

PRÓLOGO

SI BIEN TENEMOS TESTIMONIOS DE LA EXISTENCIA DEL NOTARIO EN SUS DIFERENTES FORMAS DESDE LA ÉPOCA DEL ANTIGUO IMPERIO EGIPCIO, ESTA TRADICIÓN SE HA MANTENIDO COMO LA TRANSCRIPCIÓN DEL DESEO DE LAS PARTES, MÁS SIN EMBARGO SI BIEN, EN INICIO, Y COMO SE LO HACÍA EN EGIPTO, ERA LA TRANSCRIPCIÓN EN CUERO DE ANIMAL, PARA QUE QUEDE GUARDADA, CON EL TIEMPO SE FUERON UTILIZANDO OTROS MATERIALES, Y SE FUERON COMPLEMENTANDO CON OTROS REQUISITOS, MISMO QUE SE HAN ADAPTADO A CADA REALIDAD EXISTENTE EN SU MOMENTO.

AHORA MISMO EL SISTEMA NOTARIAL ATRAVIESA DESDE LA PANDEMIA UNA URGENCIA DE MODERNIZACIÓN PARA PERMITIR LOS ACTOS TELEMÁTICOS, MISMO QUE SI BIEN SE REFORMÓ LA LEY NOTARIAL EN LA PANDEMIA, LA REFORMA FUE INCOMPLETA, LO QUE LIMITA A LOS NOTARIOS SU ACTUACIÓN DEBIDO AL LÍMITE DE SU JURISDICCIÓN, Y EN LA ACTUALIDAD, YA EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA GUILLERMO LASSO LOGRÓ PASAR UNA REFORMA EN LA ASAMBLEA, LUEGO DEL ARCHIVO DE LOS CUERPOS LEGALES COMPLETOS QUE FUERON POR EL PRESENTADOS, PERO LA MISMA TAMPOCO ABORDA

EL TEMA DE JURISDICCIÓN, HABRÁ QUE HACER ALGUNA CONSULTA PARA LIBERAR AL NOTARIO Y PODER HACER ACTOS TELEMÁTICOS, O HABRÁ QUE REFORMAR NUEVAMENTE LA LEY NOTARIAL.

DE LA MISMA MANERA EN LA ACTUALIDAD YA SE HABLA DE LOS TESTAMENTOS ANTICIPADOS, Y AÚN EL CONGRESO NO CONOCE LA PROFUNDIDAD DE LOS TESTAMENTOS ANTICIPADOS Y SU BENEFICIO, Y LA URGENCIA PARA PERSONAS CON ENFERMEDADES CATASTRÓFICAS COMO EL ALZHEIMER, EN FIN ESTE TEMA “LA UNIDAD DE ACTO NOTARIAL”, ES OTRO APLAZAMIENTO DE LA LEGISLATURA, MISMA QUE CONLLEVA A QUE EN ALGUNOS TRÁMITES SE VIOLE LA LEY FLAGRANTEMENTE, POR CONSIDERAR QUE AÚN ES NECESARIA LA UNIDAD DE ACTO.

EN ESTE FOLLETO SE ABORDA LA URGENCIA DE LA MODIFICACIÓN EN LA LEY NOTARIAL DE LA FIGURA JURÍDICA LLAMADA “UNIDAD DE ACTO”, Y LLEVARLA A LO QUE SE CONOCE COMO ACTOS SUCESIVOS; Y, LA JUSTIFICACIÓN REAL DEL CAMBIO, MISMO QUE SERVIRÁ PARA QUE ESTUDIANTES CONOZCAN DE ESOS CUELLOS JURÍDICOS DE LA LEY Y PARA FOMENTAR EN LA LEGISLATURA EL CAMBIO Y REFORMA A ESTA IMPORTANTE LEY ESPECIAL, QUE ES LA LEY NOTARIAL.

QUE LO DISFRUTEN Y LO APROVECHEN.

MSC. ELIZABETH CÁRDENAS CORONADO.

DEDICATORIAS Y AGRADECIMIENTOS

ESTE DOCUMENTO DEDICO AL
PAÍS QUE ME DIO UN LUGAR
DÓNDE VIVIR, DÓNDE CRECER Y
DÓNDE APRENDER.

A MI HIJA QUE ME PERMITIÓ
SEGUIR COMO MADRE Y
PROFESIONAL SIN AFECTAR SU
DESARROLLO.

A MIS PADRES POR HABERME
PERMITIDO NACER Y CRECER Y
CONTAR CON SU AYUDA SIEMPRE.

A MIS AMIGOS QUE ME HAN
SOSTENIDO EN TIEMPOS
TURBULENTOS.

CON EL DESEO, QUE LOS
COMPATRIOTAS AMEN SU PAÍS Y
LABOREN POR EL BIEN DEL
ECUADOR Y SUS CIUDANANOS.



INTRODUCCIÓN

La obra que se presenta a continuación tiene por objetivo dar a conocer al lector los problemas que surgen de la Ley Notarial, respecto a lo que se conoce como “Unidad de Acto Notarial”, tema que genera inconvenientes para el Notario, puesto que incurre en una falta grave según mencionada legislación; además de aportar de manera significativa a la academia y a los colegas Notarios; en líneas posteriores se desarrollará de una manera más amplia y fundamentada tanto a la ley como a la “Unidad de Acto Notarial”.

Desde la concepción de la vida misma las sociedades, civilizaciones, ciudades, han tenido maneras y formas de organización, sea política, social, cultural o económica, de igual manera han existido personas encargadas de llevar a cabo todos los asuntos relacionados a la administración de justicia, asuntos civiles, siendo los últimos los principales para el desarrollo del presente tema.

En la antigüedad no existía un notario como tal, sino que más bien existían los llamados escribanos, que cumplían funciones de notario, habiendo de varios tipos y nombres, tengan el nombre que tengan, cómo lológrafo, síngrafo, cantularios y otros, siempre han sido una figura importante dentro de las sociedades, antiguas y modernas.

Bajo este panorama se estudia el principal inconveniente que atraviesan a diario los Notarios, este es “La Unidad de Acto Notarial” es un tema de vieja data, pues, se sabe que en el antiguo Egipto se realizaban estas prácticas. Ahora bien, este principio en la actualidad, priva de libertad a los abogados Notarios dentro de sus funciones, pues se concibe que deben suscribir todas las partes, en una misma unidad de tiempo y espacio, traduciendo a esta concepción como el hecho de que para cualquier trámite que se realice en una notaría, todas las personas involucradas deberán estar obligatoriamente presentes el mismo día, a la misma hora y en el mismo lugar. Situación un tanto irreal, utópica si se quiere decir, pues,

existen actos en donde no es necesaria la presencia de todas las partes, pues los arreglos y acuerdos son anteriores y se perfeccionan con su firma o, por ejemplo, en el tema de divorcios, las partes prefieren que se realicen los trámites en distintos horarios para evitar cualquier tipo de conflicto que se pueda suscitar en algunos casos.

Por ende, se hace necesario un cambio, una reforma a la Ley Notarial, ya que el notario está cayendo en delito de falsedad, pues, en la realidad, en casi todos los Notarios no pasa esto.

En la actualidad en la que vivimos no nos podemos dar el lujo de caminar siempre un paso atrás de lo que pasa en el resto del mundo, debemos ser entes de cambio, mentalidades nuevas, visiones de ver el mundo de una manera distinta, la sociedad debe ir a la par de los cambios que resultan del paso del tiempo, es por ello que se requiere que si bien, las leyes hacen que el profesional del derecho se guíe de mejor manera, deben cambiar, modificarse en algún punto para el bienestar de toda la sociedad en general.

CAPÍTULO 1

UNA MIRADA AL MUNDO NOTARIAL

1.1 Antecedentes

El mundo cambió, la globalización es un hecho, y con ello el mundo de las comunicaciones, estos cambios lograron una trazabilidad en las actividades de las personas, cambiando la forma en que vivimos; uno de los hitos más identificables en este cambio es el internet; con el internet, pasamos de la carta al mail, de enviarnos comunicaciones que tomaban seis meses en llegar de un destinatario al otro, a comunicaciones casi instantáneas entre seres sin importar la distancia, y la capacidad de comunicarnos entre Ecuador y China, Ecuador y Europa y en Quito o Guayaquil mismo, en tiempo real, una disminución impresionante de tiempo solo gracias al cambio en la tecnología de las comunicaciones, y de la noche a la mañana evolucionaron y pasaron de meses a comunicaciones prácticamente instantáneas.

El segundo hito identificado a finales del siglo veinte, como otro de los aportes tecnológicos más grandes de la evolución; fue el teléfono celular, si bien existía ya el teléfono, el teléfono celular aceleró y dinamizó las comunicaciones entre las personas, de hecho, el descubrimiento teléfono celular fue más allá, y no solo cambio la comunicación telefónica, sino que en la actualidad ha traspasado límites increíbles al fusionar el internet con el teléfono, y crear un elemento comunicacional obligatorio en las manos de cualquier persona.

Es válido recordar que previo al celular, el fax ayudó a compartir documentos escritos entre las personas, lo que facilitó conocer decisiones escritas, nuevamente dinamizando el mundo de los negocios, de las compañías, cambiando la visión empresarial, lo que hizo que las compañías, que no se actualizan en tecnología, sucumban ante la evolución.

1.1.1 Civilizaciones antiguas

La historia señala que, los años finales del Siglo XX, marcaron una real transformación en el mundo, o como lo señalan los historiadores, cambió al mundo, como era conocido hasta ese entonces. El mundo notarial es tan antiguo como la historia escrita que tenemos de nuestra civilización, y se ha mantenido similar en estos últimos cuatro mil años, lo confirmamos con la investigación publicada por la Dra. Norma Plaza de García en su libro “Escribanos y Notarios”¹, en la primera parte de su Libro, empieza mencionando a:

Egipto

Señala que dentro del Palacio del Faraón el único funcionario que era de la plebe era el escriba egipcio, y la primera escritura de la que se tiene conocimiento tenía como nombre “documento del escriba y testigo”; en esa época las minutas eran hechas en piedra caliza; esto fue comprobado ya que Ramsés II es uno de los faraones más conocidos por la cantidad de restos que han sido encontrados de su sepulcro, su Dinastía gobernó sesenta y seis años de 1.279 a 1.213 Antes de Cristo; el documento final del escriba era escrito en papiro.

Grecia

En Grecia, los notarios antiguos eran llamados Singrafos, Apógrafos y logógrafos, su función principal era reducir a escrito las peticiones de la ciudadanía, y los documentos públicos, también realizaban muchos escritos contables, como informes contables sobre todas cuentas que pertenecían al Estado, de la misma manera redactaban resúmenes de las Actuaciones del Estado, sus sesiones y de las diferentes estructuras gubernamentales, de transacciones gubernamentales y acontecimientos triviales e históricos, ellos lo escribían tal y como sucedía, no agregaban nada adicional, y por eso su nombre y seguridad, estamos hablando de la época Romana durante; más o menos doscientos años antes y después de Cristo.

¹ “Escribanos y Notarios” Dra. Norma Plaza de García página 1, EGIPTO. No puede haber historia notarial sin partir del escriba egipcio, único funcionario del Faraón nacido de la plebe. La primera escritura sería entonces, el llamado “documento del escriba y testigo”. Las “minutas” o borradores se hacían en piedra caliza, y el documento final en papiro.

Hasta este momento, la “Unidad de Acto Notarial” era parte del Acto Notarial, pues quien escribía era el Logógrafo o Notario o escriba, la escritura estaba reservada para muy pocas personas, a ello se sumaban las distancias que podían existir entre las partes contratantes, teniendo en cuenta las comunicaciones existentes en aquella época, estas necesidades convergían en que las partes acudan al escribano o notario para que exteriorice sus deseos, ya como actos jurídicos, como un testamento; o una transferencia de un bien; y lo plasme en un documento escrito a papel, que perdure su oferta, deseo o negociación. De ahí que la “Unidad de Acto Notarial” era un hecho inherente a la actividad del Escribano o Notario, sin el cual no era posible realizarlo, no hacía falta que este escrito en alguna norma.

Roma

El escribano era un hombre preparado, ilustrado a más de saber escribir, tenían conocimientos de leyes, y al estar presentes en las actividades de las ciudades o civitas, se convirtieron en personas ilustradas, siendo su función similar a la existente en Egipto, es decir reducían a escrito lo solicitado por las partes, y en esta función también convertían en libros las leyes que las autoridades emitían. Los escribas en roma se multiplicaron y tomaron diversos nombres conforme sus necesidades, habían para todo tipo de requerimientos, así estaban los librarius, encargados de acomodar los libros, los cartularios, notarius, en el libro “la Función Notarial en Roma” escrita por Miguel Sánchez Maluf², señala una serie de variedades de escribanos y dice que sus diferentes nombres eran: “notarii, scribae, tabeliones, tabularii, chartabulariim actuarii, librarii, emanuenses, logographi, refrendarii, cancelarii, diastoleos, censuales, lobelenses, numerarii, scriniarii, cornicularii, exceptores, epistolares, consiliarii, congnitores, apparitores, lictores, accensi, viatores, praecones, arúspices, tibirii, etc.” , también señala que el que más se ajusta a las labores actuales es el tabelión; más sin embargo parecería que el notario actual realiza todas esas actividades juntas.

Así los cerarii eran los funcionarios que escribían en tabillas de cera, los accensi eran secretarios o auxiliares de magistrados, muy parecido a la función de secretario

² SÁNCHEZ MALUF, Miguel, “LA FUNCIÓN NOTARIAL EN ROMA”, página 161.

que realizan ahora en las cortes, los sensuales eran los encargados de redactar, y registrar, lo que tenía referencia con los integrantes del senado, así llevaban sus patrimonios, sus escritos, los cuidaban, redactaban, corregían si era necesario, más que nada la parte patrimonial, su recopilación es lo llamado hoy “Derecho Pretoriano” que no es más que la recopilación de las estadísticas patrimoniales, fortuna de los senadores y la repartición de las preturas, conocida como los edictos del pretor, que es el patrimonio y su repartición de los senadores romanos, repartían los edictos del pretor. Los escribas fiscaliis eran los encargados de la Hacienda Pública; los librerii eran los bibliotecarios, los notarii, eran quienes copiaban, dicen que lo hacían muy rápido; los accensi ayudaban a magistrados del imperio; el scribae custodiaba documentos y ayudaba al pretor conocido como diputado o asambleísta en la actualidad, su característica, es que era libre, el notarii o notarius receptaba y redactaba en papel lo que decían las personas, como el taquígrafo antiguo; el tabularius realizaba en cera las cubiertas de texto; y escribían o tabulaban como su nombre indica los resúmenes de contaduría que pertenecía a la administración pública o central, es decir municipios o lo que se conoce como ministerios; también registraban nacimientos y estado civil. Las funciones de cada uno de ellos estaban escritas en la Lex de Scribis, Victoribus o Procenibus, para de la Ley Cranelia Sullae; de dónde se conoce que tenían una remuneración y habitación; siendo una labor tan necesaria ya en estas civitas organizadas, su popularidad se extendió al mundo latino, Francia y España.

Justiniano cambió las leyes, más mantuvo muchas de las funciones de los escribas, sus funciones constan en el Corpus Juris Civilis de Justiniano. Situados históricamente antes de Cristo y hasta el Siglo III Después de Cristo D.C., en que Roma pasó de ser una República a ser un Imperio; nos encontramos ya con leyes que determinan las actividades de los notarios, y se advierte, al igual que lo señala el Código Orgánico de la Función Judicial³ ecuatoriana, en la época actual, que los

³ CODIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL. Art. 296: NOTARIADO. - El Notariado es un órgano auxiliar de la Función Judicial y el servicio notarial consiste en el desempeño de una función pública que la realizan las notarias y los notarios, quienes son funcionarios investidos de fe pública para autorizar, a requerimiento de parte, los actos, contratos y documentos determinados en las leyes y dar fe de la existencia de los hechos que ocurran en su presencia. El ejercicio de la función notarial es personal, autónomo, exclusivo e imparcial.

Notarios, son auxiliares de la parte pública y siendo realistas, porque no decirlo también, son auxiliares para la ciudadanía. Es en Roma dónde se manifiesta por primera vez en forma escrita, ya en derecho positivo esa práctica notarial, con el nombre “Unitas Actius”, y lo encontramos en la Ley Aquilus Romana, bajo el Imperio de Roma, y en esta ley, el formalismo para la transmisión de una propiedad, revestía de una importancia, que la ausencia de uno de ellos ocasionaba la nulidad, en esta etapa histórica encontramos el nacimiento del Acto Notarial, y ya se identifican las etapas del mismo Acto Notarial. Argentino Nure, en su libro “Tratado de Derecho Notarial”⁴ nos dice que los formalismos que se exigían en el Imperio de Roma eran el nexium, la stipulatio, la mancipatio y la in iure cessio; nos dice que la stipulatio consistía en la presencia de las partes, y en el consentimiento.

Otra institución jurídica que exigía esta “Unidad de Acto” en el Imperio de Roma era el testamento, denominado “Per aes et Libram” dónde se exigía que al mismo tiempo estén tanto el testador como sus siete testigos, y una vez suscrito se colocaban los sellos de forma inmediata. En la Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay en la Quinta Jornada Notarial Uruaya, realizada en diciembre de 1952, encontramos la ponencia de Esc. Julio r. Bardallo y Esc Adhermar Carámnula⁹ quien habla de la "Unidad de Acto Notarial", y recoge lo señalado en la Novela 45 del Emperador Justiniano, y lo recoge como el texto de mayor trascendencia del derecho romano, dónde ya se ubica la parte formal de la “Unidad de Acto”, y la reproduce de la siguiente manera:

“Pues nosotros creemos que es conveniente auxiliar a todos, y hacer una ley común, para todos los casos, a fin de que a los mismos que están al frente del trabajo de los Notarios se les imponga de todos modos, que formalicen por sí el documento, y que estén presentes hasta que se acabe y no se ponga al documento la conclusión (et nonaliter inponatur carta: completio), de otra suerte, si no se hubieran hecho estas cosas, a fin de que tengan medio de conocer el negocio e interrogados por los jueces puedan saber lo que siguió y responder, principalmente cuando no sabe

⁴ NERI. Argentino I. “TRATADO TEÓRICO Y PRÁCTICO DE DERECHO NOTARIAL” Volumen 3, ediciones Depalma Buenos Aires. 1970. Página 819.

de letras los que encargan tales cosas, en quienes es fácil e incontrarrestable la negación de lo que verdaderamente se hizo....” Se sanciona la omisión con la pérdida de la plaza, hoy diríamos Notaria y equivaldría a la desinvestidura”. El antiguo Israel, varios siglos Antes de Cristo, también contaban con los escribas que fueron fundamentales dentro de su religión, aparte de su vida político y social, pues la Torah, o libro de la ley, tenía las normas con las cuales coexistía su sociedad; así que los escribas debían copiar la Torah, respetando las normas que se les exigía; la Torah era escrita en pergaminos de cuero de animales, su escritura debía ser simétrica respetando las separaciones, acentos y no debía existir errores, o no se aceptaban las copias.

El pueblo judío tenía tres tipos de escribas, los de la ley, los del pueblo y los comunes; los de la Ley eran muy respetados, eran prácticamente intérpretes de la ley, hay escribas que constan en la Biblia y han trascendido en la historia, como son Hillel, Sammai y Gamaliel que fue el maestro de San Pablo; son identificados también y se los recuerda por haberse hecho a los fariseos y despreciar a Jesús. Los escribas del pueblo eran sus magistrados, y los escribas comunes eran los secretarios normales de hoy. En la Antigua Palestina, Antes de Cristo, el escriba era conocido por interpretar la ley, lo que hace ahora la Corte Constitucional y la Asamblea; al igual que en el pueblo de Israel, más sin embargo esta trascendencia y Autoridad disminuyó rápidamente con los años, después de Cristo, el Escriba fue un auxiliar, como lo es hasta ahora.

Ya situados en la Edad Media nos encontramos con los escribas en España, éstos ya contaban con leyes escritas claras, quienes adoptaron muchas de las leyes del pueblo Judío, quienes poblaban la península Ibérica desde el Siglo III, lo que generó inclusive guerras de creencias en el Siglo V, y así en el Ordenamiento de Alcalá dice que el Testamento hecho por escribano “deben y ser presentes a lo ver otorgar tres testigos a lo menos”; de la misma manera se encuentran en las leyes de Alfonso X, dónde en la Ley 3ª, Rótulo I de la Partida Sexta, cuando ordena que “non se metan entremedio otros hechos extraños fasta que lo hayan acabado”, en la Ley de

Alcalá de 1503 se señala la necesidad de la “No Interrupción” desde la lectura hasta la firma del autorizante.

Pasando a la era de la Modernidad, el Código Civil español, en su Artículo 699 dispone: “Todas las formalidades expresadas en esta Sección se practicarán en un solo acto, sin que sea lícita ninguna interrupción, salvo la que pueda ser motivada por algún accidente pasajero”, La Ley Notarial de España⁵ no señala nada sobre la “Unidad de Acto Notarial”, sin embargo, la jurisprudencia, a partir de una célebre Sentencia de 5 de junio de 1894, manifestó: “Qué partes del Acto Notarial que el testamento inicia con su lectura”. Más con la publicación del reglamento de 30 de diciembre de 1862, en su Artículo 81 se señala lo siguiente: “la presencia de los testigos se requiere para la lectura, consentimiento y firma, que tendrá lugar en un solo acto”; más en la Reforma del mismo Reglamento el 8 de agosto de 1935, ya no consta la frase “En un solo Acto”.

En América las Leyes de Indias primero venían directamente de España, del Rey, y dada la dificultad de dirigir desde España a Indias y de las diferencias de legislación, el Rey se vio en la obligación de elaborar leyes diferentes para América, y así vinieron las primeras leyes en 1540, dónde ya se remitieron las primeras normas para los escribanos.

La Doctora Norma Plaza de García⁶ en su investigación que realizó en La Universidad Católica de Guayaquil, publicada en mayo de 1982 la revista Historia del Derecho, ejecutó una recopilación de las leyes de América, en el Tomo Segundo de la Recopilación de Leyes de Indias de Carlos II, se encuentra lo siguiente relativo al nombramiento de los Escribanos: “Su nombramiento.- en el Reino de Castilla: ni los Virreyes y Justifias, ni los Presidentes de Audiencias, visitas o residencias, Gobernadores, Alcaldes ordinarios, etc., podían nombrar Escribanos perpetuos o por tiempo limitado, quienes debían obtener el título y la Notaría del Rey, directamente despachando por el Consejo de Indias, según norma emanada del Rey Felipe II en Madrid, el 5 de agosto de 1565, el 19 de diciembre de 1568 y 16 de

⁵ Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862.

⁶ PLAZA DE GARCÍA, Norma. “ESCRÍBANOS Y NOTARIOS”, Editorial Luis Pérez Larain 1990. Ecuador.

octubre de 1570". También señala ya una pena por contravenir sus normas, y así transcribo: "Pena por contravención.- Todos los autos judiciales, y extrajudiciales, escrituras públicas, testamentos, notificaciones, y los demás que se deban hacer ante Escribanos, en que intervengan su fe, legalidad, y autoridad, pasen y se otorguen y actúen precisamente ante los Escribanos Públicos y Reales, que tienen o tuvieren título o notaría de los señores Reyes, nuestros progenitores, o nuestro, despachado por el Consejo de Indias, y ninguno que hubiere oficiado de Escribano por nombramiento de los Virreyes, Gobernadores, Audiencias, y las demás justicias referidas, sea permitido a proseguir en el uso y ejercicio del dicho oficio, so pena de quinientos pesos por la primera vez y de ochocientos pesos por la segunda y si reincidiere hasta la tercera, no sólo se ejecutará en ellos la pena pecuniaria referida, que aplicamos a nuestra Cámara, Juez y Denunciador, por Tercias partes, sino de la seis años de destierro del Reino, o Provincia donde se hallaren. Y todos los instrumentos, escrituras, autos judiciales, y extrajudiciales, en contravención de esta nuestra Ley, no tengan valor, ni efecto, ni se puedan presentar en juicio, ni fuera de él, púes faltando la forma substancial, que es defecto de autoridad y aprobación nuestro al título ya dado, o que de nuevo se diere por el dicho nuestro Consejo a quien toca únicamente, no pueden tener efecto, ni valor alguno..."

Las Leyes de Indias también crearon varios tipos de escribanos, como los escribanos Públicos, Escribanos Reales, Escribanos de Cabildo; Escribanos de Cámara; cada uno tenía su jurisdicción, y las mismas leyes determinaban obligaciones, como que eran depositarios, que no podían actuar fuera de su jurisdicción, que eran custodios de sus archivos, que debían coser sus libros, que debían dar recibo y devolver los documentos con inventario, también tienen la obligación de sujetarse a los aranceles, que no podían litigar, no podrían intervenir en contrataciones de oro y plata, también estaba la prohibición de ser notarios a los mestizos y mulatos, y los encomenderos; más no existía ninguna obligación de que los actos sean realizados en unidad.

De la historia del Escribano, nos queda claro que su función original de alguna manera se mantiene, con la diferencia que antiguamente el Notario reducía a escrito

la voluntad de las partes, posteriormente ponía los sellos, mientras que en la actualidad la voluntad de las partes, ya viene escrita en una minuta hecha por su abogado particular, y lo que hace el Notario es agregar cláusulas, revisar los documentos y verificar su legalidad, que es una labor exigente, además poner el formato que utiliza, para la suscripción de las partes, dónde agrega su presencia como símbolo de fe para las partes; si bien en determinadas épocas como Roma, España, existieron varios tipos de escribanos, según las clases sociales por sobre todo, en la actualidad, la función del Notario mantiene una jurisdicción, pero realiza todas las actividades sin distinción si se trata que sea para la iglesia, el Pueblo, o el Estado o instituciones Estatales. En cuanto a la suscripción en "Unidad de Acto Notarial", si bien en determinada época, en el Imperio de Roma, y en España, se legisló la obligatoriedad de la "Unidad de Acto", esta no fue continua, fue una formalidad que duró legislada por muy poco tiempo; y, que al parecer fue establecida por los testamentos sobre todo, además también por la costumbre, y volviéndose esa una costumbre que se manifestaba en forma positiva, es decir en las leyes en las diferentes épocas, costumbre de ver el ejercicio del escribano o del notario de estar en una Plaza o lugar, dónde confluían las partes para que, quien sabía escribir, traslade al papel o papiro, las obligaciones de las partes, esta era forma en que trasladaba el notario o escriba a forma escrita el deseo de las partes, si recordamos esa época eran muy pocos los que podían escribir en aquellos años, de ahí la necesidad de acudir al escribano.

CAPÍTULO 2

DERECHO NOTARIAL - NOTARIO

2.1 Derecho Notarial: Conceptualización e Historia

La institución notarial calza dentro de este marco referencial del conocimiento, reconocida como una de las instituciones más antiguas que ha conocido el hombre, “su nacimiento obedece a un sinnúmero de causas y concausas que directa o indirectamente han estado ligadas desde siempre con su actuar en comunidad”. Entonces, utilizando el método fenomenológico, hemos de acoger el quehacer del notario como protagonista principal de las normas relativas a la institución notarial y recrearemos el sector de la realidad jurídica en el que se desenvuelve.

El escribano interviene casi de manera ritual y obligatoria en los negocios jurídicos de terceros, les da forma legal adecuada e imprime autenticidad; de la misma forma desarrolla su actividad en el campo de la jurisdicción voluntaria, realizando comprobaciones de hecho, en cuyo caso estamos dentro de la actividad formativa de autenticidad. (Pazmiño L., 2017)

El ilustre tratadista Oscar Salas, define al Derecho Notarial como “el conjunto de doctrinas y normas jurídicas que regulan la organización del notariado. La función notarial y la teoría formal del instrumento público” (Introducción al derecho notarial, 2021)

Siendo ésta una de las definiciones más completas, pues, encuadra las doctrinas y normas jurídicas en un conjunto y por otro lado aporta sus elementos o lo que regula,

que es: La organización del notariado; la función notarial y la teoría formal del instrumento público.

Por otro lado, se lo define como el conjunto normativo y doctrinal que regula la actividad de los funcionarios públicos denominados notarios. En buena medida se compone de reglas de Derecho privado que complementan, en su dimensión formal, las normas sustantivas del Derecho civil y del mercantil. Más que de una disciplina jurídica claramente diferenciada se trata de una agrupación normativa aplicable a la función notarial, en cuanto ésta consiste en recibir la voluntad de las partes, asesorándola en su caso, en redactar el escrito notarial correspondiente y autorizarlo con la fe pública, conservar aquél y expedir las copias interesadas. En todo caso, la función notarial se efectúa a instancia de parte y, pese a ejercerse al servicio de intereses privados, respetará siempre el interés público. (Enciclopedia Jurídica, 2020)

La definición dada en el III Congreso Internacional del Notariado Latino celebrado en París, en el año 1954, citado por Martínez J, 2016, en la obra Introducción al derecho Notarial, nos dice que es el “conjunto de disposiciones legislativas, reglamentarias, usos, decisiones jurisprudenciales y doctrinas que rigen la función notarial y el instrumento público notarial”.

Así Villalba Welsh define al Derecho Notarial como el que tiene por objeto la conducta del notario en cuanto autor de la forma pública notarial, luego vincula esta definición, a la función notarial atribuida al agente, entendida como aquella, mediante la cual se produce la forma de ciertos negocios jurídicos.⁷

Giménez-Arnau, define al Derecho Notarial como el “conjunto de doctrinas o normas jurídicas que regulan la organización de la función notarial y la teoría del instrumento público”⁸

⁷ Alberto Villalba Welsh, “El Derecho notarial a la luz de la teoría egológica”, Revista Internacional del Notariado (Buenos Aires), 1967, 199

⁸ Enrique Giménez-Arnau, “Introducción al Derecho Notarial” (Madrid: Revista de Derecho Privado, 1944), 13.

El Derecho Notarial debe integrarse, para lograr la plenitud propia de todo sistema jurídico; para adquirir una aptitud que lo habilite a resolver su problemática. Para construir un concepto del Derecho Notarial, debe expresarse claramente su objeto, tomando en el sentido de ente real y no de fin; esta es la única forma lógica de enunciar un concepto fundamental.

De esta manera, el derecho notarial tiende a la realización pacífica del derecho, en la tarea de realización del derecho, el Estado no se limita a formularlo mediante normas abstractas y declararlo en los casos concretos, sino que además colabora en la formación, demostración y plena eficacia de los derechos en su vida normal y pacífica, mediante instituciones que aseguren la legitimidad y autenticidad de los hechos y actos jurídicos y la publicidad de los derechos que de tales actos se originen.

El Derecho Notarial también puede definirse como el régimen jurídico que tiene por objeto reglar la forma jurídica y la autenticidad de los negocios y demás actos jurídicos atribuidos por la ley, para modular de modo no contencioso el interés y el derecho de los usuarios del sistema.

A lo largo de la historia han existido historiadores y juristas que no han dejado de lado el hecho de definir al derecho notarial, que como sabemos es la rama del derecho que está orientada a regular las actividades y funciones del notario, ser dador de certeza y seguridad jurídica a los hechos e instrumentos, así como a ciertos actos o tipos de contratos que se devalen ante el funcionario, por ende, es importante conocer y definir al derecho notarial para de esta manera, tener un conocimiento más amplio del tema que se abordará en líneas posteriores.

- **Teorías sobre la existencia del derecho notarial**

Teorías legalistas: que sostienen la aplicación del derecho privado a través del documento notarial o la simple dación de fe pública en los actos y contratos privados.

Teorías finalistas: que conciben la función notarial como la función legitimadora, que da realce a la seguridad jurídica preventiva y anti litigiosa.

Teorías instrumentalistas: que afirman que, la función pública, se justifica en el instrumento público, como reafirma el artículo 17.1. de la Ley del Notariado español. (Pérez de Madrid Carreras citado en Martínez, 2016)

- **Características del derecho notarial**

- a) Actúa dentro de la llamada fase del derecho, donde no existen derechos subjetivos en conflicto.
- b) Confiere certeza y seguridad Jurídica a los hechos y actos solemnizados en el instrumento público.
- c) Aplica el derecho objetivo condicionados a las declaraciones de voluntad y a la ocurrencia de ciertos hechos de modo que se creen, concreten o robustezcan los derechos subjetivos.
- d) Es un derecho cuya naturaleza jurídica no puede encasillarse en la tradicional división entre el Derecho Público y el Derecho Privado.

- **Principios en los que se sustenta el derecho notarial**

- a) Fe pública
- b) De la forma. - El Dr. Nery Muñoz, nos explica que es la adecuación del acto a la forma jurídica, dicho en otras palabras, el derecho notarial preceptúa en que debemos plasmar en el instrumento público, el acto o negocio jurídico se está documentando.
- c) Autenticación. - el instrumento público es fehaciente, consignado, comprobado y declarado por un funcionario público (Notario), esto se hace constar a través de que el notario calza su firma y sello.
- d) Inmediación. – hace referencia a que el notario debe estar siempre en contacto con las partes, con los hechos y actos que se producen para poder dar fe de ellos, en otras palabras, podemos decir que implica que el notario reciba la voluntad y consentimiento de las partes. Las firmas que deben colocarse ante el mismo entre otras circunstancias.
- e) Rogación. - el notario siempre intervendrá a solicitud de parte, no puede actuar por sí mismo o de oficio.
- f) Consentimiento. - se expresa y queda plasmado con la firma del o los otorgantes, el consentimiento debe estar libre de vicio alguno.

- g) Unidad del acto. – este principio nos explica que el instrumento público debe perfeccionarse en un solo acto, en un mismo lugar y en un mismo horario, no puede hacerse por separado, ya sean firmas de partes o cualquier otro trámite.
- h) Seguridad Jurídica. - este va de la mano con el principio de fe pública, se basa en la misma y por ende los actos que legaliza el notario son ciertos, existe certidumbre.
- i) Publicidad. - hace referencia a que los actos que autoriza el notario son públicos y podrán consultarse por cualquier persona que tenga interés en presencia del notario, exceptuándose los testamentos y donaciones por causa de muerte, mientras vivan los otorgantes, pues sólo a ellos les corresponde ese derecho.
- j) Función Integral. - Este principio hace referencia a la función total que debe llevar a cabo el Notario, las obligaciones posteriores objeto de un acto o contrato determinado, las cuales se deben cumplir o efectuar.
- k) Imparcialidad. - el cual pretende asegurar la adecuada prestación del ejercicio profesional en forma limpia. El notario no sesgará la redacción de documentos según su conveniencia o interés.

2.1.1 Avance del derecho notarial en otros países

Si bien se ha definido lo que es en sí el derecho notarial, hace falta ver desde la óptica de otros países como conciben al tema en cuestión. Es así que:

En Italia, se dictaron los Estatutos del Conde Pedro II, en el año 1265; de Amadeo VII, Primer Duque de Saboya, en 1430; de Manuel Filiberto en el año 1561, por ejemplo.

En Portugal, encontramos las ordenanzas de 1315, bajo el reinado de Don Denis que se considera la base de la legislación notarial portuguesa, ampliada y completada por las Ordenanzas Alfonsinas, Manuelinas y Filipinas.

En Francia, se promulgó la Ordenanza de Amiens, dictada por Felipe El Hermoso, en el año de 1304.

En Austria, Maximiliano I, Emperador del Sacro Imperio Romano Germánico, dictó en el año 1512, claras normas sobre notariado, según reza en el texto “para

conservar la justicia y la paz”, siguiendo según los expertos los principios notariales asentados por la tradición boloñesa y española. (Martínez, 2016)

2.2 El Notario

Para entender de mejor manera de donde nace el *Notario* es menester, que a continuación se plasmen algunos de los conceptos recabados por esta autora, durante la investigación.

El Derecho, que es una creación humana, pero se dice que surge desde la creación del poder divino, de los mandamientos; desde la concepción de Adán y su pecado original que iniciaron reglas de comportamiento y castigo; así tenemos que entre los babilonios surgió la fuerza del código de Hammurabi descubierto en Mesopotamia; obra legislativa que lleva el nombre su creador el Rey Hammurabi, fue una compilación de leyes y jurisprudencia ya vigente que sirvió como modelo para muchos otros códigos posteriores.

Autores como Sanchis, dicen que el primer notario fue Moisés, por haber trasladado las tablas de la ley, por orden de Jehová, pero había un estado de semi barbarie, una incertidumbre por lo que existía una verdadera necesidad de ordenación jurídica; la ordenación hasta ese momento se la hacía mediante la confianza, de la buena fe y la invocación divina como ley material. La familia estaba sujeta a la voluntad del padre que era el juzgador, esta tuvo sus orígenes en los núcleos; formó comunidades, éstas formaron pueblos y estos pueblos se representaron en el Estado que a su vez como expresión de poder y autoridad se concreta en la Constitución. Por lo que el Estado es el efecto de la creación del Derecho, su poder está limitado a través de las normas, de las leyes, de la doctrina, de la jurisprudencia; es decir, que el poder del Estado está limitado por el Derecho, está sumiso al Derecho.

En este marco de evolución histórica a raíz del desarrollo humano, el hombre vio la necesidad de buscar un medio de prueba que no se borre con el transcurrir del tiempo, por lo que más allá de invocaciones divinas, los hombres empezaron a

celebrar pactos, mediante ceremonias en principio privadas y luego con el testimonio de quienes presenciaban dicha ceremonia, por lo que apareció la testificación, pero esta manera de contratación resultó inadecuada. Al inventarse la escritura, pocos sabían escribir y por tanto dieron forma a las palabras humanas unos pocos privilegiados.

El vocablo notario procede del latín nota, con el significado de título, escritura o cifra. Esto es así, *“porque se estilaba en lo antiguo, escribir en cifras o con abreviaturas los contratos y demás actos pasados ante ellos, o bien porque los instrumentos en que intervenían los notarios los autorizaban con cifras, signos o sellos, como en la actualidad”* (Castillo Ogando citado en Martínez J, 2016)

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. (Federación Ecuatoriana de Notarios, 2022)

En el año 1948, en el I Congreso Internacional del Notariado Latino celebrado en Buenos Aires (Argentina) se definió oficialmente al Notario con las siguientes palabras: “El Notario latino es el profesional del Derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad, conservar los originales de estos y expedir copias que den fe de su contenido”.

La Ley dominicana del Notariado afirma al respecto que, “el Notario es un Oficial Público instituido para recibir los actos a los cuales las partes deban o quieran dar el carácter de autenticidad inherente a los actos de la autoridad pública y para darles fecha cierta, conservarlos en depósito y expedir copias de los mismos”.

En el siglo XIII, Alfonso X, El Sabio, expide el FUERO REAL, que es una recopilación de legislación; que son el ESPÉCULO Y LAS SIETE PARTIDAS y en estas dos últimas obras, regulan la actividad notarial; en 1348 se dictan el Ordenamiento de Alcalá de Henares, las Leyes del Toro; en 1567, La nueva Recopilación de Felipe II

y Carlos IV dicta la Novísima Recopilación de 1805, que aportaron una sistematización de las facultades del notario.

En 1862 se expide la Ley Orgánica del Notariado Español, esta resulta ser la primera manifestación sistematizada y particularizada del notariado en forma codificada y expresa. Con esta ley se cambia la denominación de escribano a notario, se establece el concurso para ser notario, se le da el carácter de funcionario público, separando la actividad judicial de la notarial, siendo esta legislación la que inspira a la mayoría de leyes notariales de los países latinoamericanos.

Por otro lado, el artículo 1 de la Ley Notarial (en adelante LN) española indica: “El Notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales”. Algunos países, han sustituido la mención “funcionario” por la de “Oficial”, pero si ambos dependen de un superior jerárquico, en puridad hablamos de términos muy parecidos, aunque no estemos ante un típico funcionario de la Administración. Ello no significa que exista una plena uniformidad doctrinal respecto a si debe considerarse al Notario como funcionario público, o, por otra parte, un mero “delegado” de la fe pública del Estado, por esta razón, cada legislación definirá exactamente la condición de funcionario o no del Notario. Otro matiz interesante, es que el Notario accede a su cargo por oposición y aunque goza de plena autonomía e independencia en su función, depende de la jurisdicción notarial y, su retribución, son fijadas por el Estado.

Puntos Cardinales del quehacer del Notario

- **Escuchar.** Esta labor es crucial para adecuar al ordenamiento jurídico el documento que pretenden firmar las personas que acuden a la Notaría. Como se ha dicho, el Notario, tiene que ayudar a los requirentes, tras una profunda y paciente escucha, a conseguir que lleguen a sus propias conclusiones, al fondo del negocio jurídico que persiguen. El Notario es, por tanto, un pedagogo de su voluntad.
- **Redactar** el instrumento público (que comprende las escrituras públicas, las actas y en general todo documento que autorice el Notario, bien sea original, en copia o testimonio conforme a la voluntad común de las partes). El Notario

y sus empleados, son verdaderos especialistas en Derecho Notarial y en la redacción del documento público con todas las partes que deben reflejarse (comparecencia, intervención, exposición, disposición, otorgamiento y autorización), cuyos documentos deben redactarse en lenguaje jurídico, exacto y sin ambigüedades. También, tal preparación, conllevará la obtención previa de múltiple documentación precisa para la firma del instrumento público (certificados, notas registrales, catastrales, autorizaciones administrativas, etc.) que son parte del control de legalidad que le corresponde al Notario.

- **Indagar, interpretar y adecuar** al ordenamiento jurídico dicho instrumento público. Tras la escucha, el Notario, encontrará los verdaderos motivos y causas que inducen a las personas a solicitar los servicios notariales. El adecuar lo buscado por las partes conlleva, irremediabilmente, brindar consejo de las distintas alternativas que pueden elegir, no imponiendo nunca ninguna o, dicho de otra forma, debe moldear jurídicamente esa voluntad, dejando siempre que, la última palabra la adopten los otorgantes, así podrán prestar libremente el consentimiento informado.

Resultan certeras las palabras de Francesco CARNELUTTI en cuanto a que “las palabras, con frecuencia, aun sin malicia por parte del que habla, esconden, o al menos oscurecen, antes que manifestar el pensamiento”. De ahí, la indagación que se exige a todo fedatario público, el cual, no puede quedarse en la superficialidad de los asuntos, lo que pasa irremediabilmente por dedicar tiempo y atención personal a cada otorgante. (COSOLA, citado en Martínez. 2016)

- **Informar** a las partes sobre el valor y alcance de la redacción del documento público autorizado, buscando siempre la verdad, la justicia y el derecho. “La argumentación notarial del derecho justo intenta esencialmente alcanzar la aplicación de la justicia para cada caso en particular. Hay justicia notarial cuando no existen falsedades que encubren verdades, cuando no existe más realidad que la que surge de la escritura pública o de los hechos o actos que

el notario presencia, cuando la preocupación general por la efectivización de los derechos adquiridos o por adquirir desaparece y se convierte, casi automáticamente, en una realidad que alcanza la paz y la absoluta tranquilidad de la familia que resguarda para la posteridad su propia prosperidad. De esta única manera, entonces, la justicia se vincula a la seguridad jurídica”. O dicho en palabras de uno de los artículos más bellos del Reglamento Notarial español, el 148 “Los instrumentos públicos deberán redactarse empleado en ellos estilo claro, puro, preciso, sin frases ni términos alguno oscuros ni ambiguos, y observando, de acuerdo con la Ley, como reglas imprescindibles, la verdad en el concepto, la propiedad en el lenguaje y la severidad en la forma”.

Entre los aspectos que el Notario debe informar a los otorgantes están las consecuencias fiscales, tributarias y administrativas derivadas del otorgamiento. Dicho en otras palabras, debe formular las reservas y advertencias legales que impone la legislación notarial. ·

- **Es un asesor jurídico y profesional del Derecho**, que debe indicar a los que reclaman su ministerio los caminos legales más adecuados para conseguir sus logros. Por otro lado, en ningún caso puede ‘menguar’ la imparcialidad del Notario, que debe insistir en prestar asistencia a cualquiera de las partes con relación a las cláusulas propuestas por la otra, dando especial protección a la parte más necesitada. A diferencia del Abogado, que cumple su función jurídica a favor de la parte que le contrata, que es parcial, por tanto, a favor de ésta, el Notario, como decíamos es imparcial, lo que significa que no hay requirentes preferentes, de mayor consideración o reconocimiento, pues todos los intervinientes en el instrumento público deben sentir igual interés e información por parte del fedatario público y de su personal. ·
- **Autorizar.** Tras la firma de cualquier instrumento público, el Notario, signará y firmará el mismo. Con esa autorización, de lo suscrito por las partes, el documento público convierte el acto en auténtico, lo dota de plena validez y

eficacia jurídica y produce plena prueba lo eleva al documento dándole el carácter público. Con esa firma, el Notario se hace autor y creador de instrumento notarial firmado por las partes ante él.

- **Conservar y expedir copias.** Una de las principales funciones del Notario es custodiar y conservar las escrituras que autoriza, que se encuadernan cada año en tomos o volúmenes (llamados protocolos), que exigen un cuidado procedimiento de formación y conservación. Cuando el Notario se jubila, cesa en su actividad por cualquier circunstancia o fallece, estos protocolos, propiedad del Estado pasan a otro Notario que asume su custodia o pasa a los Archivos Generales.

Naturalmente, el protocolo es vivo, los interesados o cualquier organismo público o judicial pueden solicitar copias de las escrituras en cualquier momento justificando interés legítimo.

Responsabilidad Notarial

La función notarial está en manos de personas de alto nivel moral e intelectual. El notario es sinónimo de confianza, honradez, discreción, consejo.

Por ello, es que la responsabilidad notarial es una consecuencia derivada específicamente de los quehaceres propios que impone la función del notario. Esta responsabilidad que, desde una primera aproximación, deviene del mismo accionar del notario que se encuentra en un estado de incertidumbre y ya con el hecho acontecido, las consecuencias jurídicas se producen por circunstancias que no le son imputables al notario. Sin embargo, estos resultados no han sido ni los queridos ni requeridos por los usuarios requirentes del servicio ni muchas veces por el mismo notario.

Tal responsabilidad va a suponer la eventual inobservancia de la norma a la que el sujeto está obligado, y una segunda noción, en la que se configura la responsabilidad cuando un sujeto debe responder por su conducta.

Como toda acción de violación de una norma de derecho, en la vida en comunidad, se prevé para quien incumple una consecuencia jurídica denominada sanción.

El régimen de responsabilidades especiales a las que se somete cada acción en lo público como en lo privado y en este caso en el accionar profesional-notarial, están resguardadas en las leyes que regulan el accionar, las que oscilan entre ellas la responsabilidad civil, cuando se trata de reparar con dinero un daño ya causado, sea el interés positivo o negativo, mediando el daño emergente y el lucro cesante.

Está también la responsabilidad administrativa bajo el régimen legal ecuatoriano, esto es el órgano de control y disciplina al que se entra sujeto el Consejo de la Judicatura, mencionado en la normativa, la que refiere desde sanciones hasta la destitución por causas gravísimas, pasando por llamados de la atención, multas pecuniarias entre otras.

En otro ámbito hallamos además la responsabilidad penal, en tanto y en cuanto esté tipificada con certeza en la norma penal sancionadora.

Otro tipo de responsabilidades que no se puede dejar de lado es la responsabilidad tributaria, *sui generis*, para este servidor público, pues el fisco mediante la ley le ordena a percibir tributos regulados por leyes impositivas, cuando los requirentes concurren a la notaría a intercambiar bienes que tienen aplicado uno o varios impuestos en particular, ya sea en su transmisión, ya sea en la sujeción a algún tipo de sistema especial como el ecuatoriano, se trata por ejemplo de la recaudación de la participación del Estado en el monto que genera el servicio y el régimen de impuestos por la recaudación del impuesto al valor agregado.

El notariado ecuatoriano tiene regulados derechos y deberes, como en todas las actividades bajo el control y régimen estatal, que le otorgan beneficios si cumple y lo sancionan si no respeta los preceptos legales. (Pazmiño Ballesteros, 2017)

2.3 Principales sistemas de Organización del Notariado de países europeos

Podemos afirmar que, en el mundo, existen tres sistemas documentales principales:

1. El sistema de notariado estatal, donde la función pública se ejerce exclusivamente por funcionarios integrantes de la Administración Pública o Judicial, no siendo –necesariamente un profesional del derecho. Por esta razón, los documentos suelen tener poca calidad técnica.

Estos funcionarios dependen del Poder Judicial, siendo la Administración quien los designa. Entre los países que siguen este sistema podemos destacar algunos Estados alemanes de Buttemberg y Baden, parte de Noruega y el Cantón Suizo de Zurich.

El sistema anglosajón. En los países de corte anglosajón, donde impera el Common Law, están muy alejados de la historia, rigor y prestigio que marcan al Notariado latino, por eso, éste tiene un claro predominio sobre aquél, a nuestro juicio. Respecto a los Notarios de tipo anglosajón, como indica certeramente ALEXANDER⁹ “puede decirse que el “notary public” sirve a los ciudadanos como un testigo imparcial, al realizar toda una tipología de actos, oficiales y privados, no existe control de legalidad en la verificación de la documentación por lo que no gozan de brindar seguridad jurídica.

Y, por último, nuestro sistema de Notariado Latinogermánico. Procede de la doctrina de la Escuela de Bolonia, de los siglos XII-XIII, y se basa, en la Institución secular del Notariado y en la importancia del instrumento redactado por el Notario. (Martínez, 2016)

En conclusión, esta obra, Introducción al derecho Notarial, en la que nos acabamos de basar para plasmar en la investigación, aporta significativamente a la comprensión y los inicios de todo el tema del derecho notarial, que marca el comienzo del desarrollo, en cuanto tiene que ver la historia del país.

⁹ La función del Notario en los sistemas de civil Law y Common Law en la era de la globalización.

2.4 Derecho Notarial Ecuatoriano

Las instituciones de derecho son el producto no solo de la evolución de las ideas, de la hermenéutica jurídica, sino que este cambio es el resultado de la transformación social universal y hoy globalizada que afecta directamente a nuestro Estado ecuatoriano, por cuanto el Derecho no es un valor estrictamente jurídico, es también económico, somos protagonistas de grandes cambios, nuevos paradigmas científicos, tecnológicos, ideológicas, creencias religiosas y personales, la estructura económica también va cambiando, ha surgido una nueva visión del mundo y se expresa en nuevos paradigmas científicos tecnológicos, en el campo social y económico, cultural, político, educativo, con la intensificación de la globalización, con el cambio de la humanidad los hechos impulsan al derecho para que este se adecue a su realidad pues el derecho se encuentra al servicio del hombre y en este marco, también ha repercutido en las atribuciones notariales, las mismas que han sufrido una notable evolución.

En 1996, mediante las últimas facultades conferidas en la Ley Notarial publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 64 del 8 de noviembre, dichas facultades obedecen a la necesidad impostergable de contar con una administración de justicia ágil y desconcentrada en aquellos asuntos de jurisdicción voluntaria que por su naturaleza no implican conflicto de intereses. En consecuencia, no existe controversia; más bien tiene la presencia de la solicitud de la persona que necesita darle legalidad a una actuación sin que exista desacuerdo entre ellas. (Vargas L., 2013)

Según el desarrollo natural de los pueblos y en la medida del progreso de la cultura, actividades y conocimientos; el derecho como patrimonio común de todo el pueblo se ramifica conforme las complejas relaciones de la vida activa, de suerte que el conocimiento tomará rumbos específicos y sus actores también irán tomando especiales capacidades dentro de ramas específicas del mundo del derecho. Nace

así una clase especial de peritos del derecho, la cual representa a la comunidad en este campo del pensamiento. El derecho no es la conciencia particular de esta clase sino una continuación y desenvolvimiento particular del derecho del pueblo, esto lleva una doble vía: con arreglo a sus rasgos fundamentales continúa viviendo en la conciencia común del pueblo; pero su desarrollo más detallado y su aplicación a los diferentes casos pertenecen a la profesión especial. (Von Savigny, citado en Pazmiño S., 2017)

Una primera aproximación en el mundo del Derecho y en específico, el Derecho Notarial, es aquella que parece ser se encuentra a modo de percepción en el inconsciente colectivo. Se piensa que el Derecho Notarial le incumbe con exclusividad a los expertos en Derecho Civil o los notarios públicos o quienes quieren acceder al servicio notarial en condición de funcionarios o empleados notariales. Mas, la realidad es que el Derecho Notarial es lo más relevante para su aplicación, lo mismo puede aplicarse a temas de cualquier otra especialidad como el derecho procesal, penal, mercantil, civil; pero ocurre que la propia actividad del profesional del derecho tiene muchas perspectivas, sea desde la docencia, investigación, el juzgador, o un estudiante de derecho.

Ocurre que un juez al momento de valorar un documento que ha sido otorgado ante notario público, éste inicia un proceso de aseguramiento de la calidad del documento a través del juicio valorativo, dicha valoración de cualquier documento piénsese en una escritura pública de compra venta de inmueble, de un poder o mandato personal, al momento de existir una controversia sobre estos documentos, el juez debe tener conocimiento del derecho notarial; es decir, el juez debe saber valorar el documento mirando que se cumplan todos los requisitos de forma y fondo que la ley notarial exigen sine qua non para este tipo de actos, los que determinarán su validez.

En el sistema notarial latino, por ende, en el ecuatoriano, se tiene como un concepto de vieja data la gran afinidad del Derecho Procesal y del Derecho Notarial, teniendo en cuenta que los fenómenos producidos en los primeros ilustran mucho mejor que otros al segundo. (Pazmiño L., 2017)

2.5 La fe pública notarial con autoridad constitucional

La fe pública emana del contenido de la Carta Magna; en el artículo 200 de la misma, así se reconoce: “Las notarias y notarios son depositarios de la fe pública; serán nombrados por el Consejo de la Judicatura previo concurso público de oposición y méritos, sometido a impugnación y control social...”

A través de la fe pública, el poder público tiene la garantía de que ciertos hechos que interesan a la comunidad, son verdaderos.

Mediante la fe pública se impone coactivamente a todos, la certidumbre de los hechos objetos de la misma, ello se consigue dotando a los documentos donde constan, de determinados requisitos que aseguren su autenticidad y que viene a constituir como el sello de autoridad pública. La fe notarial está directamente orientada hacia ciertos hechos y preceptos jurídicos, aquellos que confieren derechos, esto es, a las normas jurídicas, generales y abstractas por naturaleza y a los actos y hechos jurídicos que realizan los supuestos de aquellas.

Los derechos que se atribuyen a los particulares son derechos condicionados a la realización de ciertos hechos. Y, la función notarial tiene por objeto la fijación y autenticación de estos hechos condicionantes. La fe notarial obedece, pues, a la necesidad general de toda prueba, si el derecho objetivo se formula de manera abstracta y condicional, forzosamente la aplicación del propio derecho requiere la prueba del hecho presupuesto como antecedente de la consecuencia prevista.

En otras palabras, el poder legislativo establece la premisa mayor, denominada fe notarial y, el asegurar la certidumbre, será la premisa menor. Silogismo que se aplica subsumiendo la segunda a la primera para sacar la conclusión.

Queda cerrado así el ciclo jurídico que iniciará una hipótesis general, mediante cuatro fases cuyos momentos culminantes se señalan: *la norma jurídica, el hecho condicionante, el derecho condicionado y la ejecución.*

Son objeto de la fe pública o autenticación los hechos, pero también otras realidades cuya constatación precisa de juicios de elaboración conceptual, como es la adecuación del hecho o acto a la norma, la constatación de facultades, la atribución del estado civil, la prueba de legitimación, la prueba de los atributos de estado civil, la prueba de los atributos de la personalidad, la nacionalidad, de propiedad de bienes o titularidad de derechos, etc.

2.5 Breve historia del notario ecuatoriano

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

La primera actuación notarial que registra la historia ecuatoriana es la del escribano Gonzalo Díaz de Pineda, quien extendió el acta de fundación de Quito, el año 1534, correspondiente a la primera fundación, luego la segunda y la tercera y definitiva el 6 de diciembre. Además, se señala que los notarios eran nombrados en número determinado por cada circunscripción territorial, y tenía el carácter de vitalicios.

El "Boletín de la Biblioteca Municipal", del 25 de marzo de 1912, en Santiago de Guayaquil, refleja que el Escribano de Cabildo, lo era también de Minas y Real Hacienda, y era el único autorizado para dar fe de las escrituras y más actos del Cabildo, también llevaba un libro donde se anotaban los ingresos del cabildo porteño.

Se encuentra también documentado que Don Diego Navarro Navarrete fue nombrado Primer Escribano Real de Guayaquil por Cédula expedida en Madrid el 19 de marzo de 1552. Así también, en la obra Biogénesis de Guayaquil, supone que el primer escribano en esta ciudad fue Francisco de Heres, "aquel que certifica la Representación del Cabildo en 1541", atribuyéndole la doble calidad de escribano público y de concejo, es decir, "Registrador de actas concejiles y de escrituras públicas".

Lamentablemente, hay un período de tiempo en la que no consta registro de la actividad notarial, debido al incendio que sufriera la ciudad de Guayaquil en el año de 1632 y el descuido de los escribanos que tenían bajo su cuidado estos archivos; y la primera acta que consta en el archivo data del 4 de agosto de 1634.

El 9 de septiembre de 1683, aparece por primera vez en las actas la calificación de Escribano y Notario Público, nombramiento que se extendió a favor de Antonio de Henao. Años más tarde aparece el Notario y Familiar del Santo Oficio de la Inquisición el 26 de marzo de 1693. Al 18 de julio de 1694, consta en el acta el remate del oficio de escribano, ya no por orden de su majestad real, sino del Presidente de la Real Audiencia de Quito.

Así también, el paleógrafo Juan Freile Granizo publica una "Lista parcial de documentación guayaquileña en la serie Gobierno del Archivo Nacional de Historia, Quito", y menciona en su trabajo que conoció un "Índice de causas substanciadas en tiempo de Real Audiencia", elaborado por el Capitán Don Luis de Cifuentes y Lozada, teniente de escribano de cámara y gobierno, datada la última en el año 1798, índice que fue completado del realizado en 1776 por Pedro de la Guerra.

Más tarde, ya en la era de la República, se han citado a los escribanos: Alejandro Troya, Rómulo Tamayo y León Pío Acosta. En 1937, el Gobierno Nacional mediante Decreto Supremo da el nombre de Notarios, a los antiguos escribanos y les confieren en forma exclusiva la autorización de dar fe pública extrajudicial y permanencia en sus funciones mientras duraba su buena conducta.

Años después, en octubre de 1966, el Presidente Interino de la República Clemente Yerovi Indaburu, sanciona la actual Ley Notarial, que constituye el primer conjunto de normas orgánicas que se refieren al notariado y a sus diversos aspectos y funciones. Nace así, en nuestra República una nueva institución jurídica dentro del derecho que, como ciencia independiente, reclama su desarrollo y conocimiento. (Federación Ecuatoriana de Notarios, 2022)

CAPÍTULO 3

UNIDAD DE ACTO NOTARIAL: ¿UN TÉRMINO NECESARIO?

3.1 Descripción Conceptual

Nuestra Ley en el Ecuador habla o señala: "Unidad de Acto Notarial" Notarial en la Suscripción del Documento” sin embargo al revisar la doctrina existente en derecho notarial, no se encuentra en la Antigüedad y hasta la Edad Media registrada esta necesidad que dice "Unidad de Acto Notarial", de hecho revisando literatura al respecto encontramos un sinnúmero de autores de libros que describen lo necesario para un Acto Notarial, así tenemos a la Dra. Ana Raquel Nuta, autora del “Curso de

Derecho Notarial”¹⁰ , en la página 189 que se refiere a los elementos constitutivos y presupuestos para la Validez del Contrato, y señala como elementos esenciales:

- a) La capacidad
- b) El consentimiento
- c) El objeto
- d) La forma

Todos estos como elementos naturales, también el precio, y los accidentales que modifican sus efectos normales o lo limitan, en estos elementos en ningún momento mencionan la necesidad que esto sucede en el mismo espacio temporal.

De la misma manera el Dr. Camilo Borrero en su libro “Práctica Notarial” Tomo 1¹¹ en su presentación del libro manifiesta que la finalidad del Derecho Notarial es brindar una vida comercial sana y seguridad jurídica; de la misma manera señala que, para que se alcance esta finalidad, se requiere que el derecho, ajuste sus disposiciones a la voluntad de los contratantes; y que esta voluntad logre una permanencia que supere la débil memoria humana; dice también que la intervención de un tercero, es para que se vele por la consecución de estos objetivos, y que al estar este tercero independiente, es rito se perpetúe con ayuda de la escritura; y nuevamente entramos en la necesidad de ajustar la ley a la voluntad de las partes, con el fin de que el negocio sea sano, y se ajuste a la necesidad del negocio mismo; voluntad que queda perpetuada al quedar escrita en libros notariales; agrega que es la verdadera intención de los contratantes, más que el hecho de firmar juntos.

¹⁰ “Curso de Derecho Notarial” Dra. Ana Raquel Nuta, página 189. ...3.1.3 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS Y Y PRESUPUESTOS DE VALIDEZ DEL CONTRATO. Con la denominación, un tanto vaga, de “elementos”, la doctrina clásica ha designado a aquellos requisitos que integran el contrato y contribuyen a su formación y validez.

¹¹ PRESENTACIÓN. Para que el Derecho Notarial alcance la finalidad señalada se requiere: a) del ajustamiento a derecho de las disposiciones de voluntad de los contratantes y, b) la certeza de que lo dispuesto o convenido logre una permanencia que alcance fielmente más allá de la más exacta y dilatada memoria humana. Y, para ello es necesario valerse de dos medios. 1) La intervención de un tercero imparcial –el Notario- que vele por la consecución de esos objetivos; y, 2) la utilización de la escritura para perpetuar la fiel representación de lo dispuesto y concertarlo.

Sin embargo el mismo autor en la Revista del Colegio de Abogados de Loja¹² , al hablar de la fe pública del Notario, nada dice sobre la suscripción “Unidad de Acto Notarial”, a pesar de que señala cuales son los formalismos que debe tener el instrumento público para hacer fuerza de prueba. Por otro lado la Dra. María Pía Iannunzelli de Velázquez¹³ en su libro “Las Atribuciones del Notario en la Legislación Ecuatoriana” si menciona que la Ley Ecuatoriana obliga, como parte de las formalidades de nuestra ley, a que esté en su presencia cuando intervengan y así consta en la página 48 de su libro; más no hace ninguna acotación al respecto excepto que nuestro sistema jurídico está lleno de formalidades como ésta.

Al Revisar nuestra ley y el análisis histórico de la suscripción "Unidad de Acto Notarial", se aprecia que es una formalidad en nuestra legislación, que se perfeccionó en forma positiva con el transcurrir de los años, por la costumbre de asistencia de las partes al escribano y luego al notario para exteriorizar sus compromisos, o deseos; es una formalidad que ha permanecido en la historia notarial, primero como necesidad, luego como costumbre y luego positivamente se legisló, más en general no proporciona en la actualidad elementos al acto jurídico que devengan de una contractual esencial que afecte el negocio jurídico, o su permanencia escrita.

El mundo actual, transversal como es hoy gracias a la globalización, necesita ajustar sus formalidades, y mantenerlas como garantía de la seguridad jurídica, ajustándose a la realidad y la necesidad actual, considerando que la necesidad de la civilización crea derecho, así como en ocasiones el derecho crea cultura, más si una de ellas se opone al desarrollo humano, simplemente será desechado por caducidad.

¹² Colegio de Abogados de Loja. “REVISTA DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE LOJA” Editorial Originales & Copias, Loja Ecuador, 2006. Página 151.

¹³ “Las Atribuciones del Notario en la Legislación Ecuatoriana” pagina 48 último párrafo. Nuestro sistema jurídico se encuentra lleno de formalidades, una de ellas es la que se establece en este número del artículo 29 de la Ley Notarial, que se asemeja a la obligación que tiene, conforme al Código de Procedimiento Civil, el juez de hacer leer en público la sentencia antes de la notificación de la misma a las partes.

3.2 Objeto de la Investigación

Antonio Rodríguez Adrados, en su documento en línea señala que en general la “Unidad de Acto Notarial” ha sido fuerte de grandes críticas por no ajustarse al tráfico actual siempre creciente, hecho que es el servicio Notarial Ecuatoriano, un tema de permanente preocupación, ya que los representantes de instituciones grandes, públicas y privadas, se niegan a acudir a la firma de los documentos, con sus contrapartes, debido a la presión de su tiempo.

La verdad es que existe una diferencia en el manejo documental de una Notaría Pública con el de una Institución; las Notarías realizan actos individuales conforme la llegada de sus usuarios, y su despacho es de la misma forma, en forma individual cada acto, los ayudantes de la Notaría, atienden Acto por Acto, a cliente por cliente; mientras que las Instituciones, como un Banco, realiza procesos continuos, muy semejante a la producción de carros, por lotes, de la misma manera el banco tomará un grupo de peticiones y por procesos irán pasando de departamento en departamento, hasta lograr su aprobación, e irán saliendo del Banco aprobados o no aprobados en forma continua; a esto se refiere el Autor de Documento señalado cuando habla del aumento del tráfico; mientras las instituciones corresponde la revisión por procesos, la Notaría atiende por casos, una gran diferencia. Además, la suscripción de un documento en una Notaría Pública es la culminación de un Negocio Jurídico, un negocio jurídico está compuesto de varias partes, de todas las cuales, la suscripción en la Notaría es la culminación de esa negociación; y, es el deseo de las partes, o la obligación legal de que esa negociación culmine con una formalidad pública, que es la suscripción ante un Notario Público.

No se puede saber cuánto tiempo puede durar una negociación, esta puede tomar horas, días o años, y el notario Público puede ser considerado en un inicio, un consultor para la negociación, y durante el proceso, también puede intervenir como consultor, más su real intervención es en la suscripción final del documento, cuando lo Auténtica, y lo coloca en el protocolo de escrituras, las obligaciones que señala la ley ecuatoriana son las siguientes:

“Art. 27.- Antes de redactar una escritura pública, debe examinar el notario:

- 1.- La capacidad de los otorgantes;
- 2.- La libertad con que proceden;
- 3.- El conocimiento con que se obligan; y,
- 4.- Si se han pagado los derechos fiscales y municipales a que está sujeto el acto o contrato. La omisión de este deber no surtirá otro efecto que la multa impuesta por la Ley al notario”.

“Art. 29.- La escritura pública deberá redactarse en castellano y comprenderá:

- 1.- El lugar, día, mes y año en que se redacta; y también la hora si el notario lo estima conveniente;
- 2.- El nombre y apellido del notario autorizante y el del Cantón donde ejerce;
- 3.- El nombre y apellido de los otorgantes, su nacionalidad, estado civil, edad, profesión u ocupación y domicilio;
- 4.- Si proceden por si o en representación de otros, y en este último caso se agregarán o insertarán los comprobantes de la capacidad;
- 5.- La circunstancia de haber intervenido un intérprete nombrado y juramentado por el notario, cuando alguna de las personas que intervienen ignoran el idioma castellano;
- 6.- La fe de conocimiento de los otorgantes de los testigos y del intérprete cuando intervengan;
- 7.- La comprobación de la identidad de las personas por dos testigos vecinos o conocidos o que porten sus cédulas de identidad, si el notario no tiene conocimiento anterior alguno de los interesados y no le hubieren presentado la cédula de identidad, en caso contrario se anotará el número de ésta;
- 8.- La exposición clara y circunstanciada del acto o contrato convenido, sin que pueda usarse de números, signos ni abreviaturas, a menos que corresponda a denominaciones técnicas (sic);

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

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

11.- La suscripción de los otorgantes o del que contraiga la obligación si el acto o contrato es unilateral, del intérprete y los testigos si lo hubieren, y del notario, **en un sólo acto**, después de salvar las enmendaduras o testaduras si las hubiere.

Si las partes no supieren o no pudieren firmar, firmará por éstas la persona que aquellas designen, expresándose esta circunstancia en el instrumento.” (negrilla es propia)

Para que el notario cumpla con la verificación de la capacidad, libertad y conocimiento de los integrantes, no es necesario que todas las partes se encuentren presentes al mismo tiempo, sin embargo los Notarios del país se encuentran en la necesidad de cumplir con esta obligación formal que es la “Unidad de Acto”, ya que la Ley lo exige como requisito formal en su artículo 29 numeral 11, y en infinitas ocasiones, los Notarios, deben violar esta disposición, que siendo un requisito formal, en forma intermitente estuvo a lo largo de la historia por pocos años en las diferentes leyes existentes a través de la historia, y fue reproducida en la Ley Notarial Ecuatoriana cuando se la elaboró, en el año 1966 mediante un Decreto Supremo.

3.3 Investigaciones previas: ¿Es inoficiosa la Unidad de Acto Notarial?

Se encuentran una infinidad de estudios sobre la “Unidad de Acto Notarial”, su trascendencia, y su necesidad como requisito formal de un acto notarial, en cuanto a su necesidad de prescindir de esta formalidad, no existen estudios suficientes, lo que he encontrado es una tesis costarricense y dos documentos en línea que dan ligeras opiniones al respecto. Dentro de la investigación realizada sobre la necesidad de la “Unidad de Acto Notarial”, se ha encontrado dos documentos en

línea que hablan de la inoficiosa necesidad de mantener la "Unidad de Acto Notarial" en los actos notariales, así esta Antonio Rodríguez Adrados, Notario Español, quien manifiesta que "La "Unidad de Acto Notarial" ha sido objeto de un fuerte rechazo, por ser incompatibles con la agilidad del tráfico, siempre creciente"; así lo escribió en su documento sobre la "Unidad de Acto Notarial", refiriéndose a su legislación española; frase de la cual se deduce que el Notariado Español también se encuentra atrapado en esta formalidad que deviene en caduca en la actualidad.

Otro documento en línea, es el escrito por Ramón Cerda, en su blog en dónde señala que este concepto de la "Unidad de Acto" viene de la época histórica de Roma, pero que en la actualidad limita los negocios jurídicos, que es aplicable en algunos casos, pero que en otros casos es innecesario y le quita flexibilidad a la negociación, en la actualidad; y pone como ejemplo la venta de participaciones y que ambos pueden acercarse en diferente fecha a la suscripción del documento; que algunos notarios señalan que habría que cobrar por dos actos, siendo un mismo acto, y que no existiendo en la ley notarial, no corresponde la justificación de los notarios de insistir en la "Unidad de Acto Notarial", o del cobro de doble tasa, el origen de Ramón Cerda según su blog, es Español.

Una curiosa tesis encontrada en la Universidad de Costa Rica, elaborada en el año 2009 por Brizza Mena Segura¹⁴, dentro de su tesis habla de la desaplicación de la "Unidad de Acto Notarial", Brizza señala que la "Unidad de Acto Notarial" es un principio, que es utilizado en otros países de Centroamérica, pero que en algunos de Suramérica ya no se utiliza, que en Costa Rica se lo usa por estar en el código Notarial vigente, pero que su uso está muy lejos de la realidad, pues no siempre comparecen todas las partes a la firma del instrumento público.

En su conclusión consta que es necesaria una reforma, ya que el Notario está cayendo en delito de falsedad, pues en realidad no se cumple la "Unidad de Acto Notarial" en la actualidad.

¹⁴ MENA SEGURA, Brizza. "EL PRINCIPIO DE LA UNIDAD DE ACTO Y LA IMPLEMENTACIÓN DE EXCEPCIONES EN EL SISTEMA NOTARIAL COSTARRICENSE" tesis Universidad de Costa Rica. 2009.

3.4 Base Legal

La Constitución de la República reconoce al Servicio Notarial Ecuatoriano, y en base a ella se estableció que las tasas notariales son parte del Presupuesto del Estado, y que su detalle será desarrollado en una ley inferior, lo que señala La Constitución de la República es:

- *“Art. 199.- Los servicios notariales son públicos. En cada cantón o distrito metropolitano habrá el número de notarias y notarios que determine el Consejo de la Judicatura. Las remuneraciones de las notarias y notarios, el régimen de personal auxiliar de estos servicios, y las tasas que deban satisfacer los usuarios, serán fijadas por el Consejo de la Judicatura. Los valores recuperados por concepto de tasas ingresarán al Presupuesto General del Estado conforme lo que determine la ley.*
- *Art. 200.- Las notarias y notarios son depositarios de la fe pública; serán nombrados por el Consejo de la Judicatura previo concurso público de oposición y méritos, sometido a impugnación y control social. Para ser notaria o notario se requerirá tener título de tercer nivel en Derecho legalmente reconocido en el país, y haber ejercido con probidad notoria la profesión de abogada o abogado por un lapso no menor de tres años. Las notarias y notarios permanecerán en sus funciones seis años y podrán ser reelegidos por una sola vez. La ley establecerá los estándares de rendimiento y las causales para su destitución.”*

En base a esta Constitución fue redactado el Código Orgánico de la Función Judicial que en cuanto al Servicio Notarial señala:

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

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

La ley Notarial, publicada mediante un Decreto Supremo publicado en el Registro oficial 158 de 11 de noviembre de 1966.

- *“Art. 6.- Notarios son los funcionarios investidos de fe pública para autorizar, a requerimiento de parte, los actos, contratos y documentos determinados en las leyes. Para juzgarlos penalmente por sus actos oficiales gozarán de fuero de Corte.*
- *Art. 29.- La escritura pública deberá redactarse en castellano y comprenderá:*
 - 1.- El lugar, día, mes y año en que se redacta; y también la hora si el notario lo estima conveniente; 2.- El nombre y apellido del notario autorizante y el del Cantón donde ejerce;*
 - 3.- El nombre y apellido de los otorgantes, su nacionalidad, estado civil, edad, profesión u ocupación y domicilio;*
 - 4.- Si proceden por si o en representación de otros, y en este último caso se agregarán o insertarán los comprobantes de la capacidad;*
 - 5.- La circunstancia de haber intervenido un intérprete nombrado y juramentado por el notario, cuando alguna de las personas que intervienen ignoran el idioma castellano;*
 - 6.- La fe de conocimiento de los otorgantes de los testigos y del intérprete cuando intervengan;*
 - 7.- La comprobación de la identidad de las personas por dos testigos vecinos o conocidos o que porten sus cédulas de identidad, si el notario no tiene conocimiento anterior alguno de los interesados y no le hubieren presentado la cédula de identidad, en caso contrario se anotará el número de ésta;*

8.- *La exposición clara y circunstanciada del acto o contrato convenido, sin que pueda usarse de números, signos ni abreviaturas, a menos que corresponda a denominaciones técnicas (sic);*

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

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

11.- *La suscripción de los otorgantes o del que contraiga la obligación si el acto o contrato es unilateral, del intérprete y los testigos si lo hubieren, y del notario, en un sólo acto, después de salvar las enmendaduras o testaduras si las hubiere. Si las partes no supieren o no pudieren firmar, firmará por éstas la persona que aquellas designen, expresándose esta circunstancia en el instrumento.” (el subrayado es propio).*

De las normas señaladas, se obtiene la legalidad de la actuación del Servicio Notarial Ecuatoriano, y la obligatoriedad por ley, a partir de 1966, de la "Unidad de Acto Notarial" Notarial, por lo señalado al Art. 29, numeral 11 de la Ley Notarial, razón por la cual es una obligatoriedad para el Notario Ecuatoriano, cumplir con esta formalidad.

Por lo cual, se infiere, que, a pesar de que este acto como tal, no es posible cumplirlo de manera que deviene en que los Notarios y Notarias infrinjan la ley o falten a sus obligaciones, como se ha mencionado, y vuelvo a insistir, se hace necesaria una reforma, un cambio a todo aquello que no aporte en un cien por ciento al desarrollo y a la mejor atención al usuario, y no sólo al usuario, sino que también no se le exija al Notario situaciones que no afectan en su proceder, ni en su buen desenvolvimiento realizando los actos o contratos asignados.

CAPÍTULO 4

PRINCIPIOS QUE RIGEN EL SERVICIO NOTARIAL Y LOS PRINCIPIOS NOTARIALES EN ECUADOR.

La Seguridad jurídica. - es un principio universalmente reconocido y es aquella garantía que ofrece el sistema judicial de un país a sus habitantes sobre la certeza del derecho, la certeza del orden jurídico, el mismo que tiene estabilidad, y nace con normas vigentes, en España la Constitución Española basa la seguridad jurídica en el respecto a la jerarquía, publicidad e irretroactividad; en Ecuador, en el Código Orgánico de la Función Judicial señala que es:

“Art. 25.- PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURIDICA. - Las juezas y jueces tienen la obligación de velar por la constante, uniforme y fiel aplicación de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado y las leyes y demás normas jurídicas”.

Este principio garantiza la existencia de normas claras, conocidas y aprobadas legalmente, y que bajo ese imperio son aplicadas posterior a su publicación o publicidad, además en nuestro país se entiende también como la aplicación uniforme de las normas legales y constitucionales por parte de los jueces, garantizando su interpretación y aplicación de la ley.

Negociación jurídica. - Es un acto jurídico que es lícito, y que se lo reconoce por los efectos jurídicos que produce, como una constitución de una compañía, que surte si se cumplen los elementos que se requieren para determinada negociación. Su origen es alemán, y en la actualidad es aceptado y conocido como un acto de voluntad que cambia la situación jurídica entre dos o más partes, ya sea constituyendo, o extinguiendo o modificando un estado.

Capacidad legal. - la capacidad legal está relacionada con quien no tenga incapacidad de actuar, o incapacidad legal, en nuestro sistema legal ecuatoriano, no tienen capacidad legal los menores de edad, los interdictos, y los declarados incapaces, el resto de la población tiene capacidad legal.

El Notario no tiene suficientes herramientas para determinar la capacidad legal inhabilitada, excepto en los menores de edad, al ver su cédula de ciudadanía, más si hubiere sido inhabilitado, por sentencia, lo que tiene son providencias que le llegan de forma escrita sobre declaraciones de inhabilidad, lo que a menos que tenga una base de datos en un sistema informático, se vuelve muy difícil revisar esta inhabilidad. Diferente es el examen que debe realizarle, pues tampoco se conoce si ha sido declarado interdicto por algún motivo, en este caso el Notario al revisarlo, puede ver si sus facultades están completas, o no, el estado de su mente y su coherencia; con lo que puede negarse personalmente a atender a alguna persona, que por derecho de discapacidad desea ser atendido pese a su discapacidad.

Publicidad. - Es el principio por el cual se da a conocer un hecho a todos, se lo hace público y notorio; para el Notario el Principio de Publicidad se cumple cuando eleva un documento al Protocolo, el mismo que es de conocimiento y libre acceso al público. El Código Orgánico de la Función Judicial define al Principio de

Publicidad de la siguiente manera: **“Art. 13.- PRINCIPIO DE PUBLICIDAD.** - *Las actuaciones o diligencias judiciales serán públicas, salvo los casos en que la ley prescriba que sean reservadas. De acuerdo a las circunstancias de cada causa, los miembros de los tribunales colegiados podrán decidir que las deliberaciones para la adopción de resoluciones se lleven a cabo privadamente. No podrán realizarse grabaciones en video de las actuaciones judiciales. Se prohíbe a las juezas y a los jueces dar trámite a informaciones sumarias o diligencias previas que atenten a la honra y dignidad de las personas o a su intimidad.”*

Reconocimiento público.- Para el diccionario en línea Word reference¹⁵ el reconocimiento es la distinción de una persona o cosa entre las demás, por sus rasgos o por características; el reconocimiento público es la aceptación que se da por parte de un conglomerado o una sociedad a un acto o hecho realizado; por ejemplo es el reconocimiento de los países a un nuevo presidente de una república; desde el punto de vista notarial, el reconocimiento público, por ejemplo es la aceptación de una compra venta de un bien inmueble, cuya escritura consta en el Protocolo Notarial.

Reforma a la Ley. - Una reforma a la ley es el acto legislativo que permite el cambio de una parte de una ley.

Suscripción. - La suscripción de un documento es la firma puesto al final del documento que denota la aceptación del contenido de dicho documento, por parte del firmante.

Formalidad del acto jurídico notarial.- En el Curso de Derecho Notarial y Registral en línea la autenticidad en el acto jurídico notarial es el conjunto de principios y normas que regulan la función notarial como objeto esencial y principal y final del Derecho Notarial; la formalidad del acto jurídico realizado en el sistema notarial, es aquella condición que es necesaria para la obtención de un acto, en este caso el acto notarial; estas condiciones dada la historia del ámbito notarial ha sido recogida en la legislación de los antecedentes históricos, y también de la doctrina.

¹⁵ Diccionario en línea www.wordreference.com

El Principio de inmediación. - Dentro del ámbito procesal es el contacto directo del juez con las partes procesales, y el recibimiento de los medios probatorios en directo; el fin del principio de inmediación, dentro de un juicio es que el juez al ver a cada sujeto tenga una visión directa de lo sucedido, y que la recreación de la realidad sea percibida directamente por el Juez, para que se ajuste lo más posible a la realidad, de esta manera su resolución será lo más justa posible.

El Código Orgánico de la Función Judicial, señala: *“Art. 19.- PRINCIPIOS DISPOSITIVO, DE INMEDIACION Y CONCENTRACION. - Todo proceso judicial se promueve por iniciativa de parte legitimada. Las juezas y jueces resolverán de conformidad con lo fijado por las partes como objeto del proceso y en mérito de las pruebas pedidas, ordenadas y actuadas de conformidad con la ley. Sin embargo, en los procesos que versen sobre garantías jurisdiccionales, en caso de constatarse la vulneración de derechos que no fuera expresamente invocada por los afectados, las juezas y jueces podrán pronunciarse sobre tal cuestión en la resolución que expidieren, sin que pueda acusarse al fallo de incongruencia por este motivo. Los procesos se sustanciarán con la intervención directa de las juezas y jueces que conozcan de la causa. Se propenderá a reunir la actividad procesal en la menor cantidad posible de actos, para lograr la concentración que contribuya a la celeridad del proceso”.* (la negrilla es propia).

El tratadista Argentino Neri, en su libro Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial¹⁶ señala sobre la inmediación que es la cercanía o contigüidad, dice que aplicado al derecho notarial es la proximidad entre las partes que intervienen en la función notarial y el notario, habrían dos momentos, la cercanía entre el notario y los intervinientes, y entre las partes, todos yendo al documento público; se entiende entonces que el Principio de Inmediación tiene mucha cercanía con la “Unidad de Acto Notarial”; señala que la inmediación supone una vinculación de hecho creada directamente entre el notario y las partes, y que las partes debían estar bajo la dependencia in mediata del funcionario actuante.

¹⁶ NERI. Argentino, “Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial”, volumen 1 primera Edición, Editorial depalma Buenos Aires Argentina. 1980.

Por ende, el Principio de Inmediación, originario en el Derecho procesal, se adapta y se aplica al Derecho Notarial, cuando el Notario tiene a las partes en su presencia, y puede ventilar su capacidad legal, intención, voluntad, para la realización de dicho acto.

Que es la “Unidad de Acto Notarial”. - Para Adhémara H. Arámbula, en su Libro “La Unidad de Acto Notarial” y el Otorgamiento sucesivo” la “Unidad de Acto Notarial” es: *“El acuerdo de voluntades o sea la “unidad volitiva”, es el presupuesto lógico y necesario del negocio jurídico. Esa unidad intrínseca de la relación jurídica substantiva culmina en el otorgamiento. Las “formas” de materializar esa unidad “volitiva” —concretada en el otorgamiento— se refieren al instrumento en sí mismo. De modo que, la unidad volitiva concierne al negocio en tanto la unidad formal se refiere al documento. Aquélla siempre es sustancial y necesaria. Esta otra puede o no ser preceptiva, ya que el otorgamiento puede especificarse en “forma” distinta.*

Nuestra Ley Notarial en el artículo 29, que ha sido transcrito y consta en la página 22, detalla la forma y los elementos que debe contener una escritura, e inicia señalando la fecha, los nombres, y continúa y concluye indicando que la suscripción de las partes o de los que comparecen y del notario en “un solo acto”, diría entonces, por lo que se entiende de esta redacción, que la “Unidad de Acto Notarial” debe ser la presencia de todas las partes que comparecen en la escritura y el Notario al mismo tiempo, considerando, que se entiende por Unidad el estar todos los elementos que conforman un todo, en este caso el acto que se suscribe con el Notario, sería el todo que nos señala la Ley.

CÁPITULO 5

HACIA UN MEJOR ENTENDIMIENTO Y USO DE LA UNIDAD DEL ACTO NOTARIAL

5.1 Doctrina

Entendemos entonces que la "Unidad de Acto Notarial" de que nos habla la Ley Notarial, se refiere al acto final de la suscripción del documento. Más en la doctrina encontramos un sin número de opiniones sobre la "Unidad de Acto Notarial", y así mencionaremos los siguientes autores.

Para Antonio Rodríguez Adrados, Notario y Catedrático , hay que partir de lo que es un Acto sustancial y "Unidad de Acto Notarial" formal; la "Unidad de Acto Notarial" desde el punto de vista sustancial señala que es la que afecta al negocio, mientras que la formal afecta al instrumento o documento; mientras la "Unidad de Acto

Notarial" sustancial precede en el tiempo a la "Unidad de Acto Notarial" formal, y es la naturaleza mismo del negocio, nace verbalmente y de ahí deriva la necesidad de la presencia de las partes en los mismos tiempo y lugar, su finalidad es evitar en el negocio verbal la contratación entre ausentes, mientras que la "Unidad de Acto Notarial" formal , para él la "Unidad de Acto Notarial" formal se concreta a las personas o comparecientes del documento.

Para Adhémar Carámbula, habla de que existen varias fórmulas legales para el otorgamiento, habla de una orientación tradicional en dónde reconoce la las legislaciones anteriores y actuales establecen la "Unidad de Acto Notarial" en sentido formal, y que es una búsqueda de la unidad volitiva, justificando la unidad material; y señala una orientación moderna, abierta por la doctrina moderna, dónde adapta la "Unidad de Acto Notarial" a las necesidades actuales, de esta manera disminuye el rigor agregando el término sucesivos; y en tercer lugar habla de fórmulas legislativas a través de la frase "otorgamientos sucesivos".

El maestro Carlos Nicolás Gattari en su libro "Manual de Derecho Notarial" manifiesta que la realidad es que el escribano comparece la venerable ley de 1893 en que 1986 cumplió un centenario y que en su artículo 210 señala que el otorgamiento de la escritura, firma de las partes debe hacerse en un solo acto, que como se hace para no destituirlo, sino que son las circunstancias de la época masiva, y se pregunta ¿cómo compaginar una realidad acuciante que se ríe de las normas, con las angustias del notario intentando infructuosamente cumplirlas?; con esto ilustra la urgencia de tratar este tema.

Para el tratadista Argentino I. Neri, la "Unidad de Acto Notarial" es una audiencia notarial dónde acuden todas las partes, si hay testigos ellos incluidos con el notario, dónde el notario recoge la voluntad de las partes, y verifica la voluntad de las partes, y que todos estando en la lectura hacen una suscripción simultánea, que de esta manera dice el tratadista se cumple la unidad de tiempo y acción.

Para el escribano Dr. José María Mustapich, la "Unidad de Acto Notarial" formalista pasó del negocio jurídico al instrumento, señala que se llama integridad la fe pública y dice: "la falta de unidad, de acto instrumental no es causa de nulidad, es falsedad";

manifiesta que para que exista "Unidad de Acto Notarial" deben coexistir siete requisitos que son: La presencia del Notario, de los otorgantes, de los testigos, la lectura de la escritura, la expresión libre de la voluntad de los firmantes, la suscripción de cada uno de los otorgantes, y la firma y sello del notario.

En forma muy sencilla en el Diccionario Enciclopédico de Derecho Civil de Aníbal Cornejo, encontramos que la "Unidad de Acto Notarial" es el desarrollo continuo de las diferentes fases, el autor ya separa y dice que su cumplimiento es simultáneo o sucesivo sin interrupción, con los requisitos necesarios para un acto o contrato jurídico; manifiesta también que la "Unidad de Acto Notarial" es aquella forma solemne y nació originalmente con el testamento, es claro al recordar que antiguamente la unidad de acto era formal verbal, más que hoy en día es una unidad de contexto.

Efectivamente el análisis de la doctrina y de la evolución positiva de la "Unidad de Acto Notarial", nos lleva a que este principio, fue evolucionando, primero como un elemento natural, o perteneciente al iusnaturalismo, dadas las circunstancias, era natural el acudir al escriba y pedir que reduzca a escrito su voluntad, y su deseo de hacerla pública en una Plaza, y que perdure en forma escrita con la ayuda del escriba, hasta quedar escrito y plasmado en forma positiva en la ley. Esta evolución hizo que las leyes exijan la comparecencia de las partes, pasando a ser obligatoria para las partes, ocasionalmente a través de la historia en ciertas legislaciones, en dónde se manifestaba la voluntad de las partes, y su deseo de hacerlo público en la plaza y que perdure a través de la escritura realizada por el escribano.

5.2 Clasificación de los elementos de la Unidad de Acto Notarial

El análisis doctrinario ayudó a separar los elementos de la "Unidad de Acto Notarial", y de esta manera quedan separados dos elementos claves que son los esenciales, y los formales, y se empiezan a independizar las partes de cada elemento, e inclusive se lo empieza a definir, desde el punto de vista temporal, que significa el principio de "Unidad de tiempo", así tenemos las siguientes clasificaciones:

Clasificación de la "Unidad de Acto Notarial" por sus requisitos formales y esenciales:

1.- El elemento volitivo de la "Unidad de Acto Notarial"

Se refiere a su esencia, a la voluntad de las partes de realizar el negocio jurídico, o si es un acta, producida por una persona, es la voluntad de esa persona de realizar ese acto jurídico o declaración ante el Notario, así para un testamento, es la voluntad del testador de realizar un testamento; para quienes constituyen una empresa, es la voluntad de unirse empresarialmente con las especificaciones que quedan escritas en el documento escrito que suscriben, para una liquidación de la sociedad conyugal, es la voluntad de los ex cónyuges de que los bienes queden de la manera que la suscriben. El elemento volitivo no inicia el día de la suscripción del documento, este elemento inicia con la invitación de uno de los comparecientes, al deseo de configurar lo solicitado, o con una conversación, actos estos que pudieron haber iniciado horas, o días o años antes; tiempo durante el cual se siguen configurando los acuerdos o voluntades conjuntas de llegar a un fin que termina en la suscripción del documento; ya el acudir a la Notaría Pública es parte de la expresión de la voluntad de un prácticamente si al acuerdo, o sellar el acuerdo; para el tratadista Gonzalo Trobo Cabrera, es indagar en qué circunstancias debería darse esa negociación.

2. El elemento formal

Es el documento en sí; el mismo es el que ha evolucionado en su elaboración, al inicio, en Egipto, era reducido a escrito en piedra caliza por parte del escriba, que era la persona que sabía escribir, y redactar la intención de las partes, y de esa manera se mantuvo hasta la edad moderna, en que ya existía mayor facilidad de escritura, y la voluntad de las partes era llevada en forma de escriba al notario, aunque también continuaba la práctica de que el escribano o Notario reduzca a escrito su voluntad. Este se lo suscribe y se lo coloca en el protocolo público, aquí

acuden las partes con sus identificaciones y luego de ser interrogados por el Notario, suscriben el documento.

5.2.1 Clasificación de la "Unidad de Acto Notarial" desde los elementos que la componen.

Desde el punto de vista de los elementos que la componen son:

- a) La unidad de tiempo,
- b) La unidad de lugar,
- c) La unidad de personas; y
- d) La unidad de acción, que no es más que la unión en el mismo lugar y a la misma hora los comparecientes, para la suscripción de una escritura.

5.2.2 Clasificación de la "Unidad de Acto Notarial" desde las diferentes escenas que la componen

a) "Unidad de Acto Notarial" ideal. - es aquella originaria, en que se le dicta al notario o se describe la voluntad de las partes al notario, el notario la escribe, la redacta y todos la suscriben juntos. En este tipo de "Unidad de Acto Notarial" se confunde la parte volitiva con la parte formal, se la puede entender como la forma básica originaria de la "Unidad de Acto Notarial"

b) "Unidad de Acto Notarial" perfecta. - es aquella que inicia con la lectura, y la presencia de todos los comparecientes, así va la lectura, la aceptación, la suscripción, queda entonces fuera de esta etapa la formulación de la petición y la redacción.

c) "Unidad de Acto Notarial" parcial. - la característica de esta "Unidad de Acto Notarial", es que se exige que la unidad sea con el notario, pudiendo hacerse tantos actos como partes concurren ante el notario y se lea el documento y se lo suscriba; así pueden asistir en diferente tiempo las partes, más en el mismo día, y en relación a los mismos testigos, y la unidad se perfecciona en relación al documento.

d) "Unidad de Acto Notarial" sucesiva. - lo único aquí que es lo mismo, es el documento, se caracteriza por que puede ser leída y suscrita en diferentes lugares, en diferentes fechas, y en relación a diferentes testigos de ser necesario, cambian el tiempo el lugar, y queda definido en la voluntad que se transcribe en el documento

En general la evolución del análisis doctrinario de la "Unidad de Acto Notarial" también ha evolucionado y ha crecido, inclusive existen autores señalan a la "Unidad de Acto Notarial" desde el punto de vista temporal que este inicia, cuando inicia la negociación jurídica, y concluye con la suscripción del documento matriz por parte de todos los comparecientes, de esta manera cubren los elementos esenciales y formales de este principio, otros señalan que concluye con suscripciones sucesivas, de esta manera extienden aún más el principio de "Unidad de Acto Notarial"; más considerando el contexto de la redacción de la Ley Notarial en nuestro país, si la volvemos a revisar, al estar ubicada dentro de la forma de redactar una escritura, claramente podemos entender que se refiere al elemento formal de la "Unidad de Acto Notarial", siendo entonces indispensable que las partes suscriban todos ante el Notario Público. Con este contexto, al igual que el servicio notarial español y costarricense, los notarios ecuatorianos, también se encuentran en esta emergencia de intentar cumplir con lo que señala la ley, y que todos acudan a la suscripción en unidad de tiempo y lugar, y en infinitas ocasiones están cometiendo delito de falsedad, y generando actos nulos por falta de cumplimiento a la ley. Los autores que se han mencionado son los que han escrito referente al principio de "Unidad de Acto Notarial", es el único material existente en el universo notarial, del estudio de las bibliotecas tanto de la Universidad Católica de Guayaquil, Universidad Andina de Quito, Universidad de la Américas, y bibliotecas particulares, no se encuentra, que otros autores, se refieran a la "Unidad de Acto Notarial", inclusive revisando libros de derecho empresarial, cuya formalización de actos está ligada al servicio notarial, así la Dra. María Pía Iannuzzelli en su libro "Las Atribuciones del Notario en la Legislación Ecuatoriana"¹⁷ le pone énfasis en la fe notarial, en la fe de haberse leído todo el instrumento a los otorgantes, inclusive

¹⁷ IANNUZZELLI DE VELASQUEZ, Dra. María pía. "LAS ATRIBUCIONES DEL NOTARIO EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA", no hay referencia de la editorial. Fuente. Biblioteca de la Universidad Andina. Ecuador.

señala que sea en presencia del intérprete y testigos, y señala el Art. 29 de la Ley Notarial, pero en ningún momento se refiere a la "Unidad de Acto Notarial", por el contrario se salta inmediatamente a la firma y que quienes no sepan firmar, colocarán la huella digital.

El Dr. Camilo Borrero Espinoza en su obra "Práctica Notarial", señala en cuanto a la escritura y a la finalidad del derecho notarial, que tiene como fin una vida comercial sana y seguridad jurídica, y tampoco señala nada sobre la "Unidad de Acto Notarial", al contrario señala que se logra esta seguridad jurídica cuando la voluntad de los contratantes se ajusta al derecho, que el documento que se suscriba tenga permanencia con la utilización de la escritura, y que sea ante un tercero, que es el testigo imparcial, en este caso el Notario.

La Dra. Ana Raquel Nuta en su libro "Curso de Derecho Notarial", hace un análisis profundo de la validez de los contratos y lo califica con una convención bilateral por la que se crean obligaciones, y que para su validez señalan documentos esenciales como la capacidad, consentimiento, objeto, forma y causa; los segundos, los naturales, como el precio por ejemplo de una compraventa, y los accidentales los que existen solo cuando las partes lo agregan expresamente al contrato. Si bien en forma soslayada queda señalada la "Unidad de Acto Notarial" cuando se refiere a la forma de la escritura, y señala el tiempo y formación del acto, nada dice, que el Acto Notarial sea en el mismo lugar y a la misma hora, y exactamente que es lo que se realizaría.

El Dr. Eduardo Calle Saavedra en su libro "El Derecho Notarial Práctico", hace un estudio completo del Art. 29 de la ley Notarial, y va detallando cada numeral, más sin embargo al llegar al numeral 11), se centra en la necesidad de que se presente una minuta firmada por un abogado, a pesar de que en el artículo 1 de la Ley, se señala que debe ser el notario el intérprete de la necesidad.

Sorprende inclusive, que en XV Congreso Internacional del Notariado Latino¹⁸, en que se abordó sobre todos los temas referentes a la Empresa y el Derecho, no se

¹⁸ FEDERACIÓN ECUATORIANA DE NOTARIOS. XV Congreso Internacional del Notariado Latino, del 19 al 26 de mayo de 1979 París-Francia. Quito Ecuador Mayo 2 de 1979

mencionó en ningún momento, ni en ninguna ponencia durante este Congreso, la necesidad de la "Unidad de Acto Notarial".

CAPÍTULO 6

PRESUPUESTO REFORMATARIO A LA LEY NOTARIAL

El punto radica en lo que señala la norma en el artículo 29 numeral 11 de la Ley Notarial, que señala la obligatoriedad de que todos los integrantes, comparecientes a la escritura, suscriban en unidad de acto; y sucede que la experiencia muestra que en muchas ocasiones las partes no comparecen a la misma hora e inclusive el mismo día, y sucede en casos en que los ex cónyuges no desean verse, y cuando los comparecientes no son personas naturales, por ejemplo bancos que suscriben en hipotecas, compraventas, y otros tipos de actos; pues como ya se dijo antes los procesos para las partes y para las notarias e instituciones prestamistas son diferentes, mientras las personas naturales actúan por su cuenta propia, y así acuden a las Notarías, mientras que las instituciones prestamistas trabajan por procesos, por lógica, haciendo que no se cumple la orden de suscribir en el mismo acto todos los comparecientes de una escritura.

CONSIDERANDO

Que, de conformidad al artículo 1 de la Constitución de la República determina que El Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, Social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico.

Que, de conformidad al artículo 11 de la Constitución de la Republica, el ejercicio de los derechos se rigen por los siguientes principios: 1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento; 6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía; 9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

Que la Constitución de la República señala en su artículo 61 numeral 2, que los ecuatorianos y ecuatorianas tienen derecho a participar en asuntos de interés pública;

Que la Constitución de la República en su artículo 61 numeral 3 señala que los ecuatorianos y ecuatorianas tienen derecho a Presentar proyectos de iniciativa popular normativa. Que la Constitución de la República en su artículo 136 señala que los proyectos de ley deberán referirse a una sola materia y serán presentados a la Presidenta o Presidente de la Asamblea Nacional con la suficiente exposición de motivos.

Que el artículo 120 numeral 6 señala que la Asamblea tendrá como atribución la de Expedir, codificar, reformar y derogar las leyes e interpretarlas con carácter legalmente obligatorio.

RESUELVE

Reformar el artículo 29 numeral 11 de la Ley Notarial por el siguiente:

“11.- La suscripción de los otorgantes o del que contraiga la obligación si el acto o contrato es unilateral, del intérprete y los testigos si lo hubieren, y del notario, después de salvar las enmendaduras o testaduras si las hubiere.” Una vez que el Notario haya verificado los presupuestos del artículo 27, bajo el principio de inmediatez, se permiten los actos notariales sucesivos”.

DISPOSICIÓN FINAL. - La presente Reformatoria de Ley entrará en vigencia a partir de la fecha de su publicación en el Registro Oficial.

Dado y suscrito en la sede de la Asamblea Nacional, ubicada en el Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha, a los 17 días de Julio de 2017. Dr. Alfredo Serrano PRESIDENTE DE LA ASAMBLEA NACIONAL

CONCLUSIONES

Uno de los temores, que existe al eliminar la "Unidad de Acto Notarial" de la Ley bajo el concepto actual, es que se pierda la seguridad jurídica de la garantía que existe en la suscripción de un acto público, que pasa a estar en los protocolos públicos, y que no sea esta publicidad -el estar en los protocolos- una garantía de su legalidad; sin embargo de lo revisado, queda claro que existe ambigüedad o más bien el concepto de "Unidad de Acto Notarial" Evolucionó", en la antigüedad era la participación de todos ante el escriba, mientras que ahora, este concepto e Unidad de Acto Notarial, se lo considera como el Acto en sí que inicia, primero con las negociaciones, y concluye al final con la suscripción del acto; esta diversidad de conceptos los encontramos en la doctrina, así el jurista escribano Argentino Neri en su comentario en cuanto al Acto Notarial en el libro Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial en la página 380 señala que la "Unidad de Acto Notarial" tiene lugar en la Audiencia notarial, y que existe conexidad entre tres circunstancias predominantes que son: La unidad de contexto, la unidad de tiempo y la unidad de lugar; por otro lado el Escribano José María Mustapich en su libro Tratado teórico y Práctico del Derecho Notarial, en la página 490, se refiere al II Congreso Internacional de Notariado Latino y señala que la "Unidad de Acto Notarial" en escrituras públicas constituye un requisito preponderante, pero que tratándose de un acto entre vivos no es prudente fijar de manera absoluta la obligatoriedad de dicho principio y señala que votaron a favor de esto Argentina, Bélgica, Italia, España, Holanda y Portugal y el Vaticano se sumó a posterior. Más allá de ello también se ha hablado del Principio de intermediación, que bien se puede considerar como la comparecencia de todos, más sin embargo, que es lo que requiere el Notario de la "Unidad de Acto Notarial", es conocer la voluntad de las partes y de lo

que suscriben para ello lo que requieren y es aún mejor es estar a solas cada uno con el Notario para conocer la real intención de cada uno de ellos, y eso si garantiza el acto Notarial, por ello, la entrevista de cada una de las partes es necesaria, más el hecho de que sean sucesivas, no afecta en ningún momento la seguridad jurídica notarial.

Adaptar el Acto Notarial Latino a las necesidades de la sociedad actual no afecta su garantía, de hecho esto ya fue analizado y señalado por Carlos Gattari en su "Manual de Derecho Notarial" en la página 135, donde señala que en los casos de pluralidad de otorgantes y que no exista entrega de dinero, valores, o cosas en presencia del notario, se podría suscribir escrituras en distintas horas el mismo día del otorgamiento siempre que no se modifique el texto definitivo de lo que se va a suscribir, esto fue señalado ya en 1988; es decir que tranquilamente se puede adaptar el Acto Notarial Latino a la suscripción continua y separada sin necesidad de que se afecte su garantía.

Podemos concluir que la Formalidad Jurídica del Acto Notarial se cumple con la "Unidad de Acto Notarial" sucesiva, por las razones señaladas, y elevar el cumplimiento de la ley a un 95% al menos, mejorando la seguridad jurídica del país gracias a un cambio en la ley que ajusta a la realidad actual.

RECOMENDACIONES

Se recomienda el cambio del Artículo 29 de la Ley Notarial Ecuatoriana en su numeral 11 que señala:

- “Art. 29.- La escritura pública deberá redactarse en castellano y comprenderá: 11.- La suscripción de los otorgantes o del que contraiga la obligación si el acto o contrato es unilateral, del intérprete y los testigos si lo hubieren, y del notario, en un sólo acto, después de salvar las enmendaduras o testaduras si las hubiere.” (el subrayado es propio)

Por:

- 11.- La suscripción de los otorgantes o del que contraiga la obligación si el acto o contrato es unilateral, del intérprete y los testigos si lo hubieren, y del notario, después de salvar las enmendaduras o testaduras si las hubiere.” Una vez que el Notario haya verificado los presupuestos del artículo 27, bajo el principio de inmediación, se permiten los actos notariales sucesivos.

Además, Se recomienda a las Facultades de Derecho dar a conocer la evolución de las normas, del Principio de “Unidad de Acto Notarial”, el de inmediación, sus semejanzas y diferencias, y la evolución del concepto doctrinario de la UNIDAD DE ACTO y que el colegio de Notarios que sea esa institución la que presente la reforma a la Ley Notarial, ante la Asamblea Nacional, explicando las necesidades de cambio, y obtener la reforma necesaria, y darla a conocer posteriormente al público.

También existen otros aspectos a modernizar en la ley, como son el tecnológico, la jurisdicción urgentes para adaptar la ley a los requerimientos actuales.

Finalmente es obligación de esta autora recomendar la Reforma a la Ley Notarial lo más pronto posible para garantizar la seguridad jurídica en el país.

Glosario

Suscripción. - de acuerdo con el diccionario en línea definición de, suscripción es el acto y el resultado de suscribirse o suscribir, es un verbo que puede emplearse para nombrar una decisión de una persona de registrarse o abonarse en algún tipo de servicio. Entiéndase entonces que es la aceptación de lo que consta en un documento, no es la firma sola, es la firma que acepta lo que el documento señala.

Formalidad. - De acuerdo con el diccionario en línea de acceso libre, formalidad es el conjunto de normas, requisitos y reglas que hay que cumplir para realizar, o conseguir, o tramitar algo.

Negociación. - De acuerdo al diccionario en línea de acceso libre es el acto de negociar, que consiste en comerciar mercaderías o valores, o tratar asuntos de carácter público, privados o diplomáticos.

Capacidad legal. - Es la aptitud general para ser titular de las relaciones jurídicas, titular de derechos y obligaciones; esta aptitud permite ser sujeto de derechos y obligaciones, es inherente a toda persona mayor de edad, y según algunas constituciones desde su nacimiento. Fuente, Diccionario jurídico en línea.

Reconocimiento. - Se entiende reconocimiento, en su forma textual, como volver a conocer, o volver a ver, pero también se lo entiende como la acción de distinguir a una persona o cosa entre las demás, como consecuencia de sus características y rasgos, este acto es reconocimiento; fuente el diccionario en línea ABC.

Publicidad. - es una técnica destinada a difundir o informar al público sobre un bien o servicios, puede ser a través de los medios de comunicación, también se usa la publicidad para informar al consumidor potencial de un bien o servicio, fuente diccionario en línea ABC.

LEYES

- i. Constitución de la República del Ecuador.
- ii. Código Orgánico de la Función Judicial 2008.
- iii. Ley notarial del Ecuador.
- iv. Ley Notarial Argentina.
- v. Ley Notarial Uruguay.
- vi. Ley Notarial Española.
- vii. Código Civil de Chile.

BIBLIOGRAFÍA

Borrero Espinosa, Camilo; "Practica Notarial" Tomo I, Primera Edición, Loja Ecuador. 1994.

Calle Saavedra, Dr. Eduardo. "El Derecho Notarial Practico" Editorial Indeca, Guayaquil-Ecuador. 1983.

Colegio De Abogados De Loja. "Revista Del Colegio De Abogados De Loja" Editorial Originales & Copias, Loja Ecuador, 2006.

Cornejo Manríquez, Aníbal. "Diccionario Enciclopédico De Derecho Civi" Editorial Jurídica La Ley. Santiago De Chile Chile.

Federación Ecuatoriana De Notarios. Xv Congreso Internacional Del Notariado Latino, Del 19 Al 26 De Mayo De 1979 París-Francia. Quito Ecuador Mayo 2 De 1979.

Gattaro. Carlos Nicolás. "Manual De Derecho Notarial", Ediciones Depalma, Buenos Aires. 1988.

Iannuzzelli De Velasquez, Dra. María Pía. "Las Atribuciones Del Notario En La Legislación Ecuatoriana", No Hay Referencia De La Editorial. Fuente. Biblioteca De La Universidad Andina. Ecuador.

Mustapích. Dr. José María. "Tratado Teórico Y Practico De Derecho Notarial". Tomo 1. Editorial Ediar. Buenos Aires.

Neri. Argentino, "Tratado Teórico Y Práctico De Derecho Notarial", Volumen 1 Primera Edición, Editorial Depalma Buenos Aires Argentina. 1980.

Nuta, Dra. Ana Raquel. "Curso De Derecho Notarial". Editorial Villela Editor. Buenos Aires Argentina. 1999.

Plaza De García, Norma. "Escríbanos Y Notarios", Editorial Luis Perez Larrain 1990. Ecuador.

Revista De La Asociación De Escribanos Del Uruguay, "Quinta Jornada Notarial Uruguaya", Buenos Aires 580; Jornada Del 5 Al 8 De diciembre de 1952, Ponencia Del Notario Esc. Julio R. Bardallo Y Esc. Adhemar Carámbula, Titulado "La "Unidad De Acto Notarial" En Las Escrituras Públicas".

Roura Game. Natacha. "Práctica Notarial Y Tributaria" Ecuador. 2005.

Biblioteca Digital

Carámbula H. Adhémar Esc. "La "Unidad De Acto Notarial" Y El Otorgamiento Sucesivo" Buenos Aires.

Gattari. Carlos Nicolás. "Manual De Derecho Notarial", Ediciones Depalma, Buenos Aires. 1988.

[Http://Elblogderamon.Com/Como-Evitar-La-Unidad-De-Acto-Notarial-Que-HaPerdido-Su-Sentido-En-Muchos-Casos/](http://Elblogderamon.Com/Como-Evitar-La-Unidad-De-Acto-Notarial-Que-HaPerdido-Su-Sentido-En-Muchos-Casos/).

[Http://Www.Elnotario.Es/Index.Php/Hemeroteca/Revista-24/1666-Principio-De-La-Unidad-De-Acto-Formal-0-12874558393726646](http://Www.Elnotario.Es/Index.Php/Hemeroteca/Revista-24/1666-Principio-De-La-Unidad-De-Acto-Formal-0-12874558393726646) Antonio Rodríguez Adrados La "Unidad De Acto Notarial".

Mena Segura, Brizza. "El Principio De La "Unidad De Acto Notarial" Y La Implementación De Excepciones En El Sistema Notarial Costarricense" Tesis Universidad De Costa Rica. 2009

Mustapích, Dr. José María. "Tratado Teórico Y Practico De Derecho Notarial". Tomo 1. Editorial Ediar. Buenos Aires.

Revista Uruguay De Derecho De Familia. Tomo 15. Editorial Instituto Uruguayo De Derecho De Familia Y Menores. Documento De Esc. Dr. Gonzalo M. Trobo Cabrera. Nulidad De Testamentos.

Sánchez Maluf, Miguel, "La Función Notarial En Roma",

Linkografía

- <https://www.fen.com.ec/website/index.php/el-notariado/resena-historica#:~:text=El%20origen%20del%20notario%20ecuatoriano,as%C3%AD%20lo%20determinaban%20en%20estas.>
- [https://www.youtube.com/watch?v=RbgZdOFL8pk.](https://www.youtube.com/watch?v=RbgZdOFL8pk)
- [http://www.encyclopedia-juridica.com/d/derecho-notarial/derecho-notarial.htm.](http://www.encyclopedia-juridica.com/d/derecho-notarial/derecho-notarial.htm)
- [https://www.elnotariado.com/images_db/noticias_archivos/121-LECTURA%20OBLIGATORIA%20descargar.pdf.](https://www.elnotariado.com/images_db/noticias_archivos/121-LECTURA%20OBLIGATORIA%20descargar.pdf)
- [https://www.fen.com.ec/website/index.php/el-notariado/que-es-un-notario.](https://www.fen.com.ec/website/index.php/el-notariado/que-es-un-notario)
- [https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf.](https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf)
- [http://derechonotarialyregistraral.weebly.com/ C.](http://derechonotarialyregistraral.weebly.com/ C)
- [https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/5662/1/T2313-MPDU-Pazmi%C3%B1o-El%20derecho.pdf.](https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/5662/1/T2313-MPDU-Pazmi%C3%B1o-El%20derecho.pdf)
- [https://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/4526/1/TUAMDN001-2013.pdf.](https://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/4526/1/TUAMDN001-2013.pdf)
- <https://derechoecuador.com/historia-del-notariado/#:~:text=Posiblemente%20la%20funci%C3%B3n%20notarial%20tuvo,vida%20social%20y%20econ%C3%B3mica%20de.>
- [http://repositorio.ucsg.edu.ec/bitstream/3317/10834/1/T-UCSG-POS-DNR-31.pdf.](http://repositorio.ucsg.edu.ec/bitstream/3317/10834/1/T-UCSG-POS-DNR-31.pdf)
- [https://www.elnotariado.com/images_db/noticias_archivos/121-LECTURA%20OBLIGATORIA%20descargar.pdf.](https://www.elnotariado.com/images_db/noticias_archivos/121-LECTURA%20OBLIGATORIA%20descargar.pdf)
- [https://www.notariado.org/portal/historia-del-notariado.](https://www.notariado.org/portal/historia-del-notariado)

- <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-24/1666-principio-de-la-unidad-de-acto-formal-0-12874558393726646>.