciudadano italiano a terminar el vinculo matrimonial en el país en el que contrajo matrimonio y finalmente dejando la única

salida que para que el divorcio se pueda inscribir ante las autoridades Italianas haya que repetir el trámite de divorcio en el Municipio de Ancona en Italia, ya que en nuestro país no se podría solicitar a un juez de lo civil el divorcio ya que negaría inmediatamente la demanda por ser cosa juzgada y no tener sobre que resolver porque por la facultad notarial ya decidió al respecto en el Ecuador.

Este caso, interesante, puede dejar la enseñanza que antes de realizar un divorcio notarial de un ciudadano de doble nacionalidad, siempre se deberá primero pedir al consulado de su país de origen un pronunciamiento al respecto, ya que de ninguna manera se podrá aducir obligatoriedad en inscribir el divorcio si su país no lo contempla dentro de su legislación y si no existe la voluntad de aceptar una resolución de un notario como si fuera una judicial, no hay norma alguna el derecho internacional ni siquiera en el tratado Sánchez Bustamante que habla al respecto, por la cual se pueda exigir a otro país que acoja este tipo de trámites especiales.

26.- Solemnizar la declaración de los convivientes sobre la existencia de la unión de hecho, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 222 del Código Civil. El Notario levantará el acta respectiva, de la que debidamente protocolizada, se conferirá copia certificada a las partes;

Facultad sobre todo necesaria y útil, que permite a los convivientes el reconocimiento de su derecho a constituir la sociedad conyugal de manera eficaz, que se materializa tan solo con una declaración sobre la existencia de la unión de hecho, lógicamente cumpliendo, para esto, con lo establecido en el Código Civil.

3.1.1 Subcapítulo 2

Análisis de las disposiciones referentes a los notarios en la nueva constitución:

En la flamante constitución de Montecristi del 20 de Octubre del 2008, se cambió en algunos aspectos la manera en como se debe actuar en las notarias, especialmente en el tema de manejo de ingresos, y otorgándole un carácter más publico que privado, a continuación realizaré un análisis en detalle de los artículos que norman hoy en día el servicio notarial y realizaré una comparación con la constitución del 1998, éste segmento de mi trabajo se verá, posteriormente acompañado, por el análisis del nuevo Código Orgánico de la Función Judicial.

Mucho se habló al respecto de los notarios y su nuevo régimen y se especuló mucho de las consecuencias que estos cambios traerían; pero solamente ahora complementados por la Ley Especial que los regula, podremos entender en su contexto las modificaciones y sus reales resultados.

La constitución vigente del Ecuador, en la sección Duodécima que habla del Servicio Notarial dice lo siguiente:

Art. 199.- Los servicios notariales son públicos. En cada cantón o distrito metropolitano habrá el número de notarias y notarios que determine el consejo de la judicatura. Las remuneraciones de las notarias y notarios, el régimen de personal auxiliar de estos servicios, y las tasas que deban satisfacer los usuarios, serán fijadas por el consejo de la judicatura. Los valores recuperados por concepto de tasas ingresarán al Presupuesto General del Estado, conforme lo que determine la Ley. (Lo subrayado es mío)

Art. 200.- Las notarias y notarios son depositarios de la fe publica, serán nombrados por el consejo de la judicatura, previo concurso publico de oposición y méritos, sometido a impugnación y control social. Para ser notaria o notario se requerirá tener titulo de tercer nivel en Derecho,

legalmente reconocido en el país, y haber ejercido con probidad notoria la profesión de abogado por un lapso no menor a tres años. Las notarias y notarios permanecerán en funciones 6 años y podrán ser reelegidos por una sola vez. La Ley establecerá los estándares de rendimiento y las causales para su destitución.

A continuación realizaré un análisis minucioso de estos dos artículos que hablan de los notarios en la nueva constitución:

Los servicios notariales son públicos...

Esto era una verdad a medias, en el Ecuador y en el mundo entero siempre se ha dicho en constituciones leyes y reglamentos que el servicio notarial es publico; pero yo hago la pregunta ¿Qué actos o hechos constituyen como públicos a una función?

La pregunta es interesante y valdría fijarnos por ejemplo en la función de un juez, nadie puede negar que su función es pública ya que cumple con los siguientes elementos:

- Su lugar de trabajo es en una dependencia pública
- Sus labores son controladas y reguladas por entes públicos
- Los ingresos que recibe por su trabajo son públicos
- Su patrimonio se incrementa gracias a lo público

Ahora bien con éstos elementos que he citado, realicemos el análisis bajo los mismos parámetros en la función notarial:

- Su lugar de trabajo es una dependencia privada, en la que todos los bienes que posee le pertenecen.
- Sus labores son controladas y reguladas por entes públicos

- Los ingresos que recibe por su trabajo provienen del sector privado por concepto de aranceles notariales.
- Su patrimonio se incrementa gracias a lo privado

Como podemos ver solo uno de los elementos que es el control depende de lo público, y todos los demás lo constituyen como privado; pero es de alguna manera, lógico pensar que los notarios tengan el carácter de públicos por una razón; sus servicios son netamente sociales y sirven a la colectividad, es por esto que deben y son considerados como públicos aunque no lo parezcan, porque si se los catalogara como funcionarios privados, no tendrían la obligación de preocuparse por la sociedad y podrían simplemente atender a sus amigos cercanos sin importarles atender a la sociedad.

Haciendo una analogía se podría equiparar con los servicios de agua potable o electricidad, claro que podría ser mejor, para un sector de la sociedad, que estas empresas se privaticen; pero si eso pasara, dichas empresas no se preocuparían de los sectores más alejados para los que hay que invertir mucho para otorgar el servicio y la ganancia es limitada.

Que interés podría tener el notario en realizar ciertos trámites a personas pobres que le representan un ingreso tan bajo, si puede tener como clientes solamente a grandes bancos o empresas que le significan miles de dólares mensuales.

Para entender de mejor manera lo antes expuesto, entendamos primero que es el servicio público y es aquel que se puede definir como la reconducción de un sector de actividades socioeconómicas a la órbita del [poder público](#) o [sector público](#). En muchos casos se trata de un [monopolio artificial](#) del gobierno.

Los servicios público son brindados por determinadas [entidades](#) (por lo general el [Estado](#)), y satisfacen primordialmente las necesidades de la [comunidad](#) o [sociedad](#) donde estos se llevan a cabo. Los servicios públicos acarrear un fin económico y pueden estar ligados a empresas privadas. (Lo subrayado es mío)

El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, define al servicio público como: “Actividad llevada a cabo por la Administración o, bajo un cierto control y regulación de esta, por una organización, especializada o no, y destinada a satisfacer necesidades de la colectividad” (Lo subrayado es mío)

Por las definiciones citadas, y respondiendo la pregunta que planteaba al inicio de esta explicación, constituyen como públicos en una función los actos o hechos que tienden a satisfacer necesidades de la sociedad, y es servicio notarial esta para servir a la colectividad por eso es público.

...En cada cantón o distrito metropolitano habrá el número de notarias y notarios que determine el Consejo de la Judicatura. Las remuneraciones de las notarias y notarios, el régimen de personal auxiliar de estos servicios, y las tasas que deban satisfacer los usuarios, serán fijadas por el consejo de la judicatura...

El Consejo de la Judicatura es la entidad responsable de realizar la distribución de las notarias en las provincias y cantones del Ecuador, ellos son los que tienen la obligación de realizar estudios serios para cuantificar si el número de notarias existentes abastecen a las necesidades de la población.

La segunda parte de éste artículo constituye un cambio radical a la forma en la que se distribuyen las ganancias de los notarios ya que por este enunciado se cambia completamente el régimen de ingresos y se da la facultad al Consejo de la Judicatura de fijar una remuneración para los notarios, esto sin duda que traerá cola, ya que como comentaba, los notarios son funcionarios públicos por la función social que ejercen; pero si el estado es quien fija la remuneración a través de un organismo, la cosa cambia, es verdad que los fondos van a seguir saliendo de lo privado, pero el estado regula la ganancia.

Todo lo referente a la nueva distribución de ganancias de los notarios y la forma en como se deberá manejar dichos recursos, lo analizaremos más adelante, en profundidad, cuando me refiera a el nuevo Código Orgánico de Régimen Judicial.

En el artículo en cuestión se otorga la facultad también que el Consejo de la Judicatura para que se encargue del régimen del personal auxiliar del servicio notarial, se entiende con esto, que al personal de las notarias se lo pasará a ver como funcionarios judiciales y ya no como trabajadores del sector privado amparados por el código laboral, como era antes, de esto también hablaré más en detalle en el análisis de el nuevo Código Orgánico de Régimen Judicial, que regula este aspecto.

Los valores recuperados por concepto de tasas ingresarán al Presupuesto General del Estado, conforme lo que determine la Ley.

Esto, es seguramente lo que más problemas traerá y donde se concentra todo el cambio propuesto para el régimen notarial, que las ganancias, antes en total favor de los notarios, beneficien también al estado entrando al Presupuesto General, lo que determina la el Código Orgánico de Régimen Judicial, lo analizaré en breve.

Art. 200.- Las notarias y notarios son depositarios de la fe pública, serán nombrados por el consejo de la judicatura, previo concurso público de oposición y méritos, sometido a impugnación y control social. Para ser notaria o notario se requerirá tener título de tercer nivel en Derecho, legalmente reconocido en el país, y haber ejercido con probidad notoria la profesión de abogado por un lapso no menor a tres años. Las notarias y notarios permanecerán en funciones 6 años y podrán ser reelegidos por una sola vez. La Ley establecerá los estándares de rendimiento y las causales para su destitución.

La primera parte de este artículo no es ningún avance y se lo encontraba tal como esta pero en la Ley Notarial vigente, lo único que cambia es el tiempo en el cual, los notarios permanecerán en funciones, antes en la misma Ley citada, se establecían 4 años, que en realidad en muchos casos son incluso 30 años ya que dicha disposición nunca se cumplió y en la ciudad de Quito no hay ningún notario que haya puesto a disposición su cargo luego de cumplido ese periodo.

3.1.1 Subcapítulo 3

Análisis del nuevo Código Orgánico de la Función Judicial:

En el Título VI de los Órganos Auxiliares de la Función Judicial, Capítulo I Notarias y Notarios, se cambia por completo el régimen para los notarios en el Ecuador, es por esto que el estudio que voy a hacer a continuación de esta Ley es tan importante, para entender el futuro inmediato de esta institución.

Iremos pues analizando cada uno de los artículos de este nuevo Código y en cada uno realizaré un análisis, éste será un material sumamente importante para los abogados, estudiantes de derecho y especialmente para los notarios de nuestro país, entre los cuales al momento existe un desconocimiento, se podría decir casi total, de los alcances de la Ley, ya que hoy todavía, a pesar de estar vigente, no se aplica.

Art. 296.- NOTARIADO.- *El Notariado es un órgano auxiliar de la Función Judicial y el servicio notarial consiste en el desempeño de una función pública que la realizan las notarias y los notarios, quienes son funcionarios investidos de la fe pública para autorizar, a requerimiento de parte, los actos, contratos y documentos determinados en las leyes y dar fe de la existencia de los hechos que ocurran en su presencia. (Lo subrayado es mío)*

El ejercicio de la función notarial es personal, autónomo, exclusivo e imparcial.

La primera parte de éste artículo, es tal como analizábamos capítulos atrás en el presente trabajo, consiste en el desempeño de una función pública, es nuevo catalogar al notariado como un Órgano Auxiliar de la Función Judicial y es la primera vez que en el Ecuador se hace esta consideración, que resulta positivo

porque reglamenta el carácter de las notarias y las transforma a ser completamente públicas y depender de una de las funciones del estado.

Lo subrayado, es con el objeto de recalcar, que decir “al requerimiento de parte” prohíbe al notario o notaria actuar de oficio y solamente se aceptará el acto notarial previa solicitud de la parte interesada. Los actos y contratos y documentos a los que se hace referencia son los establecidos en la Ley Notarial Vigente, especialmente el artículo 18 con todos sus numerales.

Otorga a demás la facultad de dar fe de la existencia de hechos que ocurran en su presencia, esto en referencia a los concursos, rifas, sorteos y de más, en los cuales el Notario tiene la facultad de dar fe de la veracidad de los resultados y ser quien compruebe que estos se realicen conforme a la Ley.

La determinación final al mencionar que el ejercicio notarial es personal, autónomo, exclusivo e imparcial, es de suma importancia, porque a pesar de que el notariado depende y es parte de la función judicial, mantiene la característica de autonomía, que es tan importante para el desarrollo de la actividad sin más limitaciones que las impuestas por la Ley.

Art. 297.- REGIMEN LEGAL.- *El Servicio Notarial se rige por la Constitución, Código, la Ley Notarial y demás disposiciones legales y reglamentarias.*

Se podría decir ante esto que éstas son taxativamente las fuentes que rigen al servicio notarial.

E inmediatamente pasaremos a ver el régimen para los notarios, la forma de ingresar al servicio, los requisitos, la duración en el cargo y más especificaciones:

Art. 298.- INGRESO AL SERVICIO NOTARIAL.- *El ingreso al servicio notarial se realizará por medio de un concurso público de oposición y méritos, sometido a impugnación y control social, y con el procedimiento*

establecido en este Código, que será dirigido por la Comisión de Administración de Recursos Humanos del Consejo de la Judicatura, sin perjuicio de que la formación inicial esté a cargo de la Escuela de la Función Judicial.

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.

Los concursos no podrán privilegiar la experiencia frente a la preparación académica y la evaluación de desempeño

El Código que contiene los artículos que estoy analizando, constituye un profundo cambio no solamente para los notarios sino para todo el sistema judicial, en este código se especifica el procedimiento para el concurso de oposición y méritos en el Capítulo II que contiene el artículo 51 y siguientes, que también rige para la función notarial, lo que busca este concurso, en el papel, es que los procedimientos sean más justos y que en los cargos este quien realmente merece por cualidades académicas y morales dicha posición, lo que suena realmente positivo; pero que en la práctica resulta tan poco probable, por ser puestos en los que se puede hacer mucho dinero y la ambición económica de muchos se pone en manifiesto, solo queda augurar que sea cumpla lo dicho por la Ley y realmente sea un concurso de méritos por el bien de la institución notarial.

Que la formación inicial de los notarios esté a cargo de la Escuela de la Función Judicial, que es una dependencia nueva establecida en el Artículo 80 de esta misma ley, será positivo solamente si en ésta el nivel académico es el óptimo como para preparar profesionales en derecho, en una especialización superior en Derecho Notarial y Registral, que como en otros países uno de ellos España, sean los mismo Notarios en funciones los que contribuyan en las aulas con la formación de los aspirantes a ejercer los cargos de notarios y registradores y se imparta los

conocimientos con casos prácticos y no limitándose al estudio teórico, a demás en el que se enseñe fundamentos de administración de empresas y economía, solamente en ese caso la escuela de la función judicial, que debe estar regentada por abogados de reconocimiento público, podrá constituirse en lo que pretende y ser la verdadera formadora de excelentes notarios y registradores que busquen trabajar en beneficio de la comunidad y que se convierta con el pasar de los años en un centro de estudios que busque innovar y dar soluciones para el régimen notarial del futuro, que incluya, como este trabajo nuevas facultes para los notarios que sirvan para descongestionar el sistema judicial.

Art. 299.- REQUISITOS PARA SER NOTARIA O NOTARIO.- *Para ser notaria o notario se requerirá:*

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

Se suprime lo que estipula la Ley Notarial vigente en el literal c) del artículo 9 que dice que para ser notario se debe *gozar de buena reputación* y acreditar idoneidad ante un tribunal integrado por un Ministro Juez delegado por la honorable Corte Superior, un delegado del Colegio de Notarios, un delegado del Colegio de Abogados, esto dos últimos deben ser miembros del Tribunal de Honor de sus respectivos Colegios; me parece un error dejar de lado este requisito ya que el notario debe tener como característica peculiar, gozar de respeto y ser considerado honesto, para que así sus actos no solamente obtengan la calidad legal, sino también la calidad moral necesaria para ser auténticos veraces y completos.

La buena reputación es requisito sine qua non del notario, no olvidemos que es un funcionario que garantiza los contratos, actos y convenios de los demás, ¿Qué

garantía podrá dar un hombre descalificado, de mala reputación?, si no es correcto, honrado, honorable, probo e imparcial y sabio, no podrá ser Notario.³³

Art. 300.- DURACIÓN EN EL CARGO.- *Las notarias y los notarios permanecerán en el ejercicio de sus funciones seis años, y podrán ser reelegidos por una sola vez. Quienes hubieren sido reelectos podrán, libremente, participar en los concursos que se abran respecto de otras notarías, cuando concluya su segundo período*

La Ley Notarial señala 4 años como la duración del periodo, lo que ésta Ley por ser especial, inmediatamente reforma, cabe decir que dicha estipulación ha sido por lo más pisoteada, ya que en el Ecuador hay notarios que llevan incluso 40 años ejerciendo la función, por lo que nuevamente solo queda esperar que el Consejo de la Judicatura como organismo regulador del servicio notarial junto con las Cortes Provinciales y Nacionales hagan cumplir esta disposición a rajatabla sin condonaciones ni indultos.

Art. 301.- DEBERES DE LAS NOTARIAS Y NOTARIOS.- *El servicio notarial es permanente e ininterrumpido. Para cumplir sus funciones, cuando el caso amerite o las partes lo requieran, podrán autorizar los actos o contratos fuera de su despacho notarial.*

También son deberes de las notarias y los notarios:

Presentar su relación de gastos así como el presupuesto de gastos ordinarios y extraordinarios ante el Consejo de la Judicatura.

1. *Declarar bajo juramento los valores cobrados por los servicios prestados en forma mensual y depositar en la cuenta única del Tesoro Nacional lo que exceda del monto máximo que le sea permitido percibir por el desempeño de la función notarial que no podrá ser superior al señalado*

³³ **PAZMIÑO PAZMIÑO**, Edgar, Manual de Derecho Notarial, Concordancias y Jurisprudencia, Editorial Jurídica del Ecuador, 2004.

en el artículo 304. La falsedad en las declaraciones tributarias o el ocultamiento en la inscripción o registro de bienes muebles o inmuebles, será motivo de destitución, sin perjuicio de las acciones penales correspondientes.

Este es el artículo que seguro llevará a la polémica, ya que reducirá significativamente los ingresos de los notarios.

Señala como deber de los notarios presentar todos los gastos de la notaria, ante el consejo de la judicatura, con la idea de cotejar la información con los ingresos y reclamar así los ingresos extraordinarios, lo que le faltó al legislador es señalar cada cuanto tienen esa obligación.

Art. 302.- PERSONA QUE LABORA EN LAS NOTARÍAS.- *Quienes presten sus servicios en las notarías serán trabajadores dependientes de la notaria o el notario, sujetos al Código de Trabajo.*

El régimen de los trabajadores de las notarías siempre ha sido excepcional y por medio de esta ley se mantiene dicho carácter, ya que a pesar de trabajar en una institución pública como lo señala el artículo 296 que dice que el servicio notarial consiste en el desempeño de una función pública que la realizan las notarías y los notarios, los que laboren en ellas no son funcionarios públicos sino meros trabajadores amparados por el código del trabajo, los empleados notariales trabajan para el funcionario público y reciben de éste su remuneración, de esta manera se excluyen la responsabilidad del estado sobre ellos y se libran de las obligaciones impuestas por esta misma ley que regula la carrera judicial.

Art. 303.- TASAS POR SERVICIOS NOTARIALES.- *Es Atribución del Consejo de la Judicatura establecer, modificar o suprimir mediante resolución las tasas por servicio notarial, fijar sus tarifas y regular sus cobros. Igualmente, es atribución de dicho Consejo fijar y actualizar periódicamente, mediante resolución, los mecanismos de remuneración de las notarías y notarios, que serán pagados por los usuarios del servicio.*

La notaria o notario que cobre valores no establecidos por el Consejo de la Judicatura, comete una falta susceptible de destitución.

La potestad que otorga la Ley al Consejo de la Judicatura es grande y pesada y de no ser manejada con mucha ética y responsabilidad puede llevar a muchos atropellos y especialmente corrupción y ojala estén dentro de las pretensiones de esta institución buscar la manera de abaratar los costos y bajar las tasas notariales y no subirlas inescrupulosamente para equiparar los antiguos ingresos de los notarios.

A continuación analizaré la medula de la reforma notarial en el Ecuador, el artículo que revisaré cambia por completo la manera como se estaban manejando los recursos que ingresaban a las notarias en calidad de tasas, a decir verdad es un artículo sobre todo complicado de entender por su mala redacción que hablando de un tema tan álgido no es lo suficientemente claro y se presta a muchas interpretaciones que podrán en un futuro distorsionar el sentido con el cual fue escrito.

Art. 304.- MECANISMO DE REMUNERACIÓN.- *Le corresponde exclusivamente a la notaria o notario asumir los costos de la administración general de su despacho, su propia remuneración y el cumplimiento de las obligaciones laborales de su personal, por medio de la recaudación directa que por concepto de tasas realiza. En ningún caso el Estado deberá erogar valor alguno por estos conceptos.*

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

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

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

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

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

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

Estos porcentajes de participación podrán ser modificados por el Consejo de la Judicatura, mediante resolución, según las necesidades del servicio.

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

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

Lo primero que hace este artículo es desentender al estado de los gastos normales de los notarios, a pesar de que el estado se beneficiará de los ingresos por tasas notariales, le corresponde exclusivamente al notario hacerse cargo de estos egresos.

En el segundo párrafo encontramos una técnica novedosa e interesante que busca evitar la defraudación al estado, en cada escritura o documento notarial por cualquier concepto el notario tiene la obligación de sentar razón del número de factura por el acto o contrato, de ésta manera todos los documentos que provengan de la notaria y que se guardan en el respectivo protocolo, se podrán fácilmente cruzar con las facturas emitidas por los notarios que a su vez serán revisadas por el Consejo de la Judicatura.

En mi concepto es una manera ingeniosa de entrelazar el trabajo realizado con la ganancia, y lo que se puede suponer que hará el consejo de la judicatura es invalidar los documentos notariales que no posean tal marginación, otorgándole carácter legal solo al que lo contenga, logrando de esta manera que el usuario sea quien exija tal formalidad.

La idea final es compartir las ganancias de las notarias, según porcentajes y que el estado se beneficie, en el mejor de los casos de hasta el 51% de lo recibido por concepto de tasas notariales.

Lo que a primera impresión puede sonar bastante bueno y justo; pero entrando en el análisis, el estado se beneficia por un servicio que no brinda, en el que no gasta ni un solo centavo, en el que no tiene responsabilidad para con los funcionarios que trabajan en las notarias, desde este punto de vista ya no suena tan equitativo.

No queda más que entender éste nuevo Código Orgánico de la Función Judicial desde una perspectiva política ya que en el contexto en que se lo expide es dentro de un proceso de Revolución Ciudadana, comandado por Rafael Correa, quién en busca de ensanchar la estructura del estado, para poder con esto otorgar más

beneficios sociales a los ecuatorianos, necesita encontrar mayor cantidad de recursos para lo cual se vale de todas las instituciones posibles.

Personalmente pienso que estas reformas en el sistema notarial no perdurarán en el tiempo si los próximos mandatarios no tienen la misma ideología política que el actual presidente.

En la parte final del artículo en cuestión encontramos que se le otorga la potestad al Consejo de la Judicatura de modificar los porcentajes de participación, como hemos visto a través del análisis del nuevo código que regula la función judicial, en lo referente a los notarios, el Consejo de la Judicatura es visto como un organismo de grandes proporciones que puede tomar decisiones extremadamente importantes, me parece que esta nueva concepción debe ser tomada por los funcionarios de turno, con mucha responsabilidad seriedad y altura porque sino iremos encontrando irregularidades a cada paso, más todavía se lo vuelve veedores de los ingresos al estado provenientes de las notarias, pueden terminar convirtiéndose en los perseguidores de los notarios incriminándoles por cada declaración de gastos e ingresos, esto se agudiza por la última disposición de este artículo en la cual se manda a los notarios a depositar en la cuenta única del tesoro nacional, dentro de los primeros 10 días de cada mes los montos recaudados y presentar la respectiva liquidación de ingresos y gastos al Consejo de la Judicatura y si no lo hace, deberá pagar intereses por mora y una multa del 3%, no se especifica sobre que monto se aplica el 3% de multa pero suponiendo será sobre lo que adeuda; pero si no ha presentado todavía la liquidación y por eso incurre en mora, como puede saber el consejo de la judicatura sobre que monto cobrar la multa, es una incongruencia que ocasionará problemas por lo menos hasta que se expida el reglamento a esta ley en la cual se aclare este tema.

Finalmente se habla de responsabilidades penales y administrativas por no presentar la liquidación y el pago dentro de los 10 primeros días del mes, por

retención de fondos públicos y que el retraso reiterado será causal de destitución del cargo, puedo concluir este análisis diciendo que estoy convencido que estas regulaciones causaran un caos completo para su correcta aplicación en el sistema notarial y que al determinar a las tasas notariales como fondos públicos, la Contraloría General del Estado será el perseguidor e inquisidor de las notarias y estará constantemente mitigando a los servidores para analizar las liquidaciones, ojala que también ellos mantengan la altura necesaria y no sean los primeros en defraudar al estado a través de falsos informes, realizados a favor de las notarias y a favor de su propio patrimonio. Solo se puede al final, esperar que estas disposiciones no sean una puerta abierta para la corrupción en la que todos busquen su beneficio personal y que el único perjudicado sea el estado.

Art. 305.- TARIFA MÍNIMA O REDUCIDA.- Cuando la Constitución o la ley lo dispongan, los servicios notariales serán gratuitos o causarán tasas y mecanismos de remuneración inferiores a los establecidos

No existe disposición alguna en el Ecuador en la constitución o en alguna Ley que disponga que cierto servicio notarial sea gratuito o que establezca una remuneración inferior a la establecida, por lo que no encuentro la razón de ser de este artículo.

Art. 306.- EXENCIÓN PARA PERSONAS ADULTAS MAYORES.- Las personas adultas mayores se encuentran exentas en el pago de las tasas y los mecanismos de remuneración notarial en los actos que contengan su única y exclusiva declaración de voluntad. Para el caso de contratos bilaterales los adultos mayores no pagarán estos mecanismos de remuneración notarial en el porcentaje que señala la ley, pero les está prohibido asumir el pago del porcentaje que corresponda cubrir a los demás intervinientes.

Art. 307.- ARCHIVO NACIONAL NOTARIAL.- Créase el Archivo Nacional Notarial, dependiente del Consejo de la Judicatura, el mismo que será implementado de acuerdo a las disposiciones que dicte este órgano.

El Consejo de la Judicatura, a través de la Comisión de Asuntos Relativos a los Órganos Auxiliares, implementará la creación y desarrollo progresivo de un archivo electrónico de los actos y documentos que notarias y notarios registran en los libros de protocolo.

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

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

Las notarias y notarios, dentro de los quince primeros días de finalizado cada mes remitirán a la oficina provincial del archivo notarial, copia certificada del índice de los protocolos correspondientes a dicho mes.

Las oficinas provinciales remitirán copia certificada de los protocolos al Archivo Nacional Notarial dentro del primer trimestre de cada año.

El Consejo de la Judicatura reglamentará el funcionamiento de este Archivo Nacional Notarial y de sus oficinas provinciales.

Sin perjuicio de lo anterior, las notarias y los notarios tienen la obligación de llevar un archivo electrónico de todas sus actuaciones realizadas en el ejercicio de sus funciones.

El Archivo Nacional Notarial es toda una innovación en nuestro sistema; pero en la práctica va a ser un verdadero problema, el artículo que antecede impone la responsabilidad a los notarios de remitir miles de miles de tomos entre todos los notarios al Consejo de la Judicatura, quien deberá tener para este efecto un espacio físico similar en tamaño al de la Biblioteca de la Casa de la Cultura para poder guardar la cantidad de tomos que posee cada notaria y deberá organizarlos y procesarlos para convertir todos los tomos en información electrónica de fácil acceso y no solamente eso sino que deberá mensualmente recibir los tomos del mes anterior de 5 años atrás, de todas las notarias de la provincia, lo que sin duda causará una gran centralización ya que de todas partes de la provincia deberán acercarse al Archivo Notarial para tan solo obtener una copia de archivo que hoy en día toma apenas unas horas conseguirla y el tiempo de implementación de este archivo hasta que puedan otorgar las debidas copias a los usuarios será augurando la mejor de las suertes y el mejor de los desempeños organizacionales por lo menos 1 año. A de más que las oficinas provinciales deberán remitir al Archivo Nacional dentro del primer Trimestre de cada año copia certificada de todos los protocolos de todas las notarias del país, no habrá espacio en el que quepan la gran cantidad de tomos de todos los notarios del Ecuador que han ido compactando mes tras mes, año tras año, en muchos casos por más de un siglo, con el único objeto de tenerlos a todos en un mismo espacio físico. Estoy convencido que esta disposición si se llega aplicar será un caos total y un gasto de recursos del estado totalmente innecesaria, más todavía si el último párrafo del éste artículo impone a todas las notarias del país llevar un archivo electrónico de todas las actuaciones realizadas en el ejercicio de sus funciones, duplicando el esfuerzo para los notarios.

Estos son todos los nuevos artículos relativos al régimen notarial, sin embargo en la parte final del Código Orgánico de la Función Judicial encontramos en las Disposiciones Transitorias las siguientes:

SÉPTIMA.- DISPOSICIONES RELATIVAS AL SISTEMA NOTARIAL, A LAS NOTARIAS Y LOS NOTARIOS.

- a. *De conformidad con la disposición transitoria novena de la Constitución, las notarias y notarios que actualmente integran el servicio notarial continuarán en ejercicio de sus funciones hasta que el nuevo Consejo de la Judicatura designado a través de concurso dirigido por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, en un plazo máximo de trescientos sesenta días a partir de su posesión, implementará el nuevo sistema notarial, según la Constitución y este Código.*
- b. *Las notarias y los notarios que no cumplan con los requisitos establecidos en la Constitución y la ley, se entenderán prorrogados en funciones hasta que se posesionen los nuevos notarios y notarias. El Consejo de la Judicatura dispondrá la entrega de los archivos de los notarios y notarias cesantes a los nuevos notarios y notarias electos a través de concurso público en los términos de la Constitución y esta Ley.*
- c. *Las notarias y los notarios actualmente en funciones deben cumplir con todas las obligaciones que este Código señala en relación a su desempeño. En un plazo de treinta días contados a partir de la vigencia de este Código, presentarán una declaración juramentada que contendrá una relación detallada de los documentos notariales que se hallan en su poder y que ingresarán al nuevo servicio notarial. La notaria o el notario que no hayan dado cumplimiento a estas disposiciones en los plazos antes señalados, serán destituidos.*

d. Una vez posesionado, el Consejo de la Judicatura fijará, en un plazo no mayor a noventa días, las cuantías exigibles para las tasas notariales y remuneración por servicios notariales previo informe motivado de la Comisión de Asuntos Relativos a los Órganos Auxiliares, así como las demás resoluciones o instrucciones generales necesarias para el funcionamiento del sistema de tasas y mecanismos de remuneraciones por servicios notariales. Hasta tanto, seguirán vigentes los actuales aranceles notariales.

e. El Consejo de la Judicatura implementará el Archivo Notarial a que se refiere el artículo 307 de este Código, en un plazo no mayor a un año a partir de la promulgación de este Código, y dictará las disposiciones necesarias para su funcionamiento.

Cabe decir que al terminar este trabajo aproximadamente 4 meses después de la promulgación del Código Orgánico de la Función Judicial en el Registro Oficial 544 del 9 de marzo del 2009, ninguna de las disposiciones aquí mencionadas, que caben, se ha cumplido.

Capítulo IV

Sistemas Internacionales de Derecho Notarial

El derecho comparado es la disciplina jurídica que estudia el método comparativo, recepciones jurídicas, recepciones jurídicas internas, recepciones jurídicas externas, comparaciones jurídicas, micro comparaciones, macro comparaciones, trasplantes jurídicos, trasplantes internos, trasplantes externos, armonizaciones, unificaciones, entre otros, lo que constituye, para el desenvolvimiento del presente trabajo de investigación, una fuente importante de información es por eso que pasaré a tratar al sistema notarial dentro del derecho comparado y para ese efecto, debemos conocer primero las tres grandes familias que componen el derecho notarial en todos los países del mundo, que son las siguientes:

1. Familia Latina
2. Familia Anglosajona o libre
3. Familia Administrativista Soviética

En la primera existe la escritura pública que se celebra ante notario público y este es totalmente independiente del aparato estatal.

En la segunda no existe escritura pública, utilizándose en su lugar los documentos con firma legalizada.

En la tercera el notario es un dependiente del estado, por lo cual es claro que tiene una remuneración proveniente del estado y los actos que se celebran ante él son legalizados por el estado a través del funcionario.

El derecho notarial ecuatoriano pertenece a la primera familia, en la cual la corriente actual es otorgar mayores facultades a los notarios, que es justamente el fruto de éste trabajo y debería ser para los legisladores motivo de preocupación el

quedarse retrasados en cuanto a las facultades notariales, a los que países de la región están procurando.

Si comparamos el sistema notarial anglosajón con el sistema notarial latino es claro que en el primero existe poca competencia notarial, es decir, pocos actos se celebran ante él. Mientras que en el segundo la competencia notarial es abundante, por ejemplo en el derecho notarial ecuatoriano, el notario público posee competencias que en Italia por ejemplo siquiera han soñado tener.

Entre las familias notariales antes citadas, en el sistema anglosajón o libre, el notariado administrativista soviético y el notariado tipo latino³⁴. Los dos últimos se caracterizan por hacer nacer un documento auténtico, mientras que el primero (notariado libre o anglosajón) genera un documento que exige otros aportes probatorios a la hora de hacerlos valer.

Para el desarrollo de éste trabajo me detendré a analizar en detalle solamente la familia latina que es la que nos ocupa:

Las leyes en los países latinos, funcionan básicamente presuponiendo un instrumento notarial auténtico, para lo cual adoptan el sistema tipo latino³⁵. Este sistema es el que sobresale por sus características y seguridad, lo que no constituye una apreciación tendenciosa o interesada de algún sector, sino que es

³⁴ En realidad existen también otros, como el germánico y el notariado judicial, pero en los tres tipos enunciados pueden sintetizarse básicamente las principales tendencias. Ver sobre el punto BELLVER CANO, Antonio "Principios de régimen notarial comparado", Ed. Victoriano Suárez, Madrid, pág. 19 y SS. Igualmente hay una completa síntesis en Carlos E. GONZÁLEZ en su "Derecho Notarial", Ed. La Ley, Bs. As. págs. 102 a 104.

³⁵ Sin dudas la tendencia de los legisladores latinos se vio influida por la sanción de la Ley orgánica del notariado español de 1862, que distingue y clasifica los principios de manera tan clara que se la considera el primer documento legal en el que aparece de manera armónica un notariado tipo latino, junto con la ley francesa del 25 ventoso. Hasta el doctrinario concepto de protocolo como "la colección ordenada de escrituras públicas matrices otorgadas en un año" ha sido tomado del art. 17 de la ley orgánica del notariado español de 1962.

fruto de una calificación científico jurídica, con un nutrido respaldo doctrinario y hasta histórico. Pero obviamente para seguir manteniendo dicho prestigio, se hace necesario que los notarios tomen conciencia de la distinción que para ellos representa el estar incluidos y ser protagonistas de tan importante menester³⁶. Se destaca en el sistema latino la figura del notario como un funcionario público más³⁷, lo que ha merecido el elogio de la doctrina internacional, al punto tal que, a pesar de haber nacido en la Europa continental, lo que le valió su denominación de “notariado latino”, se ha extendido por varios países, aun a los sistemas de tradición anglosajona, como EEUU de Norteamérica³⁸, en donde lo están incorporando de manera paulatina, al igual que en Japón y China.

Las características principales del sistema quedan plasmadas en los llamados principio del notariado latino que, amén de constituir los “principios propios” que se exigen para poder considerar el derecho notarial como una rama autónoma de la ciencia jurídica, sin dudas son los que otorgan el fundamento de la seguridad y certeza que le son inmanentes.

³⁶ Existe un efecto psicológico denominado por Gabriel B. Ventura como “el orgullo funcional” y le atribuimos el efecto de colocar una valla frente a la corrupción y deformación de los fines notariales. Quien siente verdadero orgullo de haber sido admitido en la función notarial difícilmente se preste a la mentira y a la estafa; fraudes y simulaciones.

³⁷ Existe discusión doctrinaria en torno a la naturaleza de funcionario público del notario. Mientras algunos sostienen que se trata de un profesional del derecho en ejercicio de una función pública; para otro sector, en el que nos enrolamos, el notario es funcionario público justamente por ejercer esa función pública. Esta última pareciera ser, por otra parte, la postura del ilustre codificador Dalmacio Vélez Sársfield, cuando coloca como ejemplo de funcionario, en la nota al art. 1112 a los escribanos públicos.

³⁸ A decir verdad, la adopción por parte de algunos estados en Estados Unidos del sistema notarial latino obedece, en algunos casos a razones histórica, como ocurre con Luisiana y en otros por decisiones puramente políticas, como ocurre, por ejemplo, con la incorporación de un “notario civil” en el quehacer jurídico de Nueva York, que obedece sólo a la necesidad de que los títulos provenientes de ese estado puedan ofrecerse en garantía en Europa, en donde exigieron títulos con más fuerza probatoria para posibilitar la cesión de hipotecas por efecto de la “securitización”.

4.1 Subcapítulo 1

Principios del notariado latino:

Cuando hablamos de principios, en el ámbito jurídico, no lo hacemos en el sentido de los “prima principia” de los grandes lógicos griegos, como lo serían el principio de no contradicción (“nada puede ser y no ser al mismo tiempo”) o el de razón suficiente (“todo lo que es tiene una razón suficiente de ser”). Ello sería una ambición desmedida si se atribuye a una ciencia de tendencias como es el derecho, carente por completo de la precisión y contundencia de las ciencias exactas. Con la palabra “principios”³⁹ En el ámbito del derecho, no haré más que rotular determinados efectos o características de un sistema; podríamos decir que, en general, los principios en el derecho no son más que expresiones técnicas que, sin dudas, hacen un importante aporte a nuestra disciplina; pero distan bastante de ser esos principios básicos y evidentes que no se demuestran sino que, como dice González y Martínez, simplemente se muestran ya que surgen por su propia evidencia⁴⁰. Sin entrar a analizar todos los principios de la familia latina, cuyo

³⁹ En materia de derecho registral, se atribuye la consagración de los llamados principios hipotecarios a González y Martínez, Jerónimo, con sus “Principios Hipotecarios”, que comenzó a publicar, en el año 1929, la “Revista Crítica de derecho Inmobiliario”, Madrid, España. Ver recopilación de los trabajos de González y Martínez publicados en la Revista Crítica de derecho Inmobiliario, Ed. de la Asociación de Registradores de la Propiedad, 1931, Madrid, España.

⁴⁰ González y Martínez, Jerónimo, Ob.Cit. pág. 1 El citado autor reflexionando sobre lo que estamos analizando en el texto dice que principio es “...el punto de partida o base discursiva que, si es fundamental para las demás verdades estudiadas, no tiene fundamento dialéctico o no lo necesita por su propia evidencia”. Sobre el punto es muy recomendable también López de Zavalía, Fernando; “Curso Introductorio al Derecho Registral”, Ed. Zavalía, Bs.As. 1983, pág. 287, 288 quien defiende y fundamenta el aporte científico de los principios, haciendo un prolijo y sintético análisis de las diversas acepciones que le ha dado la doctrina a la palabra “principio”.

número y denominación varían según el autor, podríamos mencionar como los más importantes los siguientes:

IMPARCIALIDAD

Por la imparcialidad los notarios deben actuar sin favorecer a ninguna de las partes que interviene en los diferentes actos o documentos celebrados o redactados ante él, por lo cual para algunos tratadistas podemos hablar de notarios como jueces o magistrados, en tal sentido se escucha hablar de judicatura notarial, sin embargo, para otros tratadistas estas afirmaciones se encuentran equivocadas, lo cual en todo caso debe ser materia de estudio por parte de los tratadistas.

ROGACION O IMPEDIMIENTO PARA ACTUAR DE OFICIO

Por la rogación los notarios no pueden intervenir de oficio, sino que deben hacerlo sólo a pedido de parte, al igual que los registradores de la propiedad y mercantiles, por lo tanto, podemos afirmar que este principio es común a ambos personajes o es común a ambas ramas del derecho público, lo cual debe ser materia de estudio al momento de estudiar derecho.

INMEDIACION

La intermediación es un principio del derecho notarial por el cual los notarios deben tener relación directa con sus [clientes](#), por lo cual deben asistirlos personalmente y no a través de empleados, lo cual haría que se viole este principio, en tal sentido el que da fe u otorga la misma es el notario público y no sus empleados.

En todo Latinoamérica, se ha advertido que este principio no se cumple, ya que no existe una relación directa entre el notario público con sus clientes, sino que la atención generalmente es entre éstos últimos con los empleados del notario.

INTERPRETACION

Es un principio notarial por el cual los notarios públicos deben interpretar los documentos que les presentan, por ejemplo deben interpretar las minutas que se le presenten, para que en caso de ser necesario se redacte la cláusula adicional necesaria.

OBJETIVACION

La objetivación es un principio notarial por el cual los notarios públicos, deben actuar en forma objetiva y no subjetivamente, en tal sentido deben aplicar las **normas** que corresponden en cada caso como la Ley Notarial, el código civil, el código procesal civil, los reglamentos, entre otras normas del derecho de cada país. Igualmente deben aplicar todas las otras fuentes del derecho entre las cuales podemos citar la jurisprudencia, costumbre, doctrina realidad social, manifestación de voluntad, principios generales del derecho, principios específicos de cada rama del derecho, entre otras.

ASESORAMIENTO

Por éste principio los notarios públicos deben asesorar a sus clientes para que sea redactado el documento notarial que corresponde, a demás, cómo había dicho capítulos atrás, dando claridad a los abogados y clientes sobre los mejores procedimientos notariales para cada caso.

RESERVA

Por el principio notarial de reserva el notario público no puede divulgar los actos que se celebran ante él, ya que debe actuar con lealtad y buena fe, solamente el momento en el que el documento se ha incluido en el protocolo es público sin reserva, antes de eso el Notario debe a sus clientes discreción sobre los contratos.

RESGUARDO

Por este principio el notario público, debe archivar los documentos de su protocolo notarial, en un lugar **seguro** de tal forma que no pueda ser sujeto de robo o apropiación ilícita, en consecuencia debe asegurarse de su permanencia para los interesados que deseen solicitar documentos relacionados con los mismos.

Finalmente puedo afirmar que, haciendo una breve comparación con otras legislaciones y comparando nuestro derecho notarial con el de los otros países, somos afortunados en poseer lo que tenemos, lo que si sería triste es que con la corriente socialista que ronda las altas esferas de lo político en nuestro nación, en el ámbito notarial, se comiencen a mermar facultades a los notarios y a querer pasar de la familia latina que se puede decir que es de las tres la mejor, pasar a ser parte de la familia Administrativista Soviética en la que habría una dependencia total del estado de los ingresos y gastos notariales y que no se podría ejercer la profesión con la libertad que se requiere sino que nos enfrascaríamos en lo que el estado nos quiera otorgar y no en lo que la fuerza de la Ley dispone en beneficio de los usuarios.

Capítulo V

FACULTADES JURISDICCIONALES DE LOS NOTARIOS

Una vez que hemos transitado un largo camino de antecedentes en el que me he ocupado con detenimiento en la función notarial en el pasado, y las reformas Constitucionales y del nuevo Código Orgánico de la Función Judicial, que le imprime un nuevo aire al notariado ecuatoriano, pasaré a continuación a tratar el tema medular de éste proyecto de investigación, en el que propondré nuevas facultades notariales y pondré un especial énfasis en los grandes beneficios que ha traído la implementación en nuestra Ley Notarial de facultades jurisdiccionales en asuntos no contenciosos para los notarios.

El proceso civil, entendido como el medio que tiene por objeto decidir las controversias entre las partes, se define como la discusión que sostienen con arreglo a las leyes dos o más personas que tienen intereses opuestos sobre sus respectivos derechos u obligaciones ante el Juez competente, que termina con una decisión declarando o haciendo respetar determinada pretensión; razón por la cual muchos dicen que la litis es un fenómeno social y cuya justa solución interesa a la comunidad para el restablecimiento del orden jurídico alterado, siendo entonces evidente, que se trata de un instrumento que la ley pone en manos del Juez para la actuación del derecho objetivo, y por ello este juez resulta investido de amplias facultades para la averiguación de la verdad real frente a la verdad formal, y conferir la dirección del proceso para evitar que la mala fe o la negligencia de las partes puedan llevarlo a una solución injusta. Quiere decir entonces, que en toda litis hay proceso, pero no en todo proceso existe litis, vale decir conflicto de intereses opuestos y el momento en que existe cualquier clase oposición o contradicción entonces se torna contencioso.

Es importante glosar algunas consideraciones de eminentes tratadistas, quienes con bastante experiencia han abordado el tema de los procesos no contenciosos sentando verdadera doctrina sobre el particular, la misma que ha inspirado cambios sustantivos en algunas legislaciones, tanto a nivel latino como europeo.

⁴¹En este sentido David Lascano, dice que así como en el proceso contencioso lo que se somete a la consideración del Juez es el conflicto de intereses que se desea solucionar, en la jurisdicción voluntaria que así se califica a los procesos no contenciosos, lo que se lleva al magistrado es un pedido de la realización de un acto que la ley considera necesario para dar vida a una nueva relación jurídica o producir un determinado efecto jurídico, dándose en el primer caso la existencia de una litis, mientras que el otro no.

⁴²El profesor Hugo Alsina, refiriéndose a la jurisdicción voluntaria, dice que la intervención del Juez, sólo tiene por objeto dar autenticidad al acto o verificar el cumplimiento de una formalidad, y agregar que se trata de uno de los supuestos en que el Juez ejerce funciones administrativas.

⁴³Por su parte, Eduardo Couture, quien precisamente introduce los estudios más serios que se conocen sobre la jurisdicción voluntaria, manifiesta que ésta se encuentra referida a los procedimientos judiciales seguidos sin oposición de parte y en los cuales la decisión que el Juez prefiera no causa perjuicio a persona conocida.

⁴⁴Otros juristas como Dante Barrios de Ángeles, Briceño Sierra y Mercader Amilcar coinciden plenamente con los criterios anteriores, expresando además que se trata de dar autenticidad, fe y solemnidad a ciertos derechos y en donde los interesados no tienen discrepancias, y contrariamente saben y conocen la fórmula de solución y buscan una justa composición, por lo que exigen un tratamiento rápido, acorde con la evolución del mundo en el campo de las relaciones jurídicas, que hoy no reconocen pausas ni demoras, sino por el contrario buscan mayor celebridad y precisión y básicamente que responda a la voluntad y expectativa de los intervinientes.

⁴¹ Derecho Notarial por Augusto Barreto Muga, Editora FECAT, edición 2003(Lima – Perú)

⁴² Derecho Notarial por Augusto Barreto Muga, Editora FECAT, edición 2003(Lima – Perú)

⁴³ Derecho Notarial por Augusto Barreto Muga, Editora FECAT, edición 2003(Lima – Perú)

⁴⁴ Derecho Notarial por Augusto Barreto Muga, Editora FECAT, edición 2003(Lima – Perú)

En efecto, si nosotros nos ponemos a analizar lo que acontece en nuestra realidad judicial, lamentablemente llegamos a la constatación de que la administración de justicia en el país actúa con negligencia y atraso realmente preocupantes, tanto es así que los juicios contenciosos y aún no contenciosos duran años enteros, y además los trámites se hacen engorrosos y de difícil acceso, agregando que se da una verdadera expiación moral y económica en el público litigante y que es necesario combatir de algún modo, más, cuando aproximadamente un 25% de la labor judicial está dada por los procesos no contenciosos⁴⁵.

5.1 Subcapítulo 1

Competencia notarial en asuntos no contenciosos:

¿El Derecho Notarial es Derecho Público o Privado?

Todos los autores que se ocupan del Derecho Notarial, y como se ha dicho en líneas atrás, están de acuerdo que es puramente del Derecho Público. El Derecho Notarial es de carácter público porque el notario ejerce una función pública en representación del Estado. Además las normas jurídicas del Derecho notarial obligan a todos los individuos y entidades y es de riguroso cumplimiento para el notario. En esta forma ubicamos al Derecho Notarial dentro de las grandes ramas del Derecho, es decir, en el campo del Derecho Público, y en esta ubicación están de acuerdo todos los autores que estudian el Derecho Notarial.⁴⁶

⁴⁵ Derecho Notarial por Augusto Barreto Muga, páginas 375, Editora FECAT, edición 2003(Lima – Perú)

⁴⁶ Derecho Notarial por Augusto Barreto Muga, páginas 9-10, Editora FECAT, edición 2003(Lima – Perú)

5.1.1 Subcapítulo 2

Jurisdicción voluntaria:

La consideración histórica del Notario como «judex chartularii» encargado de «juzgar» los procesos simulados a que las partes «volentes» acudían para obtener el resultado jurídico negocial perseguido⁴⁷ han llevado a algunos autores a concebir la función notarial como una actividad de jurisdicción voluntaria. La actividad notarial, se dice, participa de las notas que definen esa jurisdicción: se ejerce «sin estar empeñada ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas»; tiene una misión preventiva de litigios, perpetuando o legalizando la memoria de algún hecho; constituye situaciones jurídicas, fuente de ejercicio de derechos, etc. En resumen, cabe aplicar perfectamente a la función notarial el concepto en que da, por ejemplo, Manresa, de la jurisdicción voluntaria, que «se actúa intervolentes, eso es, a solicitud de una o varias partes que hallándose de acuerdo en sus respectivas pretensiones, buscan el Ministerio del Juez para imprimirles un sello de autenticidad», sin más que sustituir el Juez por el Notario.

Esta tesis, vista con simpatía por los que entienden que facilita ciertas «reivindicaciones» del Notariado (expansión de su actividad a campos de los que en la actualidad se halla desplazado) ha encontrado acogida en el más de un

⁴⁷ Recuérdese la «in iure cessio» La transmisión de la propiedad se consigue mediante un proceso simulado en que el adquirente (no propietario) demanda la propiedad y el transferente (propietario) se allana. Sobre el origen judicial de los documentos notariales y sobre parificación de escritura y sentencia ver Núñez Lagos, *Estudios sobre el valor del documento notarial*, pág. 50 y SS.

tratadista en América Latina y se ha plasmado especialmente en legislaciones como la Peruana, la cual recoge y de forma pragmática aplica esta teoría en su Reglamento Notarial, el cual en su artículo 3.º que califica al Notario «como órgano de jurisdicción voluntaria» y el Artículo 2º del Decreto Ley N° 26002, lo define como: “El notario es el profesional del Derecho que está autorizado para dar fe de los actos y contratos que ante él se celebran. Para ello formaliza la voluntad de los otorgantes, redactando los instrumentos a los que confiere autenticidad, conserva los originales y expide los traslados correspondientes.

Su función también comprende la comprobación de hechos y la tramitación de asuntos no contenciosos previstos en la ley de la materia.⁴⁸ (Lo subrayado es mío)

A partir de ésta Ley en Perú empieza a existir una transformación en la manera como desarrollan el trabajo los notarios, y expongo la legislación Peruana al respecto como un referente a lo que esta tesis plantea y como un ejemplo a seguir sobre el avance jurídico en la función notarial.

5.1.1.1 Subcapítulo 3

Origen del proceso no contencioso:

⁴⁹El doctor Juan C. Vásquez del Águila, ilustre tratadista peruano respecto al origen del proceso no contencioso menciona lo siguiente: “El origen del proceso no contencioso, denominado también por la doctrina como jurisdicción voluntaria, se halla en el Derecho Romano, en el que ya se hacía el distinguo entre la jurisdicción contenciosa y la jurisdicción voluntaria.⁵⁰ Según sostiene Antonio Fernández de Buján, en su Jurisdicción voluntaria en el Derecho Romano se

⁴⁸ Artículo 2º del Decreto Ley N° 26002, Ley del Notariado Peruano.

⁴⁹ Derecho Notarial por Augusto Barreto Muga, Editora FECAT, edición 2003(Lima – Perú)

⁵⁰ Derecho Notarial por Augusto Barreto Muga, páginas 369 y siguientes, Editora FECAT, edición 2003(Lima – Perú)

entiende por jurisdicción contenciosa a la que hace referencia a la actividad que el magistrado ejerce en los procesos civiles y, a partir del siglo III d. C, también abarca a los procesos penales que tienen lugar entre litigantes o ínter contendientes. Opuesta a la Jurisdicción contenciosa, se halla la jurisdicción voluntaria que, como dice el Dr. Gutiérrez Alviz en su Diccionario de Derecho Romano, es aquella en la que el magistrado interviene sin litigio o conflicto, colaborando en la celebración de un acto o negocio jurídico. En tales casos deben conjugarse las siguientes características: voluntariedad de las partes (no incluido el magistrado), ausencia de conflicto de intereses entre las partes y asesoramiento de las partes. Consideramos, finalmente, que los asuntos no contenciosos no constituyen una verdadera y propia jurisdicción, pues en ella no está presente el elemento indispensable del conflicto ni el efecto de la cosa juzgada; por lo que sería conveniente que estos asuntos deben ser fin propio de la labor notarial, que es función de seguridad jurídica ya que sólo el Estado delega la facultad de ejercerla, con el principal propósito de servir a la sociedad y descongestionar en forma efectiva la labor del Poder Judicial.”⁵¹

5.1.1.1.1 Subcapítulo 4

Nuevas facultades no contenciosas:

Al amparo de todo lo dicho desde el inicio de éste capítulo, mi propuesta de las situaciones que se podrían resolver, como asunto no contencioso de forma notarial y no por la vía judicial son las siguientes:

A. RECTIFICACIÓN DE PARTIDAS

- Nacimiento, matrimonio, defunciones, etc.

B. ADOPCIONES DE MAYORES DE EDAD CAPACES

⁵¹ Derecho Notarial por Augusto Barreto Muga, Editora FECAT, edición 2003(Lima – Perú)

- Recibe como hijo al que no lo es naturalmente.

C. DELEGACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

- Confiar el ejercicio de la patria potestad a uno de los padres, según o que establece el artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia.

D. DECLARACIÓN DE DESAPARICIÓN, AUSCENCIA O MUERTE PRESUNTA

- Manifestación formal que realiza una persona, con todos los efectos jurídicos.

E. OFRECIMIENTO DE PAGO O CONSIGNACIÓN

- Compromiso de desembolso o devolución por cualquier causal.

F. RECONOCIMIENTO DE RESOLUCIONES JUDICIALES Y LAUDOS DICTADOS EN EL EXTRANJERO

- Convalidación notarial de documentos, otorgándoles la misma validez que puede otorgar un juez a esta clase de resoluciones.

G. LAS SOLICITUDES QUE, A PEDIDO DEL INTERESADO Y DECISIÓN DEL JUEZ CAREZCAN DE CONTROVERSIA.

- Todos aquellos procesos que solamente conlleven el mero reconocimiento de un derecho y no impliquen polémica ni disputa.

Propuesta de procedimiento:

El proceso a seguir para todas las nuevas facultades no contencioso se inicia por petición escrita de los interesados o sus representantes, ante notario que debe ser debidamente auspiciada por un Abogado. Para estos trámites es requisito indispensable el consentimiento unánime de los interesados; si alguno de ellos, en cualquier momento del trámite, manifiesta oposición, el notario debe suspender

inmediatamente su actuación y remitir lo actuado al juez correspondiente, bajo responsabilidad. Transcurrido un plazo que se señalará para cada trámite, sin que medie oposición, el notario extenderá la escritura pública correspondiente, en los casos en que la ley lo mande, e insertará publicaciones por la prensa, en casos que se pueda lesionar el derecho de un tercero; así la protocolización de las actuaciones que se efectúen deberán constar en acta notarial y se instauraría un registro exclusivo dentro del protocolo notarial para los de Asuntos No Contenciosos.

La inscripción registral se efectuará, posteriormente, en mérito a los partes cursados por el Notario.

La idea principal de otorgar nuevas facultades a los notarios es que estos contribuyan con el descongestionamiento del Poder Judicial, al solucionar problemas en los que las partes se encuentren absolutamente de acuerdo revelando al juez de una tarea que no es propiamente jurisdiccional, con la celebridad y seguridad inherente a la naturaleza de su función, puesto que según estadísticas recientes, el 20% de las demandas presentadas ante los Juzgados Civiles de Quito corresponden a procesos no contenciosos. Asimismo, señala que ofrece como beneficios para los particulares una reducción de costo por la simplificación del trámite notarial y la reducción considerable del plazo, la eficacia legal del documento notarial en la fe pública, así como la preparación técnico jurídica de los profesionales que forman la institución notarial.

Se actuara de forma incluyente más no excluyente ya que los interesados pueden recurrir indistintamente ante el Poder Judicial o ante el Notario para tramitar estos asuntos denominados no contenciosos en lo que no hay conflicto.

5.1.1.1.1 Subcapítulo 5

Acuerdo unánime:

Siempre será requisito indispensable el acuerdo unánime de todos los interesados. Si alguno manifestara oposición, en cualquier momento de la tramitación, el Notario lo suspenderá inmediatamente y remitirá lo actuado al Juez.

5.1.1.1.1.1 Subcapítulo 6

Poder judicial disminuirá en 20% carga de juicios civiles:

La carga procesal en materia civil del Poder Judicial se descongestionará aproximadamente en un 20%, como resultado de la redirección que otorga a los notarios facultades para resolver asuntos no contenciosos, es decir, que esta norma contribuirá sustancialmente a descongestionar el Poder Judicial de asuntos que no son propiamente contenciosos para agilizar la administración de justicia y permitiría a los jueces dedicarse por completo a asuntos en los que él deba dirimir no admitir.

Adicionalmente permitiría acortar los plazos para la realización de trámites, como ya lo está haciendo en este momento en nuestro país ya que al liberar de la carga de los divorcios por mutuos consentimiento, las disoluciones y liquidaciones de la sociedad conyugal, permitir hacer capitulaciones matrimoniales, sucesión intestadas o declaratorias de herederos que, actualmente demoran hasta un año en resolverse “con las nuevas ya aprobadas facultadas notariales que se establecen en el artículo 18 de la Ley Notarial, los ex usuarios de los servicios judiciales, ahora notariales se han beneficiado en tiempo y en dinero ya que esos trámites demoraban, muchas veces más de un año en los juzgados y ahora se los puede realizar sin problema en 3 meses o menos.

5.1.1.1.1.1.1 Subcapítulo 7

Costos:

En lo que respecta a costos y a sabiendas que la Constitución Ecuatoriana establece en el artículo 168 numeral 4to que “El acceso a la administración de justicia será gratuito.” Resulta por sobre todo obvio e inútil no reconocer que el desarrollar uno de estos trámites ante notario puede resultar un poco más costoso, ya que dependiendo del trámite y la cuantía el notario cobrará, en calidad de tasa, lo que le permite la Ley, pero es cierto también que en todo proceso judicial por más que este no implique confrontación, el tiempo, la corrupción y la ineficiencia del los funcionarios judiciales, causan un desgaste no solo monetario sino incluso psicológico, a mi parecer equipara el costo en dinero ya que en las notarias del país se recibe, por lo general, un trato oportuno y ágil.

A demás visto desde otra óptica, muy posiblemente, el costo del trámite de un asunto no contencioso por parte de un notario será más cómodo económicamente, “pues la solución del caso no demandará un tiempo tan prolongado como ocurre actualmente en la Función Judicial.

Capítulo VI

Conclusiones

Puntos positivos por los que se debe implementar y buscar otorgar más facultades de índole no contenciosas y transferirlas a los Notarios:

- La doctrina mayoritariamente sostiene que el término “Jurisdicción”, está referido a la facultad conferida por el Estado a ciertos órganos para administrar justicia en los casos contenciosos. Es así que se le define como “la potestad conferida por el Estado a determinados órganos para resolver mediante sentencias las cuestiones litigiosas que le sean sometidas y hacer cumplir sus propias resoluciones”, por lo tanto el otorgarles facultades a los notarios en asuntos no contenciosos no implica, una cesión de jurisdicción a la función notarial ni tampoco se está incumpliendo lo que manda la Constitución en el Art. 168 numeral 3ero, que dice:

“En virtud de la unidad jurisdiccional, ninguna autoridad de las demás funciones del estado, podrá desempeñar funciones de administración de justicia ordinaria, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la constitución”

Ya que, el notario de ninguna manera, por las nuevas facultades que posee pasará a desempeñar funciones de administración de justicia, sino tan solo pasará a reconocer a solicitud de parte y de mutuo acuerdo, un derecho que por Ley posee.

- La llamada “Jurisdicción Voluntaria”, es decir la ejecución de actos que no suponen una controversia, sino que se fundan en el acuerdo entre las partes o en la inexistencia de una contradicción, en opinión de la gran mayor parte de los tratadistas no constituye una función jurisdiccional

propriadamente dicha, pues se trata de uno de los supuestos en que se ejercen funciones de carácter administrativo y no de jurisdicción y que históricamente ha sido atribuida a los órganos judiciales.

- Resulta indispensable tomar las medidas necesarias que permitan descongestionar a los Juzgados y tribunales de los casos que no son propriadamente jurisdiccionales de modo que no pueda agilizarse la administración de justicia.
- Los notarios como profesionales del derecho investido de fe pública, están autorizados para dar fe de los actos y contratos que ante ellos se celebren, y disponen además de los medios técnicos jurídicos que garantizan la presentación de un eficiente servicio a la sociedad.
- Existe la imperiosa necesidad de otorgar a los notarios competencia para conocer los asuntos de carácter no contenciosos, de modo que se contribuya al trabajo de los órganos jurisdiccionales.
- La competencia notarial en asuntos no contenciosos no solo contribuirá a una mejor administración de justicia, como consecuencia de la descongestión de los Juzgados y Tribunales de asuntos que no son propriadamente jurisdiccionales propiciando una más eficiente solución de conflictos; sino que no implica ni implicará costo alguno para el Estado, pues los despachos notariales asumirán el gasto de implementación y el costo de la tramitación será asumida por quienes opten por esta vía de acuerdo con el arancel que para el efecto deberá aprobarse⁵².
- Las facultades que planteo sea trasladadas a la jurisdicción no contenciosa son las siguientes:

- RECTIFICACIÓN DE PARTIDAS

⁵² Oscar Medelius Rodríguez

- ADOPCIONES DE MAYORES DE EDAD CAPACES
- DELEGACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD
- DECLARACIÓN DE DESAPARICIÓN, AUSCENCIA O MUERTE PRESUNTA
- OFRECIMIENTO DE PAGO O CONSIGNACIÓN
- RECONOCIMIENTO DE RESOLUCIONES JUDICIALES Y LAUDOS DICTADOS EN EL EXTRANJERO
- LAS SOLICITUDES QUE, A PEDIDO DEL INTERESADO Y DECISIÓN DEL JUEZ CAREZCAN DE CONTROVERSIA.

Bibliografía

ÁVILA ÁLVAREZ, Pedro, Estudios de Derecho Notarial Apendice, Ediciones Nauta, 1962.

ÁVILA ÁLVAREZ, Pedro, Estudios de Derecho Notarial, Ediciones Nauta, 1962.

BARRERA MUGA, Augusto, Derecho Notarial y Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos, Editorial Fecat, 2003.

CODIGO ORGANICO DE LA FUNCION JUDICIAL, Registro Oficial 544, 9 de marzo de 2009.

CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Registro Oficial 449, 20 de Octubre de 2008.

GATTARI, Carlos Nicolas, Manual de Derecho Notarial, Ediciones Depalma Buenos Aires, 2004.

LEY NOTARIAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Códificada, noviembre del 2008.

LOGRONO VELOZ, Hernan Paul, Apuntes de Derecho Notarial, Editorial Pedagogica Freire, 2003.

PAZMIÑO PAZMIÑO, Edgar, Manual de Derecho Notarial, Concordancias y Jurisprudencia, Editorial Jurídica del Ecuador, 2004.