



REPÚBLICA DEL ECUADOR

**INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS NACIONALES
UNIVERSIDAD DE POSTGRADO DEL ESTADO**

ESCUELA DE GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

TÍTULO DE LA TESINA

**ENTRE EL SERVICIO PÚBLICO Y EL EJERCICIO PRIVADO:
LAS AMBIGÜEDADES DEL NOTARIADO EN EL ECUADOR**

Tesina para optar por la Especialización en Gestión Pública

Autor María Laura Delgado Viteri
Director Abrahám Rodríguez Zaldívar

Quito, Agosto 2015



INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS NACIONALES
LA UNIVERSIDAD DE POSGRADO DEL ESTADO

No. 061-2015

ACTA DE GRADO

En la ciudad de Quito, a los dieciséis días del mes de noviembre del año dos mil quince, **MARIA LAURA DELGADO VITERI**, portadora de la cédula de ciudadanía: 1718753229, **EGRESADO DE LA ESPECIALIZACIÓN EN GESTIÓN PÚBLICA 2012-2013**, ha cumplido con los requisitos académicos y económicos puntualizados en la Ley Orgánica de Educación Superior y la normativa institucional, previos a la obtención del título de: **ESPECIALISTA EN GESTIÓN PÚBLICA**.

Habiendo obtenido las siguientes notas:
 Promedio Académico: 8.31
 Tesina Escrita: 9.03
Nota Final Promedio: 8.67

En consecuencia, **MARIA LAURA DELGADO VITERI**, se ha hecho acreedor al título mencionado.

Para constancia firman:


 Ab. José Luis Jaramillo.
SECRETARIO GENERAL


 INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS NACIONALES
 LA UNIVERSIDAD DE POSGRADO DEL ESTADO

**SECRETARÍA
GENERAL**


 Dra. Analía Minteguía
RECTORA (E)

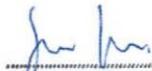

 INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS NACIONALES
 LA UNIVERSIDAD DE POSGRADO DEL ESTADO

RECTORADO

De conformidad con la facultad prevista en el estatuto del IAEN **CERTIFICO** que la presente es fiel copia del original


 INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS NACIONALES
 LA UNIVERSIDAD DE POSGRADO DEL ESTADO

Fojas 1
 26-11-15


 Secretaria General

AUTORIA

Yo, María Laura Delgado Viteri, Especialista CI 1718753229 declaro que las ideas, juicios, valoraciones, interpretaciones, consultas bibliográficas, definiciones y conceptualizaciones expuestas en el presente trabajo; así cómo, los procedimientos y herramientas utilizadas en la investigación, son de absoluta responsabilidad de la autora de la Tesina.



Firma
C.I. 1718753229

AUTORIZACIÓN DE PUBLICACIÓN

Autorizo al Instituto de Altos Estudios Nacionales la publicación de esta Tesina, de su bibliografía y anexos, como artículo en publicaciones para lectura seleccionada o fuente de investigación, siempre dando a conocer el nombre del autor y respetando la propiedad intelectual del mismo.

Quito, Agosto, 2015



MARÍA LAURA DELGADO VITERI
CI. 1718753229

INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS NACIONALES

ESCUELA DE GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

TESINA PARA OPTAR POR LA ESPECIALIZACION EN GESTION PÚBLICA

Título:

Entre el servicio público y el ejercicio privado: las ambigüedades del notariado en el
Ecuador

Autor: María Laura Delgado Viteri

Tutor: Abraham Rodríguez Zaldívar

AGOSTO, 2015

“Mucho tiempo ha pasado desde que los primeros escribas, en forma aún no sistematizada, iniciaron el ejercicio de una actividad que, con el correr de los siglos ha ido perfeccionándose y adecuándose a fin de responder a un importante imperativo social: dotar de seguridad a los negocios y actos más trascendentales. Pero así como fue evolucionando el concepto de forma de los actos jurídicos, también ha ido en constante superación la labor del sujeto que la instrumenta”

Claudio A. Solari del Valle

INDICE

INTRODUCCIÓN	8
CAPITULO 1. Antecedentes de la función notarial.....	10
1.1. Antecedentes remotos del notariado: pueblo hebreo, Egipto y Grecia.	10
1.1.1. Hebreos	11
1.1.2. Egipcios.....	12
1.1.3. Grecia	13
1.2. Antecedentes recientes: del Derecho Romano a la Ley del Notariado Español de 1862	13
1.2.1 Derecho Romano.....	13
1.2.2. Edad Media	16
1.2.3. España y Francia: de “Las siete partidas” a la Ley orgánica del notariado de 28 de mayo de 1892.....	17
1.3. El notario ecuatoriano.....	19
CAPITULO 2. Aspectos fundamentales de los sistemas notariales	20
2.1. Breve descripción de los distintos sistemas jurídicos	20
2.1.1. Common Law.....	22
2.1.2. Sistema de derecho latino.....	24
2.2. Sistemas Notariales	26
2.2.1. Sistema notarial del <i>Common Law</i>	27
2.2.2. Sistema notarial latino	29
2.2.2.1 Bases y principios fundamentales del sistema del notariado latino.....	29
2.2.2.2. Algunas críticas al sistema del notariado latino.....	31
CAPITULO 3. Análisis de la función notarial en el Ecuador	33
3.1. El notariado ecuatoriano.....	34
3.2. La función notarial como un servicio público.	37
3.3. El notariado y la concesión de servicios públicos	41
3.3.1. Las concesiones de servicios públicos.....	42
3.3.1.1. La concesión de servicios públicos como un contrato	43
3.3.1.2 La concesión de servicios públicos como un acto administrativo unilateral	43
3.3.1.3. La concesión de servicios públicos como un acto mixto.....	44
3.3.2. La actividad notarial y la concesión de servicios públicos: principales similitudes.....	44
CONCLUSIONES	47
BIBLIOGRAFIA.....	49

INTRODUCCIÓN

La aprobación de la Constitución de la República del Ecuador en el año 2008 dio paso a transformaciones medulares en la Administración Pública del país. El notariado quedó desde entonces regulado como un órgano oficial de la función judicial y la función notarial como un servicio público.

Se entiende que el notario es, en el sistema notarial de tipo latino, un profesional del derecho nombrado por el Estado para brindar un servicio público consistente en dar autenticidad a los actos y negocios jurídicos contenidos en los documentos que redacta, además de aconsejar a quienes requieren de sus servicios.

La Unión Internacional del Notariado Latino (UINL) desde su fundación en 1948 ha venido trabajando en potenciar cada vez más la importancia social de la figura del notario y en definir los principios generales del sistema notarial latino. No obstante a ello, es posible percatarse que si bien es cierto que los países que integran la UINL cumplen con los principios generales planteados por la organización, cada país tiene sus propias particularidades y complejidades que lo diferencian de los demás integrantes.

En el presente trabajo analizaremos las particularidades del notariado ecuatoriano a partir de las modificaciones constitucionales de 2008 y las demás normativas que rigen al sector, tales como, el Código Orgánico de la Función Judicial, la Ley Orgánica del Servicio Público, la Ley Notarial y el Reglamento del Sistema Notarial y Tasas Notariales. Este análisis estará enfocado a identificar la regulación de la figura del notario como un servidor público con características excepcionales o *sui generis*, así como las problemáticas que presenta la indefinición de su naturaleza jurídica y la dispersión de su regulación.

Con la finalidad de cumplir con los objetivos que nos hemos propuesto hemos dividido el presente trabajo en tres capítulos. En el primer capítulo, denominado “Antecedentes de la función notarial” realizamos un análisis de tipo histórico que nos permite entender la evolución y los fundamentos de la figura del notario desde la antigüedad hasta la era moderna. De esta forma se realiza un recorrido que parte desde el surgimiento de los primeros Escribas en el pueblo hebreo, pasando por la antigua Grecia, Egipto, Roma y termina en las regulaciones francesas y españolas como los antecedentes más próximos.

En el Capítulo 2 se realiza una caracterización de los aspectos principales de los sistemas notariales: el sistema notarial de tipo latino y el sistema notarial del *Common Law*. Para poder alcanzar una mayor comprensión de las diferencias de ambos sistemas, primeramente se analizan los fundamentos del sistema jurídico del *Common Law* y del sistema jurídico latino. El objetivo de este capítulo es analizar los principios en los que está basado el notariado ecuatoriano, que perteneciendo a la UINL y en consecuencia al sistema notarial latino, presenta algunas particularidades que lo diferencian de los demás países integrantes de la Unión.

Por último en el capítulo 3, denominado “Análisis de la función notarial en el Ecuador”, se realiza un estudio sobre las principales normativas que regulan la función y las incoherencias e inconsistencias que existen entre ellas. Analizamos la posibilidad de que el notario sea un servidor público *sui generis* dentro de la administración pública, o que en efecto no sea un servidor público, en correspondencia con la independencia en su actuación. Además estudiamos las similitudes que se presentan actualmente entre las figuras del notario y la concesión de servicios públicos.

CAPITULO 1. Antecedentes de la función notarial

1.1. Antecedentes remotos del notariado: pueblo hebreo, Egipto y Grecia.

Las instituciones, en las más diversas civilizaciones y costumbres, siempre han surgido como respuesta a necesidades sociales. Desde los primeros análisis filosóficos se ha considerado al ser humano, por defecto y perfección, un ser eminentemente social. Bollini conforme con esta idea expresó que «cuando una institución aparece [...] entre las más distintas civilizaciones y las más contrapuestas costumbres, responde indudablemente a una gran necesidad social y profundiza sus raíces en lo más íntimo de la naturaleza humana» (Bollini, 1971:7). Precisamente esta característica de sociabilidad, es la que genera relaciones de alteridad que causan los fenómenos jurídicos, de ahí que la voz romana expresara “*Ubi societas, ibi jus*”, es decir, donde hay sociedad, hay derecho.

El caso de la función notarial es consistente con esta lógica, teniendo su génesis en actos de comercio en general, y de forma más específica en el tráfico inmobiliario, donde se creó la necesidad de dar certeza jurídica a las relaciones de derecho privado a través de reglas e instituciones. Al respecto, el filólogo español Francisco Rodríguez Adrados expresó que «el notariado no ha sido trazado *geométrico more* por un legislador cartesiano» sino que [...] «ha nacido de la misma realidad social y de sus necesidades, fruto de un proceso de decantación histórica» (Rodríguez Adrados en Aguilar, 2013:11). Por ello se afirma que la fuerza de la institución notarial proviene de ser una creación social y no de ser una creación de normas, ya que, las creaciones de la ley siempre tienen menor eficacia que las de la realidad (Vallet de Goytisolo, 1957).

Fue de esta forma que se surgió la necesidad de dar seguridad jurídica a la realización de determinados actos, lo cual se subsanó con la fe pública (Ríos: 1997); siendo la fe la capacidad de creer en algo que no se percibe sensorialmente, y el carácter de público es otorgado por la obligación impuesta por el Estado de dar por cierto aquello que no presenciaron.

Michael Foucault explicaba que la historia, despliega una serie temporal de analogías que interrelacionan organizaciones distintas; pero la historia no debe entenderse como la compilación de sucesiones de hecho, sino como «el modo fundamental de ser de las empiricidades, aquello a partir de lo cual son afirmadas, puestas, dispuestas y repartidas en el espacio del saber parar conocimientos eventuales y

ciencias posibles» (Foucault, 1968: 215). Con la finalidad de poder entender de mejor forma la institución del notariado, se realizará un análisis de tipo histórico con esta óptica.

Respecto al origen de la institución del notariado, existen distintos criterios sobre su período histórico y ubicación geográfica, el de autores como Lino Rodríguez Otero, Francisco de P. Morales, Luis Carral y de Teresa y Juan I. Castro-Girona, que lo enmarcan en civilizaciones antiguas como la hebrea, la egipcia y la griega, creemos que es el más apropiado.

1.1.1. Hebreos

En el pueblo hebreo, por lo general, los reyes y altos funcionarios públicos no sabían leer ni escribir, por lo que se auxiliaban constantemente de los Escribas para realizar sus funciones; de esta manera, su labor se insertó en la administración pública de esta organización social de forma relevante (Arrache, 1999). Se conoce que existieron varias clases de Escribas, entre ellos estaban: los Escribas reales, los Escribas de la ley, los Escribas del Estado y los Escribas del pueblo (Bañuelos, 1976). Sin importar la tipología, todos estos escribas ejercían fe pública, aunque no lo hacían a nombre propio, sino de las personas de las cuales dependían. Eran entonces necesitados más por sus habilidades caligráficas, que por su sabiduría o la necesidad de otorgar formalidad jurídica a un acto determinado.

La diferencia entre los Escribas estaba determinada por la función específica que realizaban, por ejemplo: los Escribas de la ley tenían como función principal la de interpretar textos legales (en un sentido ortodoxo) y dar lectura de estos al pueblo, pudiendo asesorar además a jueces laicos en asuntos de escasa importancia; los Escribas del pueblo eran considerados como más prácticos y conocedores de la ley, además ofrecían sus servicios a los ciudadanos que los necesitasen, redactando acuerdos entre particulares tales como ventas y arrendamientos; los Escribas del Estado, por su lado, tenían funciones de secretarios estatales, de tribunales y establecimientos públicos, aportando autenticidad a leyes, sentencias y actos entre particulares mediante el estampado del sello público en los documentos (Bañuelos, 1976).

1.1.2. Egipcios

Eduardo Bautista Pondé afirma que la historia de Egipto atrae a los notarios de forma particular respecto a los orígenes de su profesión, debido a la existencia de un personaje de marcados caracteres y de trascendente importancia dentro de la sociedad egipcia: el escriba (Bautista, 1967).

Si bien es cierto que la escritura tiene su origen en Sumeria, en la Edad de Bronce, es en Egipto donde alcanza una importancia relevante para mantener la cohesión del Estado. Además, el papiro egipcio, al estar más cerca del papel que el ladrillo babilónico o la tabla encerada romana, es considerado el antecedente más próximo a los documentos tal como se conocen en la actualidad. En la antigua civilización egipcia, dos mil años antes de la Ley de las XII Tablas Romanas, existieron dos clases de documentos escritos: el documento casero y el documento del escriba y testigos (o Documento Nuevo). Seguidamente exponemos las características de ambos.

El documento casero era utilizado para contratos de transmisión de dominio tanto de muebles como inmuebles, específicamente entre los años 3100 a.n.e. al 1770 a.n.e., en el cual intervenían tres testigos y el sacerdote, quién al final del documento imprimía su sello para evitar adiciones. Francisco P. Morales (1978) sintetizó las características del documento casero, el cual detentaba un profundo sentido jurídico. Los principales rasgos de ese documento, según el autor anteriormente mencionado, eran los siguientes:

- a) Su contenido era siempre una Transmisión de Propiedad.
- b) El material era papiro, el cual no resiste el paso de los tiempos.
- c) Se expedía un documento para cada objeto, fuese mueble o inmueble.
- d) Se entregaba el documento al titular.
- e) En caso de testamento no se entregaba al heredero hasta el momento del fallecimiento.
- f) Era redactado por un escriba.
- g) Intervenían tres testigos.
- h) Era sancionado por un Sacerdote, el cual imprimía su sello.
- i) No podían hacerse adiciones.

El segundo sistema fue utilizado entre los años 1573 a.n.e. al 712 a.n.e., en el denominado Imperio Nuevo, y se diferenciaba del sistema del documento casero por la

sustitución del sacerdote por el escriba (Morales, 1994). En esta época el documento no se sellaba como en la anterior, pero se garantizaba frente a añadiduras o falseamientos posteriores mediante un formulario, y la firma del notario y los testigos. Además era necesario llevarlo a la ciudad de Tebas donde debía ser sellado por el Visir, quién era el “primer ministro”, delegado por el faraón (Morales, 1978). Posteriormente surgieron los registros y archivos que daban aún mayor protección frente a alguna posible alteración de los documentos (Carral, 2007).

A los Escribas se les consideraban funcionarios del Estado, los cuales cumplían con una carrera administrativa estructurada jerárquicamente. En correspondencia con la preparación intelectual y técnica que tenían los escribas, en un medio social donde no era común, el reconocimiento de la figura hizo que esta se mantuviera a través de los siglos.

1.1.3. Grecia

En la Grecia antigua se establecieron oficiales públicos que se encargaban de redactar los contratos de los ciudadanos. En el año 360 a.n.e., el filósofo Aristóteles ya hablaba de estos oficiales, los cuales consideraba necesarios para una ciudad bien organizada (Bañuelos, 1976).

Luis Carral y de Teresa comenta la existencia de «sígraphos y apógrafos y de un registro público llevado por los primeros “verdaderos notarios”» (Carral, 2007: 50) y de otros funcionarios conocidos como Mnemon (Promnemon, etc.) que estaban encargados de formalizar y registrar tratados públicos, convenciones y contratos privados. A los Mnemon correspondía el registro, conservación y memoria de los tratados y actos públicos, así como de los contratos privados, los cuales de esa manera adquirirían autenticidad (Bañuelos, 1976).

1.2. Antecedentes recientes: del Derecho Romano a la Ley del Notariado Español de 1862

1.2.1 Derecho Romano

El notariado en el Derecho Romano clásico era desconocido, ya que por lo general primaba la oralidad en los procesos y la autoridad de los jurisconsultos. En este Derecho se conocieron como formas de transmisión de la propiedad la *mancipatio* y la *in iure cesio*.

“Todo el Derecho Privado de los romanos, tanto con respecto a las personas cuanto a las cosas, está basado sobre una sola y única idea, manus: la mano, el poder en su expresión más general y en su símbolo más vigoroso. Los bienes, los esclavos, los hijos, las mujeres y los hombres libres, que le estaban sometidos, todo estaba bajo la mano del jefe o cabeza, in manu; expresión que más tarde debía ir perdiendo su generalidad y llegar a ser más especial. [...] Lo que hoy día llamamos la propiedad, llevaba en aquella época un nombre que resume en sí ese estado de civilización: el nombre de mancipium, aplicado, a la par que al objeto del poder (manu captum), al poder mismo.” (Ortolan en Aguilar, 2013: 22).

La *mancipatio* era un acto privado con carácter solemne, y consistía en la declaración de un adquirente que se apoderaba de la cosa formalmente en presencia del propietario de la misma y de testigos. Esta institución jurídica tenía como objetivo la adquisición de las *res mancipi*, y exclusivamente podían utilizarla los ciudadanos romanos, titulares de la propiedad quiritaria¹ (Aguilar, 2013). Esta se desarrollaba como una especie de acto ritual ante testigos, destacando la conexión entre el adquirente y la cosa adquirida (Roman, 1994). La *in iure cessio*, por su parte, era un proceso de “reivindicación simulado”, en el que el adquirente – actor y el enajenante – demandado, se presentaban ante el magistrado (*in iure*), a la manera de la *legis actio per sacramentum in rem*² (Aguilar, 2013). El adquirente-actor reivindicaba la cosa como si fuese suya y el enajenante-demandado no se oponía. En ausencia de contradicción «el magistrado pronunciaba la *adictio* adjudicando la cosa a quién la había reclamado como propia [...] así el enajenante perdía la propiedad del bien que se transmitía al adquirente, que era reconocido públicamente como propietario *ex iure quiritum*» (Arguello, 1976: 246).

En esta época comienzan a adquirir importancia los *instrumenta* (documentos), surgiendo como primer tipo de documento de uso frecuente las *tabulae ceratae*

¹ La propiedad quiritaria, era la propiedad de los ciudadanos romanos y en consecuencia la única a la que los romanos le veían validez en cuanto a los términos o elementos que según su entendimiento establecía su existencia en el derecho civil. Tenía requisitos especiales para su adquisición: 1. El dueño o titular de la propiedad tenía que ser un ciudadano romano; 2. La cosa objeto de propiedad debía ser una cosa romana *res mancipi*; 3. El modo en que se adquiría la propiedad de la cosa debía ser uno de los modos solemnes de la *in iure cessio* o *mancipatio*.

² La *legis actio per sacramentum in rem* o la acción de la Ley por apuesta, era una acción procesal utilizada para cualquier tipo de reclamación. El nombre de esta acción proviene de que las partes en el proceso se retan a una apuesta juramentada (*sacramentum*), según la cual prometen pagar al erario público una suma de dinero, en concepto de pena, si perdían el litigio.

(tablillas), donde se recogían las declaraciones extrajudiciales de los testigos para luego presentarlas ante el juez (D´Ors, 2004).

En Roma, la función notarial no estaba atribuida a una sola persona sino que era repartida entre varios oficiales públicos y privados. Luis Castillo Huerta explica que solo cuatro funcionarios pueden clasificarse como genuinos antecesores del notario: el escriba, el notarii, el tabularii y el tabelión. El autor explica las funciones de cada uno de estos oficiales, de tal forma,

[...] el escriba tenía funciones de depositario de documentos y redactaba decretos y mandatos del pretor. El notarii era aquel funcionario que trasladaba a la escritura las intervenciones orales de un tercero y debía hacerlo con exactitud y celeridad. El tabularii era el funcionario encargado de hacer las listas de aquellos romanos sujetos al pago de impuestos. El tabelión tenía la finalidad de redactar actas jurídicas y los convenios entre los particulares.

De estos, los tabularii y el tabelión son los considerados como los principales antecedentes del notariado de la Roma antigua, pero a estos le faltaba la función legal de dar forma solemne a los actos del derecho romano. Posteriormente, con el *Corpus Iuris Civilis*³ (CIC) justineano, ambas figuras revitalizaron su importancia, sobre todo el tabelión.

La obra del emperador Justiniano, sin dudas constituye la más amplia recopilación del Derecho Romano. A partir de ella “el tabellio (tabelión) se convirtió en un factor muy importante en la evolución del derecho, con la aplicación consuetudinaria de las normas del CIC, adaptándolas a los lugares y cambios sociales por medio de la creación de fórmulas nuevas” (Fernández del Castillo, 1989: 35). En las *Constituciones* o *Novelas* del CIC se reguló la actividad del *tabellio* (tabelión), y del protocolo, otorgándose carácter fidedigno con valor probatorio al documento redactado. El documento redactado por el *tabellio* (tabelión) solo podía ser atacado ante los tribunales, como actualmente puede hacerse con el documento el notarial (Fernández del Castillo, 1989).

³ El *Corpus Iuris Civilis* es una compilación de derecho ordenada por el emperador bizantino Justiniano, entre los años 527 y 533 d.n.e., a la cual se le añadieron una cierta cantidad de leyes posteriores expedidas por el propio Justiniano, y algunas de sus inmediatos sucesores.

1.2.2. Edad Media

La prolongada etapa comprendida entre el siglo V y el siglo XV, denominada Edad Media, que tuvo sus inicios con la caída del Imperio Romano de Occidente, es una época determinante en el desarrollo de la función notarial. Este período está marcado por varias características que propiciaron un fuerte desarrollo del derecho, tales como: el desarrollo del comercio, el incremento de la banca, el surgimiento de sociedades mercantiles y el progreso de las compañías de navegación (Fernández del Castillo, 1989). Además, al finalizar esta época ocurren dos momentos importantes de la historia que son: el descubrimiento de América y la invención de la imprenta.

A inicios del siglo IX, en el imperio caroligno (actual territorio ocupado entre Francia y Alemania), el emperador Carlos I “El Grande”, conocido como Carlomagno, legisla las “Capitulares”⁴, en donde, entre otras cuestiones, se trataba la actividad notarial, estableciéndose que el instrumento notarial tenía el mismo valor probatorio que una sentencia ejecutoria.

Otro de los factores que determinaron la configuración de la figura del notario tal y como se conoce en la actualidad, es la creación del estado-ciudad italiano, luego del derrocamiento de lombardos y carolignos. El sociólogo Alfred Weber en su reconocida obra “Historia de la Cultura” (1992) explica que estas ciudades, sobre todo Florencia y Venecia, fueron la “armazón originaria del capitalismo occidental”. Es en estas ciudades que se elaboró el primer tratado del Arte de la Notaría donde se exigía a los aspirantes que fueran entendidos en el arte de la escribanía, que equivalía a ser expertos en contratos, últimas voluntades y otorgamiento de instrumentos, no solo en constatación de hechos (Aguilar, 2013: 28).

El desarrollo de la actividad notarial entre los siglos XIII y XIV, configuró al notario público con las características y significación que tiene hoy en día. En el siglo XIII fue de suma importancia el progreso de la Escuela de Bolonia, o Escuela de los Glosadores⁵, sobre todo en la figura de Rolandino Passaggeri⁶, que hizo hincapié en la

⁴ Las “Capitulares” eran actos legislativos mediante los cuales se regían el imperio de Carlo Magno. Se encontraban organizadas en pequeños capítulos, por lo cual adquirió esa denominación.

⁵ La Escuela de los Glosadores fue un grupo de intelectuales del derecho que se dedicaron a hacer el Corpus Iuris Civilis justineano más comprensible mediante la elaboración de “glosas”, que no eran más que comentarios interlineados dentro del texto, en los márgenes de las páginas, o en ocasiones por su longitud se redactaron hojas, folletos o libros separados.

⁶ Es considerado el principal clásico en materia notarial. Se destacan entre sus obras: “Aurora (Apparatus super Summa notarie)”, “Summa Artis Notariae”, “Tractatus Notularum” y “Flos Testamentorum”.

relevancia de la sistematización de los conocimientos notariales (Fernández del Castillo, 1989). Esta escuela científica del Derecho estableció una nueva forma de estudiar la disciplina, como «una ciencia separada de la docencia de la Retórica, independiente del saber de su tiempo, que se basaba en los textos justinianos genuinos y completos, abandonando la simple lectura de extractos y epítomes» (Llamas, 2002: 38).

1.2.3. España y Francia: de “Las siete partidas” a la Ley orgánica del notariado de 28 de mayo de 1892.

La historia del derecho notarial español inicia en el siglo XIII, según afirma José Bono en su obra “Historia del Derecho Notarial español”, con el surgimiento de la institución notarial y el documento público, «al transformarse [...] el *scriptor* profesional y la *scriptura* privada, en el *publicus notarius* y en el *instrumentum publicum*» (Bono en Simó, 2007: 11).

Es en el propio siglo XIII, entre los años 1256 y 1265, que Alfonso X “El Sabio”, al igual que en su tiempo hiciese Justiniano en Constantinopla, realizó una de las obras jurídicas más relevantes de la historia del derecho occidental, conocida como “Las siete partidas”. El profesor español Eugenio Llamas Pombo afirma que “Las siete partidas”,

[...] constituyen un completo tratado de todo el Derecho, fundamentalmente el *ius commune*, como no hay otro en el mundo. Su propósito era unificar el Derecho castellano recogiendo en un Código el Derecho Romano y Canónico de su tiempo, no sólo el contenido en las fuentes legales, sino las aportaciones de la doctrina en torno a esas fuentes; también recoge lo esencial del Derecho Civil y Canónico español, leyes y costumbres nacionales. Su mayor mérito fue centrar las bases de un Derecho Civil castellano, que se impondrá lentamente, primero como Derecho propio, más tarde (ya a partir del XVIII) como Derecho común nacional (Llamas, 2002: 50).

En la tercera de “Las siete partidas” se estableció y reguló la actividad del escribano, describiéndolo como

[...] *ome que es sabidor de escreuir, e son dos maneras dellos. Los vnos, que escriuen los preuillejos, e las cartas, e los actos de casa del Rey e los*

otros, que son los Escriuanos públicos, que escriuen las cartas de las vendidas, e de las compras, e los pleitos, e las posturas que los omes ponen entre sí en las Cibdades, e en las Villas (Citado por Fernández del Castillo, 1989: 39).

En aquella época los escribanos gozaban de gran prestigio en los reinos (que posteriormente conformarían el territorio del Reino de España), debido a la facultad que tenían para redactar y dar fe de las cartas de la Corte del Rey, de las ciudades y villas, por lo cual contaban con la confianza de los soberanos y otros altos funcionarios de los reinos (Fernández del Castillo, 1989).

Posteriormente, entre el siglo XV y el XVI se produjeron las conocidas “Reformas de los Reyes Católicos”, donde surge el protocolo, como función de encuadernar la matriz de las escrituras, con la finalidad de ofrecer mayor seguridad a estos documentos notariales (Aguilar, 2013).

Tras la Revolución Francesa, en la Francia de Napoleón, se creó la reconocida Ley del 25 ventoso del año 11, la cual tiene un gran peso histórico ya que: 1) concibe por vez primera al notario como un funcionario público; 2) exige la transcripción del título que acredite el derecho del enajenante; 3) Establece el requisito para poder ejercer la actividad notarial de tener previamente una práctica ininterrumpida del derecho de al menos seis años. Es interesante la exposición de motivos de esta normativa para entender la actividad notarial tal como se conoce en la actualidad. En esta se plantea que

[...] al lado de los funcionarios que concilian y que juzgan los diferendos, la tranquilidad pública llama a otros funcionarios, quienes, consejeros desinteresados de las partes, así como redactores imparciales de sus voluntades, les hacen conocer todas las obligaciones que contraen, redactando sus compromisos con claridad, dándoles el carácter de acto auténtico y la fuerza de una sentencia dictada en última instancia, perpetuando su recuerdo y conservando su depósito con fidelidad, impidiendo que nazcan diferencias entre los hombre de buena fe, y quitando a los hombres, con la esperanza del éxito, el deseo de llevar a cabo un acto contestatario injusto. Estos consejeros desinteresados, estos redactores imparciales, esa especie de jueces voluntarios que obligan irrevocablemente a las partes contratantes son los Notarios: Esta institución es el Notariado (Tomado de Castro-Girona, 2010: 11)

Años más tarde, en 1862, se promulgó la Ley Orgánica del Notariado Español, regulándose en esta la figura del notario, la función notarial, el instrumento público y la organización notarial (Fernández del Castillo, 1989). En el primer artículo, la Ley define al notario de la siguiente forma: “el notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, los contratos y demás actos extrajudiciales”. La importancia de esta normativa radica en que se sustituye, al igual que la ley antecesora francesa, el término escribano por el de notario, dándole categoría de funcionario público y separando la actividad notarial de la judicial. Se exigía además para ser notario, el haber realizado satisfactoriamente el examen de oposición, en el cual solo participaban quienes tuvieran una preparación técnica y especializada. Esta Ley es de particular importancia para América Latina, ya que sirvió de modelo para la mayoría de nuestros países, entre ellos Ecuador.

1.3. El notario ecuatoriano

Como sucede en la mayoría de los países de la región, las raíces del notario ecuatoriano se encuentran en el Derecho Indiano, aquel que se configuró en América luego de 1492, y que estaba compuesto por el Derecho Español, el Derecho Canónico Ecuménico y las normas especialmente dictadas en y para nuestras tierras, en correspondencia con las necesidades y circunstancias.

La promulgación de las Ordenanzas de la Audiencia de Quito, a raíz de la creación de la Nueva Audiencia de Quito, fueron las primeras normas que comenzaron a configurar un derecho notarial en el país. Entre las más importantes disposiciones de estas Ordenanzas se encuentran,

[...] (106) que los escribanos de ésta no puedan poner tenientes de escribanos de gobernación ni de justicia en las ciudades, villas y lugares del distrito audiencial; que el oidor visite los registros de los escribanos (111); que estos tengan en' su poder las escrituras originales, poderes y sentencias definitivas y que entreguen los procesos a los procuradores, y que las hojas de los procesos vayan numeradas (115); que tengan los registros cosidos y los firmen en fin de cada año (120); que no escriban por abreviaturas (123); que no entreguen los autos menguados (126); que lleven los derechos que les pertenece conforme al arancel y asienten en las escrituras los derechos

que percibieren de las partes (130); que comuniquen las sentencias el mismo día o al siguiente (135); que no reciban cosas de comer ni aves ni otras cosas en satisfacción de sus derechos (143); que no confíen los procesos ni las escrituras a las partes (162); que escriban de su mano las sentencias. (Tomado de Murrieta, 2010: 156).

Otros documentos que son necesarios examinar para comprender la historia del notariado ecuatoriano, son las Actas del Cabildo Colonial de Guayaquil. En estas se establecían las formalidades, incluidas las religiosas, con las que debía cumplir el escribano público, el cual era designado por el Rey. Además se establecían los requisitos con los que debían cumplir todos los documentos, siendo estos la fecha exacta, el lugar de otorgamiento y el signo del escribano.

CAPITULO 2. Aspectos fundamentales de los sistemas notariales

2.1. Breve descripción de los distintos sistemas jurídicos

Antes de comenzar a caracterizar los sistemas notariales que podemos encontrar en el mundo, es oportuno describir los principales sistemas jurídicos existentes, debido a que, por lo general, la adopción de un sistema jurídico por un Estado determina el sistema notarial que se aplica en su territorio.

El término sistema representa siempre una pluralidad de significados que varían de acuerdo con el área de conocimiento en que se trabaje. En el contexto específico de la ciencia del derecho, su multiplicidad de significados es aún más notable, y las dificultades para su conceptualización aumentan cuando se quiere definir que en ciertos contextos, para cada período, diferentes filosofías, existe un significado específico (Cerqueira, 2007). De hecho, el pensamiento sistémico dentro del derecho no siempre se adoptó como metodología; o más bien, no siempre funcionó con la metodología correcta, al menos no con la metodología científica y rigurosa que se conoció con el advenimiento de la era moderna.

No obstante a lo planteado, coincidimos con Francisco X. Arredondo en que un sistema jurídico es «el conjunto de normas e instituciones jurídicas que integran el Derecho vigente que rige en una determinada comunidad» (Arredondo, 2001:18). El

autor utiliza la palabra comunidad y no la palabra Estado de manera intencional, explicando que un sistema jurídico puede aplicarse en una comunidad determinada mientras que en el resto del Estado se aplica un sistema jurídico distinto; siendo el caso de la provincia de Quebec en Canadá que tiene instaurado el sistema de derecho latino, mientras que en el resto de las provincias se aplica el sistema del *Common Law*.

Un sistema jurídico no se adopta espontáneamente en una comunidad o Estado, es más bien un producto que se va conformando de influencias internas y externas con el transcurso del tiempo. Las influencias internas son determinadas por la tradición y la evolución sociopolítica de una comunidad o Estado determinado; mientras que las influencias externas pueden ser de dos formas: recepción política y recepción técnica. La recepción política es el resultado de la imposición de un orden jurídico extranjero por medio de ocupación o guerra y; la recepción técnica es la adopción de forma voluntaria de elementos teóricos o prácticos provenientes de un orden jurídico extranjero (Arredondo, 2001:18).

Los diversos ordenamientos jurídicos adoptados en el mundo son generalmente agrupados para que se pueda tener una comprensión didáctica acerca de sus características, similitudes y diferencias. Clasificar los diferentes sistemas jurídicos es siempre un tema controvertido, no obstante, predomina el criterio de distinguirlos y agruparlos por sus familias (David, 2010), en correspondencia con los antecedentes históricos, conceptos que los caracterizan, metodología que utilizan y sus principios.

Tomando en cuenta estos parámetros René David (2010) alude a tres familias de Derecho: (1) la Romano-Germánica o Latina, adoptada por países en los que se formó la ciencia del derecho sobre la base derecho romano (países de Europa continental, por ejemplo); (2) la familia del *Common Law*, que incluye el derecho de Inglaterra y de los países influenciados por este (Estados Unidos de América, por ejemplo); y (3) la familia de Derecho Socialista, que no será examinada, pero que el profesor francés la considera como una de los tres grandes familias.

Las dos familias que se analizarán en este capítulo son: la familia latina (romano-germánica) y la familia del *Common Law*. A pesar de las grandes diferencias entre las dos familias, tienen algo en común: el origen es europeo.

2.1.1. Common Law

Los diferentes caminos tomados por el Derecho Inglés y el Derecho Continental en Europa comenzaron a percibirse a partir del siglo XII, particularmente con la modernización de la sociedad europea. El *Common Law* se originó en las leyes no escritas de Inglaterra, donde la ley común se derivaba de los principios más que de reglas; principios amplios e integrales basados en la justicia, la razón y el sentido común, que fueron determinados por las necesidades sociales de la comunidad, los cuales han cambiado con la modificación de estas necesidades.

No obstante a su origen, el *Common Law*, no debe confundirse con el derecho inglés, ya que este solo se practica en Inglaterra y Gales. El *Common Law* es más amplio y abarca países como Inglaterra, los Estados Unidos y miembros de la comunidad formada por los países históricamente vinculados al Reino Unido (Inglaterra, Irlanda del Norte, Escocia y Gales), que incluye entre otros a Sudáfrica, Australia, Canadá, India, Jamaica y Nueva Zelanda.

En la actualidad, la familia del *Common Law*, conserva su estructura muy diferente a la de la familia de derecho romano-germánica. Por ejemplo, en materia contractual, existen diferencias entre ambas familias de derecho marcadas en que en el *Common Law* no hay una forma impuesta para la realización de los contratos, sino que prevalece el principio de libertad de formas. Al no existir instrumentos públicos, si se requiere ejecutar alguna obligación incumplida solo se puede hacer mediante resolución de validez y ejecución de una corte.

No obstante a lo anterior, el papel de la ley y los métodos utilizados en los dos sistemas están tendiendo a aproximarse. Este acercamiento se evidencia en que las normas tienden cada vez más a ser diseñadas en los países del *Common Law*, tal como son diseñadas en los países de la familia romano-germánica; y respecto a las soluciones sobre el fondo de los asuntos, también se acercan las posiciones inspiradas el mismo ideal de justicia (David, 2010).

El *Common Law* puede ser definido como el derecho creado y desarrollado por los jueces, a diferencia del derecho como conjunto de normas codificadas de los países del sistema latino. Una de las características principales del *Common Law* es la doctrina del precedente, en el que los jueces utilizan principios establecidos en casos anteriores para decidir nuevos casos con hechos y procedimientos legales similares. Esta tendencia

a seguir casos resueltos anteriormente se denomina *stare decisis*, que proviene del término latino *stare decisis et non movere tranquilo* (mantener juicios y no cambiar asuntos ya decididos) (Fine, 2011).

Es además característico del *Common Law*, el ser un derecho judicial y contencioso, donde no existe un derecho preventivo facilitador del conflicto. Las soluciones a las controversias se realizan después de un proceso de riguroso de debate y práctica de pruebas; donde tienen mayor peso las pruebas testificales que las documentales (Arredondo, 2001).

A forma de resumen de las características más importantes de este sistema jurídico, tomaremos los seis puntos que Arredondo (2001) destaca como particulares de este.

1. No es un sistema de derecho escrito, sino oral, lo que no quiere decir que no existan leyes similares a como las conocemos desde el pensamiento latino, pero estas son muy escasas y regulan temas específicos como el comercio o las libertades de los ciudadanos.
2. La principal fuente de derecho en este sistema es la costumbre, de la cual surgen las reglas de convivencia debido a la reiteración de prácticas ancestrales.
3. Contrario al ideal de la frase "*Jude made law*", en este sistema los jueces no crean propiamente derecho, sino que lo declaran conforme a la costumbre. Los jueces tienen que acatar las sentencias que han sido dictadas con anterioridad (precedente judicial), por lo cual las sentencias de los tribunales se vuelven obligatorias para casos similares subsiguientes.
4. La solución de las controversias se realiza después de agotado un riguroso debate y la práctica de pruebas, donde la decisión de culpabilidad o inocencia (en los casos penales solo por ejemplificar) está en manos de un jurado y no de los jueces.
5. Derecho judicial y contencioso.
6. Libertad de formas en la contratación.

Seguidamente analizaremos las principales características del sistema de derecho latino (familia romano-germánica), para luego poder describir los distintos sistemas notariales.

2.1.2. Sistema de derecho latino

En ocasiones se conoce a los países que adoptan este sistema como países de Derecho Civil (Derecho Civil por oposición fonética al Derecho Común / *Common Law*), debido a que los abogados de la antigua Roma eran civiles. En la actualidad de los sistemas jurídicos de tipo latino, el derecho civil se ha convertido en el corazón del derecho privado y su objetivo sigue siendo el derecho de las personas, el derecho de propiedad, y la ley judicial (Fumichon, 2013).

La familia del derecho romano-germánico se encuentra esparcida por todo el mundo; traspassando las fronteras del antiguo imperio romano conquistó a países de América Latina, África, Asia y por supuesto Europa. La expansión de este sistema se debe por una parte a la colonización [recepción externa] y por otra, debido a los aportes de la codificación a la técnica jurídica [recepción técnica] (David, 2010).

Como primer elemento típico del sistema de derecho latino podemos señalar a la división sistemática entre derecho público y privado (David, 2010; Lima, 2014). El derecho romano era básicamente un derecho privado, y la institución de derecho público apareció en la Europa continental de forma tardía y deficiente, a raíz de que se originaron problemas de legitimidad e imparcialidad de los jueces al decidir sobre demandas presentadas contra el Gobierno. Lo que hoy parece una solución obvia (la independencia funcional del poder judicial, destacando la supremacía del interés público sobre el privado, con la presunción de legitimidad de los actos administrativos) durante la formación de los estados nacionales, fue un problema complejo en la medida en que el Gobierno y la sociedad no estaban acostumbrados a enfrentar esta situación. Al respecto René David explica,

[...] La solución de las cuestiones de derecho público por acción judicial exige que los jueces no se consideren a sí mismos como empleados. Por otra parte ¿cómo llega la administración a aceptar la jurisdicción de estos tribunales y a aplicar las decisiones dictadas por ellos? La existencia de un verdadero derecho público, equivalente al derecho privado, requiere cierta formación psicológica de la opinión pública y de los administradores: unos y otros, deben tener una similar concepción de la "razón de Estado" y la sensación de que el interés público exige la ejecución de decisiones

emanadas de los tribunales en materia de derecho público, aun cuando resulten en perjuicio para la administración. (David, 1972: 99)

El hecho es que tanto por la relativa novedad de la materia como por la sensibilidad política que rodeaba al tema, el derecho público llegó a los países de tradición romano-germánica con un grado de desarrollo y perfección mucho menor que el derecho privado. La división básica entre el derecho público y el derecho privado en el sistema de derecho latino, además de emerger en períodos distintos, representó dificultades reales para la ciencia del derecho a la hora de formular teorías y arreglos estructurales que permitieran la aplicación de disposiciones restrictivas al poder público. En los países del *Common Law* esta distinción no existe: construido esencialmente en consideraciones sobre el proceso, y al menos inicialmente separado de la privatización del derecho romano, todo el derecho anglosajón se considera público.

Otra característica clave del sistema de derecho latino es la comunidad, donde los países miembros se encuentran interconectados dentro del mismo sistema, aunque a primera vista parezcan dispersos. Una muestra de ello es la existencia de determinadas ramas del derecho en todos los países que han adoptado el sistema, tal como el derecho de obligaciones por ejemplo, lo cual no sucede en el *Common Law*.

El papel de la doctrina en el desarrollo de las leyes es otro sello distintivo del sistema latino. En los países de tradición romano-germánica, el derecho está lejos de ser el resultado exclusivo de una reflexión teórica, a priori, lo que busca es una construcción perfectamente lógica. Sucede que la doctrina en todos los países del sistema latino, no se conforma solo de la sistematización de leyes y casos, además formula principios rectores bien definidos y normas de derecho que inspiran a los jueces en la práctica.

La interpretación de la ley es otra característica distintiva del sistema latino. Dado el nivel de generalidad de las proposiciones jurídicas y normativas, el razonamiento del jurista es guiado por la interpretación de fórmulas legales, a diferencia de lo que ocurre en el *Common Law*, donde la técnica jurídica se caracteriza por el método de distinciones. Mientras que en el sistema sajón lo ideal es la especificidad de la norma, en la tradición romanista se espera que el precepto normativo deje cierta libertad de actuación al magistrado, y la función de la ley esté encaminada a «desarrollar marcos de derecho que le proporcionen directivas a los jueces» (David,

1972:115), ya que es imposible que el legislador pueda recoger en la ley la variedad de problemas concretos que se presentan en la práctica.

De igual forma, Arredondo (2001) señala cuatro notas distintivas del sistema de derecho latino, las cuales resumimos a continuación con la finalidad de destacar las características más importantes de este sistema:

1. Se trata de un sistema de derecho escrito, donde las normas jurídicas son expresadas en leyes y reglamentos escritos, los cuales son aprobados y publicados por el poder Legislativo y el Ejecutivo. Estas normas son de obligatorio cumplimiento a todas las personas en el territorio del Estado o la comunidad.
2. En este sistema la jurisprudencia es obligatoria como ley para los jueces, y solo tiende a clasificar y unificar el derecho existente, por lo que para este sistema la jurisprudencia no es una fuente del derecho.
3. La ley es fuente fundamental del derecho, mientras que la costumbre no lo es, ya que esta solo se aplica por excepción y de forma muy limitada.
4. Se recurre al requisito de “formalidad” para la realización de algunos actos jurídicos, lo cual constituye un elemento de eficacia jurídica y garantía de legalidad y legitimidad.

2.2. Sistemas Notariales

Una vez realizada la comparación entre las características principales de los sistemas jurídicos resultará más comprensible entender los diferentes sistemas notariales que analizaremos a continuación.

Partamos entonces por definir que entendemos por sistema notarial. Un sistema notarial es entonces «el conjunto de reglas o principios que, en un determinado ordenamiento, organiza a los Notarios y regula su actividad, así como los efectos atribuidos al resultado de esta en relación con los intereses de la organización general» (Blanquer, 2006: 276).

De la definición anterior podemos deducir que cada sistema notarial se integra a su ordenamiento jurídico respectivo, el cual otorga utilidad, eficacia y valor al documento notarial. Es precisamente este el punto en común que tienen los distintos

sistemas notariales a partir del que surgen las características propias de cada uno, y que permite a la doctrina realizar las distintas clasificaciones.

Existen tipologías o clasificaciones disimiles de los sistemas notariales según los diferentes autores. Así por ejemplo, José Ma. de Prada (1994) explica que existen tres sistemas notariales, a saber: el sistema latino, el sistema anglosajón y el sistema autoritario⁷. Por otra parte, Oscar Salas Marrero (1973) da cuenta de cuatro sistemas notariales: el sistema notarial anglosajón, el notariado de funcionarios judiciales, el notariado de funcionarios administrativos⁸ y el sistema notarial latino. Creemos que estas clasificaciones están marcadas por el sesgo político de los autores, y que de manera general, coincidiendo con Arredondo (2001) se pueden distinguir solo dos grandes sistemas notariales: el sistema notarial del *Common Law* o privado y el sistema notarial latino.

2.2.1. Sistema notarial del *Common Law*.

El profesional encargado de la función notarial en el sistema del *Common Law* es denominado Notary Public (notary o public notary), que no obstante su similitud fonética en la denominación con el Notario Público de tipo latino, tienen un carácter completamente distinto.

El *Notary Public* no tiene calidad de ser un profesional con funciones públicas, a pesar de que es el Estado quien establece las condiciones y requisitos para su desempeño. Se pudiera calificar como un colaborador técnico en los actos previos y en la redacción de los documentos. Contrario al sistema latino, la competencia en la redacción del documento no es exclusiva, en ella pueden intervenir abogados u otro tipo de profesionales. La intervención del *notary* no da autenticidad al documento, sino que solo se limita a indicar la autenticidad de las firmas, sin interferir en su contenido.

Respecto a la fe pública, el sistema del *Common Law* tiene un régimen diferente al que existe en los países de derecho latino. La razón en la que está fundamentada la

⁷ Según este autor el sistema autoritario o totalitario era el que existía en los países del bloque soviético, y que aún con ciertos matices se mantiene en Cuba y Portugal.

⁸ Para Salas (1973) el sistema notarial de los funcionarios judiciales está caracterizado por ser los funcionarios judiciales los que ejercen la función notarial, explicando que este sistema se aplica únicamente en los estados de Wiitemberg y Baden en Alemania. El notariado de los funcionarios judiciales, por otra parte, está caracterizado por ser funcionarios del Poder Ejecutivo los que ejercen la función notarial, lo cual según el autor sucede en Venezuela, Cuba, Colombia y Portugal.

diferencia es que en los países que adoptan este sistema no existe el concepto de "forma obligatoria para valer" de los actos jurídicos, por lo que, los principales actos civiles y mercantiles (testamentos, compraventas, créditos de hipoteca, etc.) se otorgan con la asesoría de abogados mediante escrito privado.

De esta forma, al no ser necesaria la formalización de los contratos ante notario, no contar tampoco con un Registro Público de la Propiedad inmobiliaria, y al carecer de valor jurídico de prueba plena el documento redactado por el abogado, la función jurídica de fedatario no existe en este sistema. El llamado entonces *notary public*, no es un equivalente del Notario Público de tipo latino, y es por ello que la expresión no debe ser traducida como "notario público", sino que debe conservarse el término en idioma inglés a la hora de referirse a esta institución (Arredondo, 2001).

Otra diferencia notoria entre ambos sistemas es que los *Notary Public* no ejercen esta actividad a tiempo completo, sino que la realizan como un complemento a las actividades que ejecutan normalmente, y tienen estrictamente prohibido asesorar jurídicamente. Es por esta razón que una secretaria de un despacho de abogados o el encargado de una papelería o centro de copiado, puede ser un *Notary*.

Los requisitos para ser un *Public Notary* varían de un país a otro, e incluso varían de un estado a otro dentro de un mismo país (como en los Estados Unidos), no obstante, existen requisitos que son comunes a todos y que expondremos más adelante. Luis A. Chico (2006) plantea que se debe dividir estos requisitos en dos grupos: requisitos de elegibilidad y requisitos para el acceso al nombramiento y ejercicio la función.

Los requisitos de elegibilidad son:

1. Ser mayor de edad (mayor de 18 años en la mayoría de los estados)
2. Saber leer y escribir (en idioma inglés)
3. Residir en el estado en el cual ejercerá la función (hay algunas excepciones: por ejemplo el estado de Washington que no obliga a ello)
4. Tener integridad moral comprobada

Los requisitos para el acceso al nombramiento y ejercicio de la función:

1. Completar y enviar la solicitud (la convocatoria está siempre abierta y no hay cupos limitados)

2. Aprobar un examen o curso (algunos estados realizan exámenes otros a realizar cursos).
3. Abonar la tarifa requerida (varía en dependencia de los estados).
4. Presentar una fianza (para cubrir los daños y perjuicios que se pudieran originar con motivo de actuación negligente del *Notary*).
5. Prestar juramento.

Siendo estas las características principales de esta figura, creemos que no es necesario profundizar más en su análisis ya que no presenta mayores complejidades. Procederemos entonces a analizar al Notario Público del sistema de derecho latino para luego establecer una comparación entre ambas figuras.

2.2.2. Sistema notarial latino

2.2.2.1 Bases y principios fundamentales del sistema del notariado latino

En la actualidad se considera que el sistema notarial de tipo latino lo conforman todos los notarios miembros de la Unión Internacional del Notariado Latino (UINL). La UINL es una organización no gubernamental internacional fundada en el año 1948, cuya función es promover, coordinar y desarrollar la actividad notarial en el mundo.

En el Congreso Internacional del Notariado Latino, celebrado en la ciudad de Buenos Aires en 1948, donde se fundó la UINL, se definió al notario latino como

[...] el profesional del derecho encargado de una función pública, consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad (Castelnuovo et al., 2010: 18; Arredondo, 2001: 30).

En los principios de la UINL de 2005 esta definición fue perfeccionada, estableciéndose entonces en su artículo 1º que el notario «es un profesional del derecho, titular de una función pública, nombrado por el Estado para conferir autenticidad a los actos y negocios jurídicos contenidos en los documentos que redacta, así como para aconsejar y asesorar a los requirentes de sus servicios» (Siri, 2005: 88). De aquí se desprenden los dos elementos característicos e inseparables del notario de tipo latino: profesional del derecho y titular de una función pública.

En correspondencia con el carácter social de la función, el notario público de tipo latino debe ser imparcial, velar por la equidad en los contratos y el equilibrio entre

las partes en el resto de los actos jurídicos, pero sobre todas las cosas, tiene el deber de asesorar (Castelnuovo et al., 2010).

Las bases o principios cardinales del sistema del notariado latino fueron aprobados en La Haya en el año 1986 por la Comisión de Cooperación Notarial Internacional (CCNI) y por el Consejo Permanente de la Haya. Seguidamente sistematizamos el documento aprobado en aquella ocasión, con el objetivo de explicar las principales características del notario en este sistema. Para ello nos apoyaremos en Arredondo (2010), quién identifica y explica las diez características principales del notario de tipo latino.

Bases o principios fundamentales del sistema del notariado latino:

1. Profesional del derecho habilitado para dar fe de los actos y contratos que celebren las personas, redactar los documentos que los formalicen y asesorar a quiénes lo requieran. Para ejercer como notario se requiere haber obtenido un título universitario de Licenciado en Derecho y por lo general en la mayoría de los países del sistema, acreditar una cantidad de años de práctica jurídica.
2. La función notarial es una función pública ejercida independientemente, que no responde jerárquicamente a la administración del Estado u otras corporaciones públicas.
3. Deber de actuar imparcialmente, por lo que si existe alguna circunstancia o incompatibilidad que se lo impida, debe abstenerse de actuar.
4. Da forma legal a determinados actos jurídicos. La intervención del notario otorga validez a determinados actos jurídicos, inclusive, determinadas legislaciones obligan a acudir ante él como un requisito de eficacia de los actos (ejemplo: los contratos).
5. Los documentos notariales son redactados y autorizados por los notarios, quiénes los conservan y clasifican en orden cronológico. Estos documentos pueden tener por objeto actos o negocios jurídicos de toda clase, sean unilaterales, bilaterales o plurilaterales.
6. Reproducción ilimitada de documentos públicos. Los notarios tienen la obligación de conservar los originales de los documentos que autorizan durante un período mínimo de cinco años, por lo cual, dentro de ese período de tiempo,

puede expedir cuantas copias del documento le soliciten. Las copias autorizadas de los documentos notariales surten los mismos efectos que documentos originales.

7. Los documentos notariales gozan de presunción de legalidad y exactitud. La presunción de legalidad está dada en que el notario es un garante del cumplimiento de la ley y es por ello que interviene en el documento con la finalidad de controlar su legalidad. Por otra parte, la presunción de exactitud significa que los hechos que son narrados por el notario en el documento se reputan como ciertos. Ambas presunciones solo pueden contradecirse por vía judicial.
8. El documento que produce tiene valor de prueba plena y fuerza ejecutiva. La actuación del notario siempre se realiza de manera documental; es autor de documentos públicos auténticos, por lo que se consideran con valor de “prueba plena” dentro o fuera de juicio.
9. Investido del poder certificante del Estado. Otorgar fe pública es una función propia del Estado, la cual es delegable en determinadas instituciones, como es el caso de los notarios. Esto hace que los documentos notariales no puedan ser discutidos en litigios, salvo prueba de falsedad en aquello que el notario afirma que ha ocurrido.
10. Actúa personalmente y tiene el deber de secreto profesional. Las actividades del notario no pueden ser delegadas en ningún otro jurista, auxiliar o empleado, sino que tiene la obligación de ejercerlas personalmente. Por otra parte está obligado a guardar reserva sobre los actos que suceden ante él.

Como explicábamos al inicio de este capítulo, los sistemas siempre responden a la realidad de cada sociedad y a paradigmas o concepciones filosóficas distintas. En base a esto, el sistema notarial de tipo latino ha sido fuertemente criticado, llegando a poner en duda la necesidad de la existencia de la figura del notario y la propia función notarial.

2.2.2.2. Algunas críticas al sistema del notariado latino

Es probable que una de las críticas más contundentes al sistema notarial de tipo latino haya sido la realizada por el Banco Mundial en sus informes *Doing Business* (Haciendo Negocios en español) sobre todo el del año 2004 denominado *Understanding*

Regulation (World Bank y Oxford University, 2005). La fuerza de esta crítica tal vez no está en el contenido de la misma, sino por el peso político y económico de la institución que la realizó. En el informe, el Banco Mundial expresó que el notario respecto a la inversión y a la creación de empresas, era un obstáculo en la agilidad del proceso y una carga económica innecesaria (Castelnueovo et al., 2010).

Esta crítica llevo a que la Comisión *Common Law – Civil Law* en la reunión plenaria de la Comisión de Asuntos Americanos (CAA) de la UINL realizada en México D.F. en 2008, expresara que el informe *Doing Business*

[...] muestra al notariado desde el punto de vista económico, como un “simple trámite”, lento y caro, que debe desregularse, sin considerar para nada, que el notario es el garante de la legalidad de los actos que pasan ante su fe, brindando la seguridad jurídica que la comunidad reclama. Así mismo, su aplicación preventiva del derecho, evita un número importante de juicios y un gasto considerable al Estado en su aparato judicial. (UINL, 2008: 111).

Siguiendo esta misma idea, creemos que el notariado latino no es un freno a la economía, sino que por el contrario lo que hace es fomentarla. En el *Common Law* por ejemplo, las soluciones a los problemas son siempre trasladadas a la administración de justicia posterior, con instancia de indemnización por daños y perjuicios mediante seguros de títulos que exigen la contratación de otros profesionales, lo que representa unos costos más elevados. Sin embargo, en el sistema latino las soluciones a los problemas se resuelven en el marco de la administración de justicia preventiva, evitando el incremento de litigios y en consecuencia el aumento en los costos del sistema legal (Wolfgang, 2003).

Las críticas también se han realizado por instituciones que pertenecen al sistema de derecho latino, como es el caso del Colegio de Registradores Españoles. En el informe final del XXVI Congreso Internacional de Registradores (CINDER), realizado en Fortaleza, Brasil en el año 2006, el presidente del Colegio de Registradores Españoles y también Secretario General del CINDER expreso en su informe que

[...] países como México y Argentina presentan un nivel desastroso en materia de efectividad en los derechos de los acreedores y por lo tanto en volumen de crédito hipotecario, debido al tipo de Registro de que disponen.

Como ya he adelantado, estos datos no significan en absoluto que el notariado sea ineficiente sino que la clave a los efectos de crear y desarrollar un mercado inmobiliario e hipotecario, o de lograr su óptimo funcionamiento, está en el Registro. Caso de que éste opere mal, o sus efectos sean reducidos de modo que tan sólo se apliquen principios de oponibilidad y prioridad, la única forma de impulsar el mercado antedicho será mediante la generalización del uso de los seguros de título (CINDER, 2006: 27)

De esta forma se pretende demostrar que el notariado no cumple una función principal en la construcción de la seguridad jurídica como garante de los derechos de las personas, por lo que privilegian la fe pública registral e instrumentos como el seguro de títulos, favoreciendo el registro de derechos en lugar del registro de documentos.

CAPITULO 3. Análisis de la función notarial en el Ecuador

En este último capítulo realizaremos un análisis de la función notarial en el país, sobre todo en el período posterior a la Constitución de 2008, la cual modificó diametralmente

la actividad de las notarias y notarios ecuatorianos. No obstante a las mejoras en la institucionalidad de la función iniciadas con la norma suprema, creemos que la regulación aún es difusa y no permite dar cuenta con claridad de aspectos fundamentales como la naturaleza jurídica del notariado: si son o no funcionarios públicos, si la actividad se desarrolla como una concesión de servicio público o si son profesionales del derecho privados investidos por el Estado de una función pública.

3.1. El notariado ecuatoriano

Realizando un análisis de tipo jurídico podemos observar que la función notarial se encuentra regulada desde la Constitución de la República, en su artículo 199, donde se establece que los servicios notariales son servicios públicos que estarán regulados por el Consejo de la Judicatura⁹. El Consejo de la Judicatura tiene como competencia establecer la cantidad de notarias y notarios de cada cantón o distrito metropolitano, el mecanismo de remuneración, el régimen del personal auxiliar y las tasas que deben pagar los usuarios por el servicio. Inmediatamente después, en el artículo 200 se establece que los notarias y notarios son depositarios de fe pública, planteando además los principios por los cuales se regirá la actividad, los cuales son coincidentes con los principios generales del sistema notarial de tipo latino. Los principios enunciados en el artículo son los siguientes:

- El nombramiento se realiza previo concurso de oposición y méritos, sometido a impugnación y control social.
- Para ser notario se requiere tener título de tercer nivel en Derecho.
- Haber ejercido con probidad notoria la profesión de abogada o abogado por un lapso no menor de tres años.

Se establece además en el propio cuerpo constitucional que las notarias y notarios permanecerán en sus funciones por un período de seis años, aunque pueden ser reelegidos una vez más por igual período de duración. Esta obligación constitucional se distancia del sistema notarial latino donde por lo general los notarios pueden ejercer la actividad durante toda su vida.

El Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ), materializa los mandatos constitucionales respecto al notariado. En esta norma se declara en primer lugar que los

⁹ Constitución: Artículo 78.- El Consejo de la Judicatura es el órgano de gobierno, administración, vigilancia y disciplina de la Función Judicial.

notarios son servidores de la función judicial regidos por las regulaciones establecidas en la ley (Artículo 38 - COFJ); sin embargo, son servidores que no pertenecen a ninguna de las carreras judiciales reguladas en el propio código. La norma establece también la obligación del Pleno del Consejo de la Judicatura de nombrar a los notarios, previo concurso de oposición y méritos, además de fijar las tasas notariales que pagarán los usuarios por los servicios notariales.

El Notariado es definido en el artículo 296 del COFJ como un órgano auxiliar de la Función Judicial, mientras que el servicio notarial se definió como la función que realizan los notarios como depositarios de la fe pública en la autorización de actos, contratos y documentos determinados en la ley, y además dar fe de la existencia de los hechos que ocurran en su presencia. En el mismo artículo se establecen otros principios propios del sistema notarial latino como son la autonomía y la imparcialidad.

Respecto requisitos para ser notario y el ingreso al servicio notarial el COFJ plantea lo mismo que el artículo 200 de la Constitución, añadiendo además la obligación de ser ecuatoriana o ecuatoriano en goce de derechos de participación política.

En cuanto a la duración en el cargo el artículo 300 del COFJ pareciera no concordar con el artículo 200 de la Constitución de Montecristi, cuando plantea que los notarios permanecerán en el ejercicio de sus funciones por un período de seis años, pudiendo ser reelegidos por una sola vez. Sin embargo, el propio artículo luego establece que quienes hayan sido reelectos podrán participar en los concursos que se abran respecto en otras notarías una vez concluido su segundo período. Esta regulación abre la posibilidad a que una persona pueda ejercer como notario público durante toda su vida, siempre y cuando cada doce años (elección de 6 años más reelección de 6 años) cambie de sede notarial, lo cual no parece ser el espíritu de la norma constitucional.

Otro tema regulado en esta norma que nos parece sumamente importante de analizar es el referido a los deberes de las notarias y notarios regulados en el artículo 301, el cual transcribimos a continuación:

Art. 301.- ... Son deberes de las notarias y notarios:

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

2. Declarar bajo juramento los valores cobrados por los servicios prestados en forma mensual y depositar en la cuenta única del Tesoro Nacional lo que exceda del monto máximo que le sea permitido percibir por el desempeño de la función notarial que no podrá ser superior al señalado en el artículo 304. 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.

Es interesante, o quizás preocupante, que los únicos dos deberes regulados estén relacionados con las obligaciones económicas de las notarias y notarios, cuando lo característico en las legislaciones del sistema latino es establecer las obligaciones relativas al cumplimiento de determinados principios profesionales y éticos como por ejemplo: dar fe de los actos jurídicos que exigen autorización notarial; actuar con rigor técnico; cumplir las formalidades establecidas; ejercer la función con honor y dignidad; entre otras. Tal vez sea solo pragmatismo de la ley, o quizás es el indicio de un cambio en el tipo de relación entre el Estado y los notarios. Cabe anotar que esta no es la única norma que establece deberes para los notarios, sino que además en el artículo 19 de la Ley Notarial (Decreto Supremo 1404 de 1966) se regulan otros deberes en cuanto a las atribuciones específicas que les están conferidas a estos servidores públicos.

El artículo 302, por otra parte, establece que los trabajadores que prestan servicios en las notarías son trabajadores dependientes de la notaria o el notario, sujetos a lo dispuesto en el Código de Trabajo. Esta regulación marca otra diferencia entre los notarios y demás servidores públicos, ya que ningún otro servidor público es independiente de los órganos de la administración del Estado, ni tienen trabajadores dependientes en cuanto a remuneración y derechos laborales.

Otro punto de reflexión y discusión en la diferenciación entre los notarios y los demás servidores públicos, lo encontramos en el artículo 304 del COFJ donde se establece que a los notarios les corresponde exclusivamente *«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»* (Art. 304 COFJ). Esto significa que los notarios, contrario al resto de los servidores públicos, no reciben remuneración directa del Estado, ni aportación económica alguna para la realización de su función.

La Ley Notarial, inferior jerárquicamente al COFJ, es otro de los instrumentos legales que regulan la función notarial en el país. En esta norma se establecen las reglas

y obligaciones del notario respecto a los actos, contratos y documentos que autoriza. Sin embargo, respecto a la naturaleza jurídica de la figura y su lógica de organización podemos decir que es parca e imprecisa.

En relación con la naturaleza jurídica de la figura, la Ley, en su artículo 6, establece que los «*notarios son los funcionarios investidos de fe pública para autorizar, a requerimiento de parte, los actos, contratos y documentos determinados en las leyes*». Si nos ceñimos a lo regulado en este artículo no existirían dudas sobre la naturaleza de los notarios en el Ecuador, ya que el legislador es claro cuando dice que los notarios son funcionarios (públicos¹⁰). No obstante creemos que existen razones para pensar que los notarios no son funcionarios aunque la ley lo determine de esa manera, o al menos son un tipo de funcionario *sui generis*.

Respecto a la organización para el funcionamiento de la actividad notarial, la Ley no va más allá de lo que la Constitución y el COFJ establecieron, y es que cada notario debe ejercer su función dentro del cantón donde fue nombrado, no obstante al domicilio de los otorgantes, la ubicación de bienes o el lugar del cumplimiento de las obligaciones.

A continuación realizaremos un análisis sustentado en la caracterización de la función notarial como un servicio público con excepcionalidades y particularidades que la hacen una función *sui generis* y; posteriormente revisaremos la concesión de servicios públicos como figura jurídica que comparte elementos en común con la regulación establecida actualmente para el notariado ecuatoriano.

3.2. La función notarial como un servicio público.

La paternidad de la concepción de servicio público como pilar del derecho administrativo y como fundamento y límite del Estado, es atribuible a León Duguit. La idea se fortaleció tanto para la segunda mitad del siglo XIX, que llegó a constituirse una fuerte corriente de opinión llamada "Escuela del Servicio Público", la cual tuvo a Jéze y a Bonnard como principales continuadores (Mairal, 1993: 2).

¹⁰ La doctrina del derecho administrativo coincide con que los funcionarios siempre desempeñan funciones en un organismo público del Estado, por lo tanto todos los funcionarios son siempre públicos.

En la doctrina del derecho administrativo se suele utilizar la expresión “servicio público” sin llegar a definir el concepto o las actividades comprendidas en ella. Tampoco en las legislaciones se ha logrado uniformar la definición de servicio público, por lo cual se considera que el concepto de servicio público es inaprehensible, ya que, en los supuestos en los que se plantea está conducido a una “petición de principio”, donde se traslada el problema fuera de lo normativo y se ubica en el ámbito de lo político (Hernández-Mendible, 1999).

No obstante a este problema, siempre se parte de dos premisas generales para construir una definición: en primer lugar la idea de “servicio” como actividad de prestación destinada a aportar alguna utilidad general, asumida por una administración, una organización o un particular; y en segundo lugar la idea de lo “público” que implica gestión en nombre de la colectividad, realizada por el Estado en principio, o a través de particulares.

Existen en la teoría del servicio público, a pesar de la complejidad de esta situación, algunas definiciones ilustrativas; comenzaremos por la del propio Duguit, quién explicaba que el servicio público constituía en

[...] toda actividad cuya realización debe asegurar, regular y controlar los gobernantes, porque el cumplimiento de esta actividad es indispensable para la realización y el desarrollo de la interdependencia social, y ella es de tal naturaleza que no puede ser realizada completamente sino con la intervención de la fuerza gubernamental (Duguit, 1927: 61).

Como continuador de estas ideas, Gastón Jéze, consideraba que «existe el servicio público allí donde los agentes públicos, para dar satisfacción regular y continua a una necesidad de interés general, recurren a procedimientos de derecho público» (Jéze, 1948: 4).

Para Jean Rivero, por otra parte, es «una forma de la acción administrativa en la cual una persona pública asume la satisfacción de una necesidad de interés general» (Rivero, 1983: 448).

Y para André de Laubadére es toda «actividad de interés general ejercida por una persona pública o bajo el control de una persona pública y siguiendo un régimen exorbitante del derecho común» (Laubadére, 1980:662).

Ante la dificultad de llegar a una definición clara de servicio público, Héctor A. Mairal (1993) plantea que el concepto siempre gira en torno a tres elementos principales:

- un elemento orgánico o subjetivo: constituido por una persona jurídica pública responsable de la prestación del servicio como actividad;
- un elemento funcional u objetivo: que recae en el interés general que persigue todo servicio público; y
- un elemento normativo o formal, constituido por el régimen jurídico exorbitante del derecho privado.

El servicio público entonces además de ser un concepto inacabado, es también polémico y polisémico. Ramón Parada explica al respecto que el término es

[...] polémico por la tensión político-ideológica que suscita entre quienes ven en los servicios públicos los males de la estatalización y la inflación, que conlleva al déficit público, en contraste con los fines de la empresa privada, que tienen como fin único la eficiencia económica o, dicho de forma más coloquial, el lucro, dejando un poco de lado el aspecto servicial de tipo social. Por otra parte, tenemos al sector que ve en el servicio público una técnica destinada a la atención de necesidades indispensables para los ciudadanos que los deja a salvo de la explotación y el lucro que generalmente orienta a la empresa privada. Es también polisémico, en cuanto que por servicio público no se entiende exclusivamente como una forma de la actividad administrativa, sino al conjunto de ellas, con independencia de que sea de prestación, de limitación o de fomento (Parada, 2002: 422)

En el Ecuador, ni la Constitución de la República ni la Ley Orgánica del Servicio Público definen lo que es un servicio público. Las referidas normas lo que hacen es explicar los principios en los cuales se sustenta la Administración Pública, quiénes son los servidores públicos y el régimen y los procedimientos a los que se ciñen, las prohibiciones en el ejercicio, entre otros aspectos. Al parecer, tanto la Asamblea Constituyente, como el legislador nacional, adoptaron la recomendación del Vicepresidente del Consejo de Estado francés, Pierre Nicolay (1982-1987), quién decía

que «es sabiduría y no modestia, la que ordena abstenerse de definir al servicio público» (Mairal, 1993: 368).

En el ámbito de la función notarial, la Constitución de 2008, como mencionamos anteriormente, declara en su artículo 199 que la actividad notarial es un servicio público. También lo hace la Ley Orgánica del Servicio Público, aunque de forma indirecta, cuando establece en su artículo 83 inciso d) que las notarias y notarios son servidores públicos excluidos de la carrera del servicio público¹¹. Además, en el artículo 94 de la misma Ley, resulta interesante ver cómo se exceptúa únicamente a las notarias y notarios del régimen de remuneraciones establecido para todos los servidores públicos, explicando que será el Consejo de la Judicatura quién fije las remuneraciones para estos; marcando de esta manera una importante diferenciación entre los notarios y los demás servidores públicos. Sin embargo, las restantes disposiciones de la Ley Orgánica del Servicio Público, tales como el régimen disciplinario, son de aplicación directa a los notarios.

Una vez realizada la revisión y análisis de las regulaciones existentes respecto a la función notarial, podemos resumir las características fundamentales que diferencian a los notarios de los demás servidores públicos o funcionarios, siendo estas las siguientes:

- Que no pertenecen, ni dependen de ningún organismo de la función pública, por lo cual no existe contrato de trabajo o relación jurídica de dirección o dependencia.
- Son servidores públicos excluidos de la carrera del servicio público.
- Cuentan con un mecanismo de remuneración especial al ser los únicos servidores públicos excluidos del mecanismo de remuneración general, establecido para el servicio público.
- Los trabajadores auxiliares de las notarías dependen directamente de los notarios en cuanto a derechos laborales bajo el régimen de trabajadores particulares.

Sin embargo, pese a todas estas diferencias, la Ley Notarial y la Jurisprudencia (Sentencia de Casación 2853) establece que los notarios son funcionarios públicos investidos de fe pública para la realizar su función. Por nuestra parte creemos que los

¹¹ Según el Artículo 82 de la propia Ley Orgánica del Servicio Público, la carrera del servicio público es el conjunto de políticas, normas, métodos y procedimientos orientados a motivar el ingreso y la promoción de las personas para desarrollarse profesionalmente dentro de una secuencia de puestos que pueden ser ejercidos en su trayectoria laboral, sobre la base del sistema de méritos.

notarios no son funcionarios públicos ya que partiendo desde lo más elemental, no los une una relación de dependencia, ni de dependencia de la Administración Pública. Sino que por el contrario, las notarias y notarios, tal y como lo ha definido la jurisprudencia colombiana, son profesionales particulares a quienes el Estado ha confiado una función pública consistente en brindar seguridad jurídica a los actos, contratos o documentos que autorice.

Seguidamente analizaremos una posibilidad hacia la cual pudiese estar transitando la función notarial ecuatoriana, o al menos una figura con la cual comparte elementos característicos.

3.3. El notariado y la concesión de servicios públicos

En la actualidad, un importante sector de la doctrina del derecho administrativo considera que la idea o concepción de servicio público está en crisis, e inclusive explican que no es un problema nuevo, sino que el servicio público se encontraba en crisis desde el mismo momento de su surgimiento. Lo cierto es que la crisis del servicio público obedece a «un proceso de agotamiento de las ideas que daban sustento a un régimen político de signo contrario al que se fomenta con la actual ideología» (Sánchez, 2008: 638). La evolución de este término es descrita por Ramón Parada desalentadoramente para los que creen en el servicio público como instrumento de atención a los intereses generales de la sociedad. El referido autor al respecto explica que

[...] sintetizando la evolución de los servicios públicos desde su nacimiento con la monarquía absoluta hasta nuestros días, puede afirmarse que se está cerrando el ciclo vital de este poderoso instrumento de gobierno y administración, construido en la Europa continental en los últimos siglos sobre las ideas de gestión directa por funcionarios, monopolio y carácter nacional, las cuales están desapareciendo en nuestros días por las contrarias ideas de privatización, libre competencia y globalización económica que socavan los fundamentos del Estado de bienestar. Una señal más de la crisis del derecho público (Parada, 2002: 423-424).

En coherencia con lo anterior, podemos observar que el servicio público es entonces el resultado jurídico de compromisos políticos, ideológicos, económicos y sociales, en el inicio de la era moderna. José Luis Meilán refuerza esta idea al describir al servicio

público como «una actividad de prestación de contenido económico, que caracteriza al mundo emprendedor de la incipiente burguesía» (Meilán, 2006: 12). En base a esto, el mismo autor explica que la gestión privada, mediante la figura de la concesión, es connatural a los servicios públicos «como técnica que proporciona un título habilitante a la Administración Pública» (Meilán, 2006:13).

3.3.1. Las concesiones de servicios públicos

La transformación del Estado en cuanto a la horizontalidad o la verticalidad en la toma de decisiones, la intervención económica o el *laissez faire*, la reducción o no del aparato estatal, etc., son algunos de los temas más debatidos en torno a la gestión pública en la actualidad. En este contexto el derecho administrativo en general y los servicios públicos en particular comienzan a mostrar algunos cambios. Principalmente se observa como estos servicios se orientan hacia dos caminos: las privatizaciones (dejan de ser servicio público) y el servicio público concesionado. Ese derecho administrativo que en su momento vio como el servicio público era monopolio exclusivo del Estado, hoy se enfrenta a un nuevo panorama donde toman protagonismo figuras que anteriormente no tenían tan marcado, como es el caso de las concesiones de servicios públicos.

Podemos definir a la concesión de servicio público como la «convención por la cual una persona pública (concedente) encarga a otra persona (concesionario) la explotación de un servicio público mediante una remuneración determinada por los resultados financieros de la explotación» (Laubadère, Moderne et Delvolvé, 1995: 297).

El contrato de concesión presenta algunas particularidades respecto a otros contratos administrativos (Pierre, 2005: 2). Por una parte, algunas de las cláusulas de este contrato son puramente contractuales (condiciones financieras, subvenciones, aportes responsables, entre otras); y por otra parte, tiene cláusulas que son consideradas como reglamentarias (organización y funcionamiento del servicio público concedido).

Queda claro que el objeto del contrato referido es otorgar al concesionario la explotación de un servicio público. En los inicios de esta figura jurídica los servicios públicos que usualmente se concesionaban eran los industriales y los comerciales, como por ejemplo, los servicios eléctricos, de gas y de agua. Posteriormente esta figura se ha ampliado a otros servicios públicos administrativos tales como autopistas, túneles, puentes, peajes y servicios públicos hospitalarios (Pierre, 2005). Tanto en un caso como

en el otro, el concesionario recibe la integralidad del servicio público correspondiente, y debe administrarlo en su nombre y por su cuenta¹².

Existen algunas corrientes que difieren de la idea de que la concesión de servicios públicos sea una convención o contrato. Posteriormente explicaremos en forma breve las distintas corrientes, comenzando por la que se alinea a la idea de que la concesión administrativa es un contrato; continuando con la que declara que es un acto administrativo; y por último la corriente mixta.

3.3.1.1. La concesión de servicios públicos como un contrato

Los autores que afines a esta idea explican la concesión como el acto de naturaleza contractual conforme al cual una persona distinta al concedente aporta medios financieros para la realización de una actividad competencia de la Administración Pública. Para ello, la persona distinta (concesionario) realiza las obras e instalaciones necesarias para prestar al público el servicio acordado con la Administración durante un determinado período, cumpliendo con lo estipulado en los reglamentos establecidos para la actividad.

De cualquier forma, introducir la naturaleza de la concesión en los contratos de derecho civil es algo sin dudas complejo, por lo que, algunos estudiosos, propusieron que «no se trataba de cualquier tipo de contrato privado, sino de una forma especial, se trataba, de contratos de adhesión» (de la Fuente, 1998: 8). De esta manera quienes comparten esta idea afirmaban que una de las partes, la administración (concedente), fija las cláusulas del contrato y la otra (concesionario) solo puede aceptar o rechazarlas, sin contar con la oportunidad de modificar, o de cualquier forma intervenir en la redacción o contenido de las mismas.

3.3.1.2 La concesión de servicios públicos como un acto administrativo unilateral

La idea de la concesión de servicios públicos como un acto administrativo unilateral nace como crítica a la naturaleza contractual de esta figura, fundamentándose en que las concesiones se encontraban reguladas en las leyes, mientras que los contratos son la expresión de acuerdos bilaterales. Explicaban además que la concesión no podía ser

¹² Esto explica que el contrato de concesión de servicio público es un contrato de tipo administrativo. Los contratos administrativos son aquellos que implican la participación del co-contratante en la administración y ejecución de un servicio público, según la teoría general de la contratación administrativa.

entendida como un contrato porque no había negociación entre la administración y el particular, sino que era un acto administrativo de otorgamiento de la administración a los particulares, donde no había negociación de las condiciones.

Es así que se llegó a considerar que la facultad discrecional de la administración de decidir a quién conceder la explotación de un servicio público, es la base fundamental sobre la que se sustenta la naturaleza jurídica de esta figura. Sin embargo, se puede observar como en diversos ordenamientos legales existe la obligación de las administraciones de publicitar una convocatoria (concurso) antes de proceder al otorgamiento de una concesión. Esta situación no elimina el carácter unilateral del acto ya que las condiciones del servicio siguen siendo establecidas por la Administración sin estar sujetas a negociación, pero sí tiende a disminuir la arbitrariedad en la toma de decisiones.

3.3.1.3. La concesión de servicios públicos como un acto mixto.

Esta última corriente, denominada mixta o ecléctica, lo que hace es aglutinar las dos corrientes anteriores en una sola. Es por ello que para esta corriente la concesión de servicios públicos se compone de dos momentos:

1. El primer momento transcurre cuando la administración da a conocer la convocatoria o concurso para concesionar un determinado servicio a un particular. Este momento es considerado como un acto administrativo.
2. El segundo momento es cuando se establecen o regulan las relaciones entre el concedente y el concesionario, una vez concesionado el servicio. Este momento es netamente contractual.

3.3.2. La actividad notarial y la concesión de servicios públicos: principales similitudes.

Afirmar que la actividad notarial en el Ecuador es una concesión de servicio público en puridad, sería demasiado osado y seguramente errado. Sin embargo, creemos que existen importantes puntos en los cuales convergen ambas figuras en correspondencia con lo establecido en la legislación nacional, y que pueden ilustrar como efectivamente nos encontramos en un momento de transformación del derecho administrativo y los servicios públicos.

Anteriormente habíamos señalado que la actividad notarial es un servicio público por definición, reconocido en la Constitución de la República como tal (Art.- 199) y en la Ley Orgánica del Servicio Público (Art.- 83). Este servicio público es prestado por un órgano auxiliar de la Función Judicial, el cual el COFJ (Art.- 296) define como el Notariado. El Notariado como figura es una ficción jurídica, ya que no es una institución física como pudiera pensarse al leer el artículo 296 del COFJ, sino que es la función realizada por el conjunto de notarios de un territorio determinado, en este caso en la República del Ecuador.

Relativo al ingreso al servicio notarial, la legislación establece que este se realiza por medio de un concurso de oposición y méritos convocado por el Consejo de la Judicatura (Administración Pública), el cual es sometido a impugnación y control social (Art.- 298 COFJ). Creemos que este es el primer punto en común importante entre la función notarial y la concesión de servicios públicos, ya que ambas se realizan con un procedimiento muy similar, donde la administración pública concede a un privado, mediante convocatoria a concurso, la prestación de un servicio.

Respecto a la duración en el ejercicio de la función notarial (servicio público), la Constitución (Art.-200) y el COFJ (Art.- 300) establecen que el período será de seis años, el cual se puede ampliar a seis años más si se reelige a los notarios por una vez. Aquí también se encuentra un punto coincidente entre ambas figuras; en el caso de la concesión es fijado por la administración (concedente) en el contrato, mientras que a los notarios les viene impuesto por un mandato legal. Es preciso aclarar que por lo general en los países que pertenecen al sistema notarial de tipo latino, los notarios ejercen la función de forma vitalicia, al menos que incurran en algunas de las causales de destitución.

El último punto de encuentro que quisiéramos destacar es el referido a los costos de administración y la forma de remuneración. Como mencionamos arriba, la administración del servicio en la concesión administrativa corre a cargo del concesionario y la administración no está obligada a realizar ninguna aportación. Además la remuneración en la concesión de servicios públicos está determinada por los resultados financieros de la explotación del servicio. Esto quiere decir que, la administración autoriza a un particular a prestar un servicio público, a nombre, cuenta, riesgo y representación del propio particular, y por esa autorización recibe un porcentaje de las ganancias obtenidas.

De similar forma se encuentra regulado el mecanismo de remuneración de las notarias y los notarios ecuatorianos. El referido artículo 304 del COFJ establece que los notarios asumen los costos de la administración de su despacho, su propia remuneración y las de su personal en función a la recaudación directa que realizan por conceptos de tasas. Estas tasas son fijadas por el Consejo de la Judicatura, órgano que también determina los porcentajes de participación del Estado en cada uno de los servicios que presta el notario (Art.- 303 COFJ y Art.- 1 del Reglamento del sistema integral y tasas notariales). Los valores que le corresponden al Estado se calculan sobre los ingresos brutos percibidos cada mes por los notarios, por lo que de la diferencia restante la notaria o el notario asume los costos de administración general de su despacho, el cumplimiento de las obligaciones laborales de su personal y su propia remuneración. En el caso de que el monto aludido no alcance para satisfacer las obligaciones mencionadas, el Estado no eroga valor alguno (Art.- 17 y Art.- 18 del Reglamento del sistema integral y tasas notariales).

Si bien es cierto que relacionar la función notarial con el contrato de concesión de servicios públicos es algo arriesgado, no es primera ocasión que se realiza en el país. En la revisión efectuada de la jurisprudencia, pudimos observar como en el juicio de impugnación, tramitado como expediente de casación 2853, se hace mención a que la actividad notarial es una concesión. Este juicio fue seguido en contra del Servicio de Rentas Internas (SRI) en virtud de la demanda de anulación de la Resolución del SRI 638¹³ de 2006, la cual prosperó, y que fue interpuesta por el Presidente del Directorio Nacional de la Federación Ecuatoriana de Notarios. Específicamente, la parte demandada (SRI) utilizó como argumentos de hecho y de derecho en contra de la demanda interpuesta y a favor del mantenimiento de la Resolución 638, que la actividad notarial es una actividad empresarial unipersonal, que ha sido concesionada o entregada por el Estado a cambio de una contraprestación mediante el cobro de valores monetarios a los usuarios del servicio.

Sin lugar a dudas esta fue una buena oportunidad para que los jueces se expresaran respecto a si consideraban que la actividad notarial era una especie de concesión de servicios públicos. Sin embargo, no lo hicieron, y los jueces solo se limitaron a referirse a que los notarios no son una especie de sociedad conforme a lo

¹³ La Resolución SRI 638 de 2006 establecía la obligación para los notarios y registradores mercantiles de llevar contabilidad y cumplir con las disposiciones establecidas en la Ley del Régimen Tributario Interno.

establecido en la Ley de Régimen Tributario Interno, esquivando la posición del SRI sobre que era una actividad concesionada.

CONCLUSIONES

La historia de la evolución de la figura del notario muestra como la figura se ha ido adaptando a las diferentes etapas históricas y se ha complejizado, sobre todo en los últimos setenta años. Estos cambios y adaptaciones se han dado a la par de la transformación del aparato estatal y sus funciones, al punto en que hoy es posible plantearse la idea de que la función notarial sea concesionada.

Resulta claro que el notario no cumple con las características de los demás servidores públicos sin importar el rango que estos tengan; no se encuentran en una relación laboral con ninguna institución de la administración pública; no pertenecen a la carrera del servicio público; no reciben salario ni dependen del Estado para realizar sus funciones, por lo cual el Estado tampoco responde por sus actuaciones; y su nombramiento se realiza mediante examen de oposición en un concurso. El único elemento que comparten los notarios y los funcionarios, está dado en la prestación de un servicio público, pero en la actualidad existen otras figuras que prestan servicios

públicos sin ser funcionarios, como es el caso de los concesionarios de servicios públicos.

Tal vez sea por una cuestión de costumbre que en el país se continúe incluyendo al notario dentro del cuerpo de los servidores públicos, sobre todo porque la Ley Notarial data del año 1966, pero lo cierto es que cada vez más guardan menos semejanzas. La doctrina y la jurisprudencia, sobre todo en países de la región como Colombia y México, están de acuerdo con la idea de que los notarios no son funcionarios públicos, sino que son profesionales del derecho a los cuales el Estado confía una función pública.

Coincidimos con la idea anterior entendiendo que los notarios son profesionales del derecho privados investidos de una función pública (dar fe de los actos y negocios jurídicos que redacta en sus documentos, así como aconsejar jurídicamente a quienes solicitan sus servicios), pero no obstante, creemos necesario atreverse a plantear nuevos estudios que analicen la naturaleza de la prestación de la actividad notarial en nuestros días, tal como el estudio que hemos realizado de la figura o contrato de concesión de servicios públicos y sus similitudes con la actividad notarial. Contrario a lo que pudiera pensarse por algunos estudiosos del Derecho Administrativo, la concesión del servicio público no supone una huida del derecho público, hacia el derecho privado; lo que ha venido a suponer es un cambio de régimen jurídico en los servicios públicos que eran realizados por la Administración y estaban sometidos de manera exclusiva y excluyente al derecho público y que ahora pasan a estar regulados por un régimen mixto, en donde concurren en su aplicación el derecho público y el privado, todo ello, en razón de los nuevos fines del Estado.

BIBLIOGRAFIA

- Aguilar Basurto, Luis Arturo
2013 La función notarial: antecedentes, naturaleza y nuevas tendencias de la función notarial. Madrid: Universidad Complutense de Madrid
- Araujo Juarez, Jose
1993 «Contratos de gestión de servicios públicos: régimen jurídico y modalidades. En *Revista de la Fundación Procuraduría General de la Republica*, No. 8. Caracas.
- Arguello, L. Rodolfo.
1976 Manual de derecho romano. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.
- Arredondo, Francisco X.
2001 «El notariado en el mundo y su proyección hacia el futuro». En *Revista de Derecho Notarial*, sept 2000 – abril 2001. México.
- Bañuelos Sánchez Froylán

- Derecho Notarial. México: Editorial Cárdenas.
- Blanquer, Roberto
2006 «Sistemas notariales». La Habana: Editorial Ciencias Sociales.
 - Carnelutti, Francisco
1954 La figura del notariado. Madrid: Editorial Reus.
 - Carral y de Teresa, Luis
2005 Derecho notarial y derecho registral. México: Editorial Porrúa S.A. de C.V.
 - Castelnuovo, Franco et als
2010 El notario, profesional capacitado, hombre ético y socialmente responsable, al servicio de los derechos de las personas. Ponencia presentada en la XIV Jornada Notarial Iberoamericana. República Dominicana.
 - Cerqueira, Daniel A.
2007 As origens históricas da concepção de sistema no direito privado. Brasil: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.
 - Chico González, Luis A.
2006 Notario Público y Notary Public. México: Universidad Iberoamericana de León.
 - Colectivo de Autores
2007 «El notariado: institución mundial». *Ponencia de la República Argentina para el XXV Congreso Internacional del Notariado*. Madrid.
 - David, René
2010 Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos. México: UNAM
 - De Fumichon, Bruno de Loynes
2013 «Introduction au droit compare». En *Journal de Droit Compare Du Pacifique*, París.
 - De la Fuente, Alejandro
1998 La naturaleza jurídica de la concesión administrativa. México: Colegio de Veracruz.
 - De Prada, José Ma.
1994 «Los sistemas notariales anglosajón y latino». En *Revista de Derecho Notarial mexicano*. No. 106, Asociación Nacional del Notariado Latino A.C.
 - Di Cagno, Vittorio

- 2001 «El papel social y humano del notariado latino». En *Revista del Colegio de Notarios de Lima*, año XI, No. 11.
- Duguit, Leon
1927 *Traité de droit constitutionnel*. París.
 - Figa, Luis
1973 «La función social del notario». En *Revista de Derecho Notarial*. Año LXXIX.
 - Hernández-Mendible, Victor Rafael
1999 «La concesión de los servicios públicos y la concesión de obras públicas». En *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, No. 113. Caracas: Universidad Central de Venezuela.
 - Jézé, Gastón
1948 *Principios generales del derecho administrativo*. México.
 - Laubadére, André
1980 *Traité de droit administratif*. París.
 - Laurini, Gerardo
2005 «Perspectiva del notariado ante el mundo moderno». En *Revista Notarial*, No. 950, Madrid.
 - Llamas Pombo, Eugenio
2002 *Orientaciones sobre el concepto y el método del derecho civil*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
 - Mairal, Héctor A.
1993 «La ideología del servicio público». En *REDA*, N°14, Buenos Aires: Ediciones LexisNexis.
 - Morales, Francisco de P.
1978 *Historia del Notariado*. México: UNAM.
1994 *El notariado su evolución y principios rectores*. México: Asociación Nacional del Notariado Mexicano A.C..
 - Nuñez Lagos, Rafael
1916 *Estudios de Derecho Notarial*
 - Pacheco Salazar, Alfredo
1983 «Derechos, deberes y responsabilidades de los funcionarios públicos». En *Revista de la Contraloría General de la República*. No. 36. San José de Costa Rica.

- Pérez Fernández del Castillo, Bernardo
1983 Derecho Notarial. México: Editorial Porrúa.
- Pondé, Eduardo Bautista
1967 Origen e historia del notariado. Buenos Aires: Editorial De Palma.
- Rios Hellig, Jorge
2002 La práctica del Derecho Notarial. México: Ed. Mc. Graw Hill.
- Rodríguez Otero, Lino
2005 Cuestiones de derecho inmobiliario. Madrid: Ediciones jurídicas DIJUSA.
- Rodríguez Adrados, Antonio
1996 «Personas con derecho a copia». En *Estudios Jurídicos IV*. Madrid: Consejo General del Notariado español.
1998 «Los componentes públicos de la función notarial». En *revista Jurídica del Notariado*, No. 25, enero-marzo.
- Rojas, María del Pilar
2003 El ejercicio privado de la fe pública notarial: examen jurídico – administrativo. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- Salas Marrero, Oscar
1973 Derecho Notarial de Centroamérica y Panamá. San José: Editorial Costa Rica.
- Sánchez, Eduardo
2008 Percepción del Servicio Público. México: UNAM
- Silva Lima, Claudio Ricardo
2014 Fundamentos do sistema jurídico romano-germânico: origem, atributos e aproximação com o sistema anglo-saxônico. En *Conteúdo Jurídico*, Rio de Janeiro.
- Simó Santonja, Vicente L.
2007 El Notariado Español en los Siglos XII y XIV. Madrid: Colegios Notariales de España.
- Siri, Julia
2005 El ejercicio de la función notarial en América en la actualidad y los principios del notariado latino 2005. Reuniones Plenarias de la Comisión de Asuntos Americanos.
- Vallet de Goytisolo, Juan B

1957 «La misión del notario». En *Revista Internacional del Notariado*, No. 33, enero-marzo.

1978 «La función notarial de tipo latino». En *Revista de Derecho Notarial*, No. C, abril-junio.

- WEBER, Alfred

1992 *Historia de la Cultura*. México: Fondo de Cultura Económica.