

**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

SISTEMA DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO NOTARIAL Y REGISTRAL

**Trabajo de Titulación de Examen Complexivo para la obtención del Grado de Magister en
Derecho Notarial y Registral**

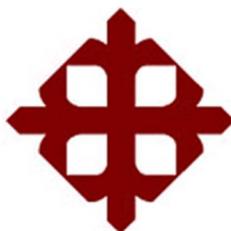
**TEMA: La naturaleza jurídica del Notario y sus actos en el
ordenamiento jurídico ecuatoriano después de las reformas
de 2008**

Autor:

Dr. Roque Armando Farto Benavides

GUAYAQUIL – ECUADOR

2018



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO NOTARIAL Y REGISTRAL**

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo fue realizado en su totalidad por el **Doctor Roque Armando Farto Benavides**, como requerimiento parcial para la obtención del Grado Académico de **Magister en Derecho Notarial y Registral**.

REVISORES

Dr. Francisco Obando F.
Revisor Metodológico

Ab. María José Blum M.
Revisora de Contenido

DIRECTOR DEL PROGRAMA

Dra. Teresa Nuques Martínez

Guayaquil, 29 de mayo del 2018



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO NOTARIAL Y REGISTRAL**

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, Doctor Roque Armando Farto Benavides

DECLARO QUE:

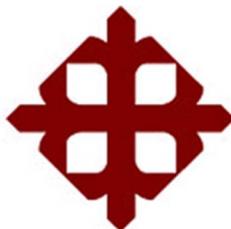
El examen complejo **La naturaleza jurídica del Notario y sus Actos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano después de las reformas de 2008**, previo a la obtención del **Grado Académico de Magister en Derecho Notarial Y Registral**, ha sido desarrollado en base a una investigación exhaustiva, respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan al pie de las páginas correspondientes, cuyas fuentes se incorporan en la bibliografía. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance científico del proyecto de investigación del Grado Académico en mención.

Guayaquil, 29 de mayo del 2018

EL AUTOR

Ab. Maria Auxiliadora Blum Moarry



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO NOTARIAL Y REGISTRAL**

AUTORIZACIÓN

Yo, Doctor Roque Armando Farto Benavides

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, la **publicación** en la biblioteca de la institución del examen complejo **La naturaleza jurídica del Notario y sus actos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano después de las reformas de 2008** cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, 29 de mayo del 2018

EL AUTOR:

Dr. Roque Armando Farto Benavides

Agradecimiento

Agradezco a Dios y a la vida por todo lo que he sonreído.

Dedicatoria

A mi amada Paola Catalina y mis adorados hijos Alejo y Nacho.

Resumen

El presente trabajo es un estudio sobre la naturaleza jurídica del notario y sus actos en la legislación ecuatoriana, a partir de los cambios que se introdujeron en la Constitución de 2008 en los que aparte de reafirmar su condición de funcionario público, se lo califica como auxiliar de la Función Judicial, prestador de un servicio público y autónomo, examinando en qué medida y hasta dónde se pudo ver modificada dicha naturaleza con las ventajas y desventajas que eso puede representar tanto para el notario como para el usuario.

Palabras clave:

Notario / funcionario público / servicio público / autonomía

Abstract

The present work is study upon the legal nature of the Notary and its acts in the Ecuadorian legislation, from the changes that were introduced in the 2008 Constitution in which apart from reaffirming its status as a public official, it is qualified as an auxiliary of the Judicial Function, provider of a public service with autonomic attributions, examining to what extent this nature could be modified with the advantages and disadvantages than this can represent for both the Notary an the user.

Keywords:

Notary / public official / public service / autonomy

Índice

CAPÍTULO I.....	1
INTRODUCCIÓN	1
EL PROBLEMA	1
OBJETIVOS.....	2
OBJETIVO GENERAL	2
OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	2
BREVE DESCRIPCIÓN CONCEPTUAL.....	3
CAPÍTULO II.....	5
DESARROLLO	5
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	5
ANTECEDENTES.....	5
DESCRIPCIÓN DEL OBJETO DE INVESTIGACIÓN.....	12
PREGUNTA PRINCIPAL DE INVESTIGACIÓN	13
PREGUNTAS COMPLEMENTARIAS DE INVESTIGACIÓN	14
INDICADORES.....	14
FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA.....	14
ANTECEDENTES DE ESTUDIO	14
BASES TEÓRICAS.....	16
EL NOTARIO COMO UN FUNCIONARIO PÚBLICO.....	16
LA IMPUGNACIÓN DE LOS ACTOS NOTARIALES	26
EL SERVICIO NOTARIAL COMO SERVICIO PÚBLICO	34
LA AUTONOMÍA DE LA FUNCIÓN NOTARIAL.....	41
DEFINICIÓN DE TÉRMINOS	48
METODOLOGÍA.....	51
MODALIDAD	51
POBLACIÓN Y MUESTRA	51
MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN	81
Métodos teóricos	81
Métodos empíricos	81
Procedimiento.....	81
CAPÍTULO III	82
RESPUESTAS	82

BASES DE DATOS	82
CONCLUSIONES	88
RECOMENDACIONES	93
BIBLIOGRAFÍA	95
ANEXOS	100

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

EL PROBLEMA

El notariado como institución jurídica ha estado presente en el Ecuador desde los tiempos de la colonia y por décadas el Notario en nuestro ordenamiento fue concebido como un ciudadano particular, no necesariamente profesional del derecho, que recibió delegación del poder público para dar fe, autenticar y verificar múltiples actos de naturaleza judicial o extra judicial, sin que por ello reciba remuneración alguna a cargo del Estado. Durante mucho tiempo sus actos no fueron objeto de regulación hasta el apareamiento de la Ley Notarial en 1966 que, por primera, vez delimita el ámbito de sus funciones y actuaciones, ley que experimentó varias reformas posteriores que no afectaron la condición jurídica de ciudadano particular, investido de potestad pública para dar fe de actos y hechos que siempre tuvo el Notario.

Sin embargo, la Constitución de la República (CE), vigente desde 2008, da un giro radical cuando concibe al Notario como funcionario público - auxiliar de la Función Judicial- y reconoce que los servicios notariales son públicos (Art. 199, CE). Además, en conformidad con estos preceptos constitucionales, el Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ), expedido en 2009, no solo ratifica el contenido de dichos conceptos, sino manifiesta que el servicio notarial consiste en el desempeño de una función pública y es autónomo (Art. 296, COFJ). Este cambio conceptual respecto a la naturaleza de los servicios notariales nos lleva a plantearnos varios interrogantes: ¿qué tipo de funcionario público es el Notario? ¿realiza actos administrativos como todo funcionario público que orgánicamente pertenece a la estructura administrativa del Estado? ¿son impugnables los actos notariales? De serlo ¿en qué sede se impugnarían? Interrogante que se justifica porque los actos de los funcionarios públicos son impugnables tanto por vía administrativa como por vía judicial; por ello, de ser los actos notariales actos de funcionario público, éstos también serían objeto de impugnación. Se hace preciso desentrañar esta temática para que el usuario, de creerlo conveniente, no quede en indefensión y haga uso de los mecanismos legales respectivos, máxime si el

Notario ha venido recibiendo atribuciones, anteriormente consideradas propias de un juez en casos de jurisdicción voluntaria.

A esto se suma el hecho de que tampoco hay la suficiente claridad en la ley sobre la forma y límites que tendría el servicio notarial para ejercer su autonomía, lo que lleva a preguntarnos ¿podría el notariado en su calidad de órgano auxiliar de la Función Judicial desarrollar normativa propia para desarrollar sus actividades como ocurre con los órganos que gozan de autonomía? Interrogantes que deben ser respondidas y aclaradas a efectos de que no se vulnere el derecho a la seguridad jurídica, consagrado en la Constitución, en perjuicio del usuario y hasta del propio Notario, tomando en cuenta que el servicio notarial es público y que la propia norma constitucional establece la obligación de todo funcionario público de responder por daños a los particulares y obliga también a que el Estado ejerza en forma inmediata el derecho de repetición en contra de éstos.

OBJETIVOS

OBJETIVO GENERAL

Determinar en qué medida se ha transformado, la naturaleza jurídica de Notario y sus actos, partir de los cambios introducidos en la legislación ecuatoriana desde 2008, en los que por primera vez se concibe al notariado como auxiliar de la Función Judicial, se califica al servicio notarial como público y se otorga autonomía a la actividad notarial.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. Determinar qué tipo de consecuencias existen para el Notario, el ser considerado funcionario público, y a la función notarial auxiliar de la Función Judicial;
2. Determinar si los actos notariales son susceptibles de impugnación y en qué sede lo serían.
3. Identificar las consecuencias que se derivan para la naturaleza jurídica del Notario que sus funciones se hayan calificado como servicio público;
4. Determinar lo que se ha de entenderse por autonomía de la función notarial.

BREVE DESCRIPCIÓN CONCEPTUAL

Se debe considerar que en términos conceptuales y doctrinarios, el estudio metodológico de las Ciencias Jurídicas en los países influenciados históricamente por los sistemas jurídicos de extracción franco romano germana, conocidos como “familia romanista”, según la clasificación del derecho contemporáneo que hace el comparatista francés, René David (David- Jauffret- Spinosi, 2010), como es el caso del derecho ecuatoriano, ha sido dividido en dos grandes ramas o vertientes en función del mayor o menor grado de intervención otorgado al Estado en la vida de los particulares. Éstas son el Derecho Público y el Derecho Privado¹ de las a su vez cuales se derivan el Derecho Administrativo y el Derecho Notarial, respectivamente que, aunque tienen diferentes objetos de estudio, ante la creciente intervención estatal en la actuación notarial como fenómeno presente en las legislaciones de varios países latinoamericanos, han llegado a tan alto grado de interdependencia que han dado origen al denominado Derecho Administrativo Notarial, que aparece como una nueva disciplina jurídica cuyo objeto son las normas, principios y procedimientos relativos a la actuación notarial en el contexto de ciertos actos y procedimientos en que interviene la Administración Pública.

En el ámbito normativo, la vinculación formal entre el Derecho Notarial² con el Derecho Administrativo³ se produce cuando en la Constitución de la República (Art. 199, CE), se establece que los servicios notariales son públicos y también cuando el Código Orgánico de la Función Judicial establece que el notariado es un órgano auxiliar de la Función Judicial y que el servicio notarial consiste en el

¹ Manuel Ossorio, *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*, Buenos Aires, Heliasta, 1984, p. 239, explica que, si bien los autores no coinciden sobre el fundamento de esta división, sí concuerdan en las características de uno y otro, como que el derecho público es irrenunciable, imperativo y de estricta interpretación legal, mientras derecho privado es el privado es renunciabile, facultativo, y prima la autonomía de la voluntad de las partes.

² Manuel Ossorio, *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*, 1ra Electrónica, describe el Derecho Notarial como el Conjunto de normas jurídicas que regulan el ejercicio de la profesión de notario o escribano. En https://conf.unog.ch/tradfraweb/Traduction/Traduction_docs%20generaux/Diccionario%20de%20Ciencias%20Juridicas%20Politicasy%20Sociales%20-%20Manuel%20Ossorio.pdf.

³ Manuel Ossorio, *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*, Buenos Aires, Heliasta, 1984, p. 230, refiriéndose a Diez, quien señala que el Derecho Administrativo es el complejo de principios y normas de Derecho Público interno que regula la organización y la actividad de la Administración Pública, quien a su vez rechaza la opinión de quienes reducen el Derecho Administrativo a la regulación de las relaciones entre la pública administración y los administrados.

desempeño de una función pública, añadiendo además que dicho servicio es autónomo (Art. 296, COFJ).

Sin embargo, esta vinculación entre el Derecho Notarial y el Derecho Administrativo que establece nuestra legislación, si no es aplicada, interpretada e integrada, asumiendo que las funciones y actuaciones notariales son parte armónica del sistema jurídico en su conjunto, puede terminar vulnerando derechos como, por ejemplo, el derecho a la seguridad jurídica, reconocido en la Constitución (Art. 82, CE), en perjuicio del usuario, el Notario e incluso del mismo Estado, máxime si es mandato constitucional que el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos consagrados en la Constitución (Art. 11 No. 9, CE), al tiempo que obliga a toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública a reparar los derechos de los particulares por falta o deficiencia en la prestación de servicios públicos, como también obliga al Estado a ejercer el derecho a la repetición contra las personas responsables por los daños producidos, sin perjuicio de las responsabilidades, civiles, penales y administrativas a que haya lugar.

CAPÍTULO II

DESARROLLO

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

ANTECEDENTES

A efectos de comprender la problemática del presente estudio, referente a la naturaleza jurídica del Notario y sus actos, es menester tomar en cuenta ciertos hitos históricos del Derecho Notarial en el Ecuador, empezando por mencionar que se trata de una de las varias ramas del derecho privado que alcanzaron autonomía respecto del derecho civil. Empero, vale anotar que en nuestro medio la figura del Notario tiene un antecedente colonial en la antigua figura del escribano que se introdujo en nuestro país a través del derecho castellano y que ya existía en un documento jurídico del siglo XIII, denominado como “Las Siete Partidas de la Ley”, elaborado por orden de Don Alfonso “El Sabio”, Rey de Asturias, León y Castilla.

Efectivamente, el escribano era un “funcionario real”, cuya tarea principal en un inicio consistía en escribir, leer y autenticar las leyes dictadas por el Real Consejo de Castilla, órgano de gobierno de máxima jerarquía para el Reino de Castilla y sus colonias americanas que tenía su sede en España. Con el tiempo se le encargó también la redacción de los títulos de diferente naturaleza que el Rey otorgaba a sus gobernados en calidad de “reales mercedes” o “reales favores”, al tiempo que se le otorgó la potestad de escribir las cartas de compra y venta de los bienes raíces que los súbditos realizaban al interior de las villas o ciudades.

Esta concepción sobre la figura y las funciones del escribano se mantuvo sin modificaciones, incluso, hasta después de la independencia del Ecuador, que a la par implicó la abolición del modelo monárquico para sustituirlo por un modelo liberal de corte republicano organizado sobre de la división de poderes del Estado, según se postuló en la Revolución Francesa a finales del siglo XVIII, pero también se puede decir que ya desde la misma época republicana las actuaciones del escribano se empiezan a diversificar y especializar: unos escribanos se encargaron de registrar y dar fe de las leyes que iba generando el poder legislativo; otros daban fe sobre instrumentos privados que se querían elevar a escritura pública, mientras

otros tantos registraban y publicaban los actos de la función ejecutiva y los demás registraban y daban fe de la realización de diligencias y actuaciones judiciales.

En concordancia con esta realidad cabe afirmar que, en el ámbito judicial, el escribano paulatinamente fue recibiendo la denominación de “secretario”, pues cada judicatura debía contar con una persona que se encargaba de firmar sentencias y providencias junto al respectivo juez y que también daba fe de todas las actuaciones oficiales de la judicatura. Circunstancia parecida ocurrió en el ámbito de la Función Ejecutiva pues, en su debido momento se creó la figura del “Secretario Nacional de la Administración Pública”, que es un funcionario que asesora al Presidente de la República en materia de gobierno y administración. Y lo propio ocurre también a nivel del poder legislativo, pues existe la figura del Secretario de la Asamblea Nacional, que no es otra cosa que el fedatario oficial de la normativa que expide el Poder Legislativo. Para el resto de ámbitos, sobre todo, aquellos relacionados con temas de otorgamiento de fe pública al escribano se le denominó simplemente como “Notario”.

Durante mucho tiempo el Notario fue concebido por nuestra legislación como un ciudadano particular que, para desempeñar sus funciones, ni siquiera necesitaba ser profesional del derecho, aunque actuaba, por delegación del poder público para dar fe sobre la autenticidad y verificación de múltiples actos de naturaleza judicial y extrajudicial, establecidos en la ley. Precisamente por su condición de particular, pese a actuar en nombre del poder público, no se lo consideró como empleado o dependiente del Estado, principalmente porque no recibía ninguna remuneración o estipendio estatal, correspondiéndole por cuenta propia financiar la instalación de su despacho, el pago a sus empleados y dependientes, la adquisición de material de oficina, etc., a cambio de lo cual, el Estado le dejaba en entera libertad para fijar los valores a cobrar a los usuarios de sus servicios, que variaban entre notarías.

Igualmente, hablando en términos históricos y en el plano de la responsabilidad notarial, el Notario, aunque siempre estuvo expuesto a enfrentar responsabilidades de carácter civil, penal, laboral y todas aquellas acciones que los usuarios insatisfechos o perjudicados y hasta sus propios empleados estuvieran dispuestos a plantear, no existía ninguna ley ni reglamento que expresa y directamente obligue al Estado a ejercer acciones judiciales contra un Notario como, por

ejemplo, la que actualmente existe y se conoce como Acción de Repetición⁴ que opera el caso de que el Estado se vea obligado a indemnizar a un tercero por culpa de un Notario que en su calidad de funcionario público causó daño.⁵

En realidad, hasta mediados del siglo XX las actuaciones notariales estaban muy poco reglamentadas por las leyes ecuatorianas, esto se explica, entre otras cosas, porque en aquellos tiempos por la situación económica del país no era boyante⁶ lo que volvía muy escaso el tráfico de bienes y servicios dentro de la sociedad ecuatoriana; bien se puede afirmar que en aquellas épocas los notarios realmente brindaban “servicios ocasionales” y principalmente sobre asuntos inmobiliarios.

Pero en la medida en que fue creciendo la economía ecuatoriana, ya se hizo necesario regular las actuaciones notariales, así mediante el Decreto Supremo # 1404, publicado en el Registro Oficial del 11 de noviembre de 1966, entró en vigencia la Ley Notarial, que por primera vez delimitó con exactitud el ámbito de las funciones y actuaciones notariales en el Ecuador, que con el tiempo ha experimentado varias e importantes reformas, como aquella que se estableció treinta años, por la cual el Notario asume atribuciones propias de un Juez en asuntos o casos de jurisdicción voluntaria después (Suplemento RO # 64 de 8 de noviembre de 1996) y otra posterior no menos relevante, que amplió las atribuciones notariales en ese mismo sentido (Registro Oficial # 406 de 28 de noviembre de 2006), con el propósito de descongestionar la sobrecarga de trabajo en las judicaturas, evitando que los Jueces se pronuncien sobre asuntos no controvertidos entre las partes, que por ser sólo de trámite, bien pueden ser

⁴ La Repetición es una acción mediante la cual el Estado ejerce el derecho a recuperar los valores económicos que desembolsó al verse obligado a indemnizar por la mala o incorrecta actuación de un funcionario público. Esta acción tiene sustento en la Constitución de la República (Arts. 11, No 9 y 233, CE), Código Orgánico de la Función Judicial (Art. 33, COFJ), Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (Art. 67, LOGJCC) y Ley Orgánica del Servicio Público (Art. 134, LOSEP)

⁵ Por eso se hace importante aclarar si el Estado estaría obligado a indemnizar a alguien por la mala o indebida actuación de un Notario, habida cuenta que tiene rango de funcionario público.

⁶ Según datos del Fondo Monetario Internacional, en 1960 el ingreso per cápita de los ecuatorianos fue de 222,00 dólares, que para 1966, año en que se promulgó la Ley Notarial, ascendió a 449,00 dólares, que contrasta con los 4.267,00 dólares que registró en 2008, año en que entró en vigencia la actual. Recuperado de https://es.wikipedia.org/wiki/Econom%C3%ADa_de_Ecuador#D.C3.A9cada_de_1960_y_D.C3.A9cada_de_1970.

tramitados ante un Notario, para que los jueces ocupen su tiempo resolviendo únicamente asuntos contenciosos, para que la administración de justicia actúe donde verdaderamente se la necesita.

Hasta antes de 2008, las reformas legislativas en materia notarial no cambiaron sustancialmente, pese a que en 1998 el Ecuador adoptó una nueva Constitución que reemplazó a la de 1978. En 2008 a partir de la aprobación, por la vía del referéndum, de la actual Constitución (Registro Oficial # 449 de 20 de octubre de 2008), se dio un brusco giro en organización jurídica y política del Ecuador, inspirado en una fuerte descarga ideológica que concentró el poder estatal en todos los ámbitos, fenómeno ocasionado por la influencia en quienes ejercieron el poder político ocupando todas las funciones del Estado, de una serie de teorías provenientes de Europa y los Estados Unidos que cobraron fuerza en los años 80 del siglo pasado, identificadas por la doctrina con el nombre genérico de “neo constitucionalismo⁷”.

En efecto, el Ecuador de haber sido concebido como un “Estado de Derecho” hasta la Constitución de 1998, la Constitución de 2008 lo define como un “Estado de derechos y de justicia”, tal como consta en su Art. 1:

“Art.1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos⁸ y justicia social, democrático, soberano e independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.”.

La diferencia entre el “Estado de Derecho” y el Estado de derechos” no es simplemente sintáctica o semántica como podría pensarse a simple vista, pues

⁷ Ramiro Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el derecho en la Constitución de 2008*, UASB- Digital, 2011, p. 53, 54, sostiene que el neoconstitucionalismo es una tendencia que promueve cambios en la concepción tradicional y formal del derecho que pretende innovar la respuesta a problemas concretos: (1) los derechos fundamentales a la violación de derechos; (2) la rigidez de la Constitución a la arbitrariedad de los parlamentarios, (3) la Constitución como norma directamente aplicable sin que requiera desarrollo legislativo para su eficacia; (4) los jueces de la Constitución a la inexistencia de una autoridad que sancione la inobservancia de normas constitucionales. Recuperado de <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2984/1/%c3%81vila%2c%20R-CON-007-El%20neoconstitucionalismo.pdf>.

⁸, Ramiro Ávila, Ob. cit, p. 19, siendo uno de los ideólogos de la Constitución de Montecristi, admite que los calificativos como el de estado “constitucional de derechos”, no lo tiene país alguno de la región ni del mundo y que más bien se trata de propuestas de cambios paradigmáticos que exigen ser conceptualizados para su implementación.

mientras en el primer caso el concepto alude al sometimiento del ejercicio de la autoridad al imperio de la ley para evitar que la autoridad proceda con arbitrariedad, en el segundo, al menos en teoría, la norma constitucional es concebida como de directa aplicación para el ejercicio de los derechos⁹, lo que implica una suerte de sometimiento del contenido de la ley a los derechos y garantías consagrados en la Constitución, para lo cual la resulta sine qua non que la autoridad judicial goce de un gran poder discrecional a la hora de anteponer los derechos que se consideran vulnerados al caso concreto. Esta nueva forma de entender la justicia también terminó por afectar la naturaleza y el ámbito de actuación notarial, así tenemos lo siguiente:

Art.177.- “La Función Judicial se compone de órganos jurisdiccionales, órganos administrativos, órganos auxiliares y órganos autónomos. La ley determinará su estructura, funciones, atribuciones, competencias y todo lo necesario para la adecuada administración de justicia.

Art. 178. 3er. inciso:

Art. 178.- “La Función Judicial tendrá como órganos auxiliares el servicio notarial, los martilladores judiciales, los depositarios judiciales y los demás que determine la ley.”

Del contenido de estos artículos se desprende que, por mandato constitucional al notariado, se le considera parte integrante de la Función Judicial en calidad de órgano auxiliar de la misma, algo que por primera vez ocurre desde el nacimiento de la república.

Pero también en su Sección 12 ma., la Constitución hace referencia específica a la naturaleza del servicio notarial cuando establece por primera vez en la historia de la legislación ecuatoriana que “los servicios notariales son públicos”, lo cual debe entenderse como que las Notarías prestan servicios públicos (CE, Art.199).

Así mismo y en consonancia con estos preceptos constitucionales, el Código Orgánico de la Función Judicial (Registro Oficial, Suplemento # 544 de 9 de

⁹ Rafael Oyarte, *Debido Proceso*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016, p. 24 y 25, explica que el Principio de Aplicación Directa de la Constitución consiste en que no se requiere que los preceptos constitucionales sean desarrollados por normas secundarias para ser efectivos, sea que se refieran a derechos fundamentales o, en general, a normas contenidas en el Código Político.

marzo de 2009), en su Art. 296 1er. Inciso, que fue a su vez reformado por la “Disposición reformativa Segunda numeral 9 de la Ley No. 0” (Registro Oficial Suplemento # 506 de 22 de mayo del 2015), señala:

Art. 296.- “El Notariado es un órgano auxiliar de la Función Judicial y el servicio notarial consiste en el desempeño de una función pública que la realizan las notarías 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. Así como intervenir en ejercicio de la fe pública de la que se encuentran investidos, en los asuntos no contenciosos determinados en la Ley, para autorizar, conceder, aprobar, declarar, extinguir, cancelar y solemnizar situaciones jurídicas respecto de las que se encuentren expresamente facultados en el Código Orgánico General de Procesos (COGEP), la Ley Notarial y otros cuerpos legales.

El servicio notarial es personal, autónomo, exclusivo e imparcial.”.

También es la primera vez que se califica de autónomo al servicio notarial sin que exista ninguna otra norma que haga las respectivas precisiones sobre los ámbitos en que se ejercerá dicha autonomía.

Cabe señalar que estas nuevas concepciones acerca de la naturaleza jurídica y actos de la función notarial que constan en la Constitución y las leyes, rebasan el caduco contenido del Art. 6 de la Ley Notarial en cuanto a la definición de Notario, que expresa siguiente:

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.”.

Pero sin perjuicio de lo alejada de la realidad actual que está la definición de este artículo, sobre todo a partir de los cambios operados desde 2008, la comprensión de las atribuciones y actuaciones notariales no pueden examinarse manera aislada, pues hay que tomar en cuenta que el Notario finalmente actúa dentro de un escenario integral que es el sistema jurídico y que contiene normas que trazan su estatuto jurídico más allá de lo que dice la Ley Notarial.

Así, huelga mencionar que baste sea considerado en nuestra legislación como funcionario público, para que el Notario quede sometido a los principios constitucionales que rigen la función pública en general, como los siguientes:

Art. 11.- “El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos

El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas (...).”.

Art. 53.- “Las empresas, instituciones y organismos que presten servicios públicos deberán incorporar sistemas de medición de satisfacción de las personas usuarias y consumidoras, y poner en práctica sistemas de atención y reparación. El Estado responderá civilmente por los daños y perjuicios causados a las personas por negligencia y descuido en la atención de los servicios públicos que estén a su cargo, y por la carencia de servicios que hayan sido pagados.”.

En este mismo sentido, junto con lo que establece la Constitución y siendo el Notario un servidor de la Función Judicial, así como un prestador de servicios públicos, debe actuar bajo los siguientes principios:

Código Orgánico de la Función Judicial:

Art.4.- “PRINCIPIO DE SUPREMACIA CONSTITUCIONAL. - obliga a toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública a reparar los derechos de los particulares por falta o deficiencia en la prestación de servicios públicos, como también obliga al Estado a ejercer el derecho a la repetición contra las personas responsables por los daños producidos, sin perjuicio de las responsabilidades, civiles, penales y administrativas.

Del contenido de estas disposiciones, se puede colegir que, efectivamente, las responsabilidades notariales se han extendido mucho más allá de las que tradicionalmente se contemplaban en nuestra legislación, básicamente reducidas a los ámbitos civil y penal, pues hoy como funcionario integrante de la Función Judicial, el Notario prácticamente quedaría obligado a reparar todo daño que pudiera causar a los usuarios, no solamente como ciudadano particular investido de potestad pública para actuar como fedatario, sino también como prestador de un servicio público, situación que conlleva el riesgo de que cualquier negativa de parte del Notario a tramitar o conceder algo que no resulte de la conveniencia del usuario podría ser tomado como la prestación de un servicio público deficiente o la no prestación del servicio; lo propio puede ocurrir en virtud de la creciente ampliación de las atribuciones notariales para tramitar asuntos de jurisdicción voluntaria, en los cuales el Notario termina, quiérase o no, actuando como si fuera un juez, problema que podría agravarse si como servidor de la Función Judicial se ve abocado a aplicar en forma directa las normas constitucionales.

No obstante, la aplicación de toda esta nueva normativa que redefine la naturaleza jurídica del Notario y sus actos, desarrollada a partir de 2008 y que rebasa el ámbito de la Ley Notarial, tampoco puede vulnerar el derecho a la seguridad jurídica consagrado en el artículo 82 de la misma Constitución, al que no solo tiene derecho el usuario sino también el Notario, de allí la necesidad que se tiene con este estudio de contribuir en la aclaración y alcance de ciertos conceptos y procedimientos.

DESCRIPCIÓN DEL OBJETO DE INVESTIGACIÓN

El objeto de la presente investigación es el Notario y sus actos, en cuánto a su naturaleza jurídica, a efectos de determinar si ésta ha sufrido transformaciones con sus respectivas consecuencias, tomando en cuenta que, desde la entrada en vigencia de la actual Constitución de la República, en octubre de 2008, la función notarial ha trascendido el ámbito del derecho notarial para penetrar en el ámbito del derecho administrativo.

De hecho, la Ley Notarial, vigente desde 1966, se ha vuelto insuficiente a la hora de delimitar el marco normativo dentro del cual el Notario realiza sus actividades, y por ende determinar su naturaleza, a sus actividades y con rango

superior también se refieren la Constitución, y en el Código Orgánico General de Procesos, al punto que esta misma ley en su artículo 3, establece que en caso de oposición entre lo que disponen la Ley Notarial y el Código Orgánico de la Función Judicial, prevalecerán las disposiciones del segundo.

Dado que en la propia Constitución el Notario es concebido como funcionario público en calidad de la auxiliar de la Función Judicial, nos interesará saber si le son aplicables las mismas responsabilidades y sanciones que pesan sobre los funcionarios públicos que actúan en los diferentes órganos de la administración pública como, por ejemplo, aquella referente al derecho de repetición que tiene el Estado contra aquellos que, ejerciendo una potestad pública, causaren daños a los particulares, tomando en cuenta que el notario presta un servicio público. También nos interesará saber si siendo el Notario funcionario público, las actuaciones notariales son impugnables y, de serlo, en qué sede tendría lugar tal impugnación, al igual que consideramos necesario identificar qué consecuencias se derivan del hecho de que el Notario sea prestador de un servicio público y, finalmente nos es necesario desentrañar qué implica que la función notarial haya sido calificada como “autónoma”, según el artículo 296 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Lo que se descubra en esta investigación nos permitirá conocer la naturaleza jurídica de la función notarial, así como saber si el marco jurídico que le es aplicable, garantiza o no la seguridad jurídica consagrada en el artículo 82 de la Constitución.

PREGUNTA PRINCIPAL DE INVESTIGACIÓN

¿Qué transformaciones ha experimentado la naturaleza jurídica del Notario y sus actos, después de los cambios constitucionales y legislativos experimentados por el Ecuador a partir de 2008, que lo asumen como auxiliar de la Función Judicial, prestador de un servicio público y funcionario autónomo?

PREGUNTAS COMPLEMENTARIAS DE INVESTIGACIÓN

¿Qué tipo de funcionario público sería el Notario después de la Constitución de 2008?

¿Siendo funcionario público son impugnables las actuaciones notariales?

¿En qué sede cabría dicha impugnación?

¿En qué ámbitos de la actuación notarial se presenta problemático que los servicios notariales tengan la categoría de servicio público?

¿Qué hay que entender por autonomía del servicio notarial?

VARIABLE ÚNICA

¿Qué incidencia han tenido los cambios experimentados por la legislación ecuatoriana, desde 2008, en cuanto a la naturaleza jurídica del Notario y sus actos?

INDICADORES

Autonomía

Función Judicial

Funcionario Público

Notario

Servicio Público

FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA

ANTECEDENTES DE ESTUDIO

Los estudios sobre la naturaleza jurídica del Notario son innumerables a nivel latinoamericano pero, pese a ello, ni en la opinión de los tratadistas ni en las diferentes legislaciones que se identifican con el denominado sistema de notariado latino, hay univocidad de criterios a la hora de definir lo que es el Notario y su naturaleza jurídica, el cual en unos casos, ciertamente, es definido como un ciudadano particular, -un profesional del Derecho- que ejerce una función pública; en otros, como un funcionario público propiamente dicho y en otros, como sucede con la legislación peruana que, incluso, le niega expresamente dicha calidad. En

cuanto a su denominación también hay variedad de términos, pues en algunas legislaciones recibe el nombre de “Notario Público”, como ocurre en Costa Rica y en otras se le llama “Escribano Público”, tal es el caso de Argentina y Uruguay, mientras en la legislación ecuatoriana recibe simplemente el nombre de “Notario”.

En el Ecuador si bien es cierto que se han realizado numerosos y significativos estudios sobre la naturaleza jurídica del Notario, sus actos y las cada vez mayores atribuciones que le otorga la ley, que constan en libros, monografías, repositorios, trabajos de graduación de las distintas universidades, artículos en revistas especializadas, etc., no es menos cierto que las variables en ellos enfocadas, difieren de las que se consideran para el presente trabajo, pues pese a la abundancia de información, ésta aún es insuficiente para explicar la incidencia de los cambios que ha experimentado la función notarial a partir de 2008, empezando porque aún quedan dudas respecto a qué tipo de funcionario público es el Notario habida cuenta su reciente pertenencia a la Función Judicial en calidad de auxiliar de la misma. Tampoco se ha abordado con suficiente detenimiento las implicaciones que tiene el haber calificado como público al servicio notarial, ni se ha precisado el alcance de la autonomía de la cual goza el Notario.

Los estudios sobre la naturaleza jurídica del Notario también son abundantes a nivel iberoamericano, en su generalidad, se puede apreciar una tendencia hacia la necesidad de constante modernización de las funciones notariales, muchos de estos estudios han logrado inspirar reformas legislativas en varios países, incluyendo al nuestro, principalmente, las que tienen que ver con el control y monitoreo de las actividades notariales por parte del Estado, así como a la desconcentración de las actividades en las judicaturas mediante el otorgamiento de atribuciones al Notario en asuntos de jurisdicción voluntaria que antes resolvían exclusivamente los jueces ordinarios.

Adicionalmente, es preciso mencionar que, del diferente material físico y electrónico examinado para sustentar la presente investigación, no hemos verificado la existencia de trabajos que combinen en una sola unidad las variables que se plantean en el presente estudio, sobre todo, las que tratan las consecuencias de que el servicio notarial sea público y la referente a lo que debe entenderse por autonomía notarial.

BASES TEÓRICAS

EL NOTARIO COMO UN FUNCIONARIO PÚBLICO

Para tratar este punto se considera necesario mencionar algunos antecedentes importantes respecto de la figura del Notario en su concepción como funcionario público.

En efecto, tratándose de la legislación ecuatoriana, ni siquiera cabría preguntarse si el Notario es o no un funcionario público puesto que así lo establecen la Ley Notarial (Art. 6, LN) y el Código Orgánico de la Función Judicial (Art. 296, COFJ), sin embargo, esta concepción, se inspira en una larga tradición jurídica, presente en la mayoría de legislaciones de tipo latino, ejemplo de esto es la vieja Ley Orgánica del Notariado Español de 1862, documento considerado como la legislación más antigua a nivel iberoamericano en materia notarial, la cual definió al Notario en los siguientes términos:

“De los Notarios

Art. 1 “El Notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales.

Habrà en todo el reino una sola clase de estos funcionarios.”.

Empero, desde una perspectiva histórica más amplia, la figura del Notario y su concepción como funcionario público, es mucho más antigua aún, pues se la puede encontrar en documentos pertenecientes a civilizaciones precristianas como la egipcia, hebrea, persa o la griega. La propia palabra procede de la voz latina *notarius* que significa “el que escribe notas”, de allí que podría afirmarse que la figura del Notario visto como funcionario público, se la asume dentro de la mayoría de los modernos sistemas de notariado latino¹⁰, pudo haber sido inspirada para los siglos venideros en una antigua figura del derecho romano republicano

¹⁰ En el mundo occidental hay dos grandes sistemas notariales: el anglosajón o del Common Law y el notariado latino. En sistema del Common Law, existe la figura del “Notary Public”, que no se concibe como función pública y que puede ser ejercida sin que sea necesario el título de abogado, sino estar en goce de los derechos civiles, su papel se limita a dar fe sobre la autenticidad de las firmas que constan en los documentos sin que tenga responsabilidad alguna sobre su contenido ni obligación de asesorar a nadie.

(27 AC- 235 DC), conocida como *Munnera Publicae*, que se puede entender como “asunto de interés público”, una técnica jurídica a través de la cual se trató de explicar cómo un ciudadano particular o *privus* sin perder su calidad de tal, podía prestar servicios públicos a los ciudadanos romanos, ejerciendo diferentes cargos públicos y magistraturas en nombre del Estado, sin que reciba salario o remuneración y cuya toma de decisiones tampoco comprometían a la administración pública romana¹¹.

Joaquín Escriche, autor español del siglo XIX, afirma en su Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia que entre los romanos se denominaba “notario” al secretario que asistía a las reuniones del Senado y escribía textos con gran velocidad utilizando cifras o abreviaturas todo lo que hablaban los padres conscriptos o recitaban los abogados¹².

El término “funcionario”, también procede de dos palabras latinas: *functio* y *onis* que unidas significan “el que ejecuta o cumple algo” o simplemente, el que desempeña una función. Gómez de Silva, señala que por función se entiende la tarea que corresponde realizar a una institución o entidad, o a sus órganos o personas.¹³

¹¹ Esto puede asimilarse a la actual condición en que se hallan ciertos ciudadanos particulares cuando mediante ley les toca ejercer, sea de forma permanente o transitoria, cierto tipo de potestades públicas. No son funcionarios públicos porque trabajan para sí mismos y no para la Administración Pública. Ejemplos de “*Munnera Publicae*” en la actualidad encontramos en algunas figuras como: notario, concesionario de obras o servicios públicos, contador público, etc., personas naturales o jurídicas de derecho privado que prestan servicios públicos.

¹² Joaquín Escriche. Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, Librería de Rosa, París, pág. 1280. Recuperado de: <https://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=WYZMAQAIAAJ&oi=fnd&pg=PA21&dq=Diccionario+razonado+de+legislaci%C3%B3n+y+jurisprudencia&ots=yExoNC58av&sig=4yddbm2UBIGc6c9gZJp236MJWE#v=onepage&q=Diccionario%20razonado%20de%20legislaci%C3%B3n%20y%20jurisprudencia&f=false>

¹³ Gómez de Silva, citado por Oropeza López, 2005) Recuperado de: <https://books.google.es/books?id=Ekyn07avFKsC&pg=PA37&dq=diferencias+entre+funcionario+p%C3%BAblico+y+servidor+p%C3%BAblico&hl=es&sa#v=onepage&q=diferencias%20entre%20funcionario%20p%C3%BAblico%20y%20servidor%20p%C3%BAblico&f=true>

Rafael Bielsa (1966), autor argentino y referente clásico del Derecho Administrativo, sostiene que funcionario público es:

“(…) el que, en virtud de una designación especial y legal de una manera continua, bajo formas y condiciones determinadas en una esfera de competencia dada, declara o ejecuta la voluntad de Estado para realizar un fin público.” (p. 354).

Pero pese a estos antecedentes, que refieren al Notario como funcionario público, en la doctrina latina aún se sigue discutiendo sobre si las leyes notariales tienen razón o no al catalogarlo de esa manera. Respecto de este debate, Chavarría (2007) expone resumidamente tres corrientes doctrinarias contrapuestas entre sí, desarrolladas por importantes pensadores del derecho civil, derecho procesal civil administrativo como, por ejemplo, Eduardo Couture, I. Neri o Aldo Bustamante. (p. 8).

Así para la tesis denominada “Funcionarista”, el Notario es un funcionario público que actúa en nombre del Estado, pero es remunerado por los usuarios de sus servicios, colocándole en una situación muy particular a nivel de la organización estatal. Para la tesis llamada “Profesionalista”, el Notario no es realmente un funcionario público porque su tarea de fedatario es indelegable mientras que un funcionario público sí puede delegar tareas, por lo que sus servicios son simplemente de carácter técnico y profesional. Y para otra tesis, que pretende ubicarse en lugar intermedio entre las dos, conocida como “Ecléctica”, la función pública de Notario es ejercida por un ciudadano particular que no recibe remuneración del Estado. (Chavarría, 2007). Sin embargo, como lo señala la misma Chavarría, en países como Colombia, Cuba, Venezuela y Portugal existe una clara definición al respecto, pues existe la figura del “notariado de servicios administrativos” dentro de la cual el notariado a partir de ser concebido como un servicio público es prestado en forma directa por empleados de la Función Ejecutiva. (Ob. Cit. p. 3).

Claro es también, aunque en sentido contrario, lo que expresa la legislación peruana que establece expresamente que el Notario no es funcionario público para ningún efecto legal, tal como lo expresa el Art. 4 del al Reglamento del Decreto Legislativo N° 1049 – Decreto Legislativo del Notariado que transcribimos a continuación:

“Artículo 4º. - De la definición

El notario es el profesional del derecho encargado, por delegación del Estado, de una función pública consistente en recibir y dar forma a la voluntad de las partes, redacta los instrumentos adecuados a ese fin, les confiere autenticidad, conserva los originales y expide traslados que dan fe de su contenido. Su función también comprende la comprobación de hechos y la tramitación de asuntos no contenciosos previstos en las leyes de la materia.

El notario no es funcionario público para ningún efecto legal”.

En el Ecuador, desde la aparición de la Ley Notarial en 1966, se ha aceptado la “Tesis Ecléctica” para definir el papel del Notario (art. 6, LN), sin que por ello se haya podido despejar dudas entre los propios notarios respecto de ostentar las características que las propias leyes atribuyen a un funcionario público, por lo que en algunos casos se debió formular consultas a las instancias pertinentes para aclarar los alcances respecto a la concepción del Notario en cuanto funcionario público.

En este sentido, Luis Vargas Hinojosa (2006), ex notario del Cantón Quito-Ecuador, en un estudio de su autoría, refiere un caso concreto sobre el pronunciamiento de la entonces “Comisión de Supervigilancia del Distrito Pichincha, Napo y Sucumbíos”, adscrita a la extinta Corte Suprema de Justicia del Ecuador, efectuado el 17 de mayo de 1995, ante la consulta de un notario del cantón Quito que pidió se aclare si el Notario es o no funcionario público (Vargas, 2006). Sobre la base de la ley que estuvo vigente en aquella época, en resumen, dicha Comisión resolvió:

- Los Notarios se rigen por una ley especial, que les hace funcionarios “especiales”;
- El notario no es un empleado público porque no percibe remuneración del Erario Nacional, ni siquiera de la Función Judicial; percibe honorarios de parte de terceros que reciben sus servicios;
- La Función Judicial es absolutamente independiente de las normas que rigen el servicio público y su funcionamiento;

- El notario no es empleado judicial ni pertenece al sector público, “según criterio expresado por la Corte Suprema de Justicia,¹⁴ publicado en la Gaceta Judicial, serie X, No. 15.”. (p. 50- 52)

Quizá para que ya no queden dudas, y sobre todo, para definir el carácter público de la función notarial es que en la Constitución de 1998 se reconoció que la Función Judicial integraba el “sector público”¹⁵ y eso lo ratificaba la entonces Ley Orgánica de Administración Financiera y Control¹⁶, mientras que con respecto a la situación misma del notario, el extinto Reglamento de Carrera Judicial lo calificaba como “servidor judicial”, es decir, el notario era servidor judicial por reglamento mas no por ley.

El legislador constituyente ecuatoriano en 2008, pretendiendo evitar la dispersión normativa en materia notarial y siguiendo una línea de activismo e intervencionismo estatal, atribuyó al Estado un control más directo de las actividades notariales, ratificando en la Constitución (Arts. 177 y 178, CE), que el Notario es un funcionario público y agregando que en dicha calidad pertenece a la Función Judicial como auxiliar de la misma, enunciado a su vez reiterado en el Código Orgánico de la Función Judicial (Arts. 38, n 5 y 296, COFJ).

Estas nuevas disposiciones nacidas a partir de 2008, en todo caso, sí permiten entender que, como funcionario público, el notario no pertenece a la Función Legislativa ni a la Función Ejecutiva por lo que en materia de responsabilidades no está orgánicamente sujeto a los estatutos que rigen dichas funciones, sino directamente a la Función Judicial en la que actúa como auxiliar, debidamente legitimado por delegación del poder público bajo la supervisión y control del

¹⁴ En efecto, en la Gaceta Judicial, serie X, No. 15, consta la resolución dictada por la Corte Suprema de Justicia de 29 de noviembre de 1975 en la que consta: “las expresiones Magistrados y empleados judiciales comprenden a los Magistrados, jueces, Agentes Fiscales y demás empleados de la Función Judicial sin perjuicio de los que establece la Ley Notarial respecto a los Notarios.”.

¹⁵ El Art. 118 Constitución Política de la República del Ecuador, vigente desde el 01 de agosto de 1998, enumeraba taxativamente cuáles son las instituciones del Estado, y en su numeral 1ro., consta que La Función Judicial es una función del Estado.

¹⁶ Ley Orgánica de Administración Financiera y Control. Art. 383. (Derogada por el Código de Planificación y Finanzas Públicas; Ley 00, publicada en el Registro Oficial Suplemento 306 del 22 de octubre de 2010)

Estado, consecuencia de ello es que en nuestro sistema de su selección, nombramiento, capacitación, fijación de tasas por cobro de servicios, evaluación de desempeño y sanciones se ocupa el Consejo de la Judicatura. (Arts. 298 y ss., COFJ).

Siendo funcionario público el notario tiene obligaciones concretas, tanto frente a la Administración como a los particulares. Respecto de la Administración, debe acatar sus órdenes y directrices, someterse a los controles administrativos a cargo del Consejo de la Judicatura, organismo que también tiene la potestad de aplicarle sanciones disciplinarias (Arts. 200, CE y 254, COFJ) y, frente a los usuarios que acuden al servicio notarial, la de prestar servicios, cualquiera sea quien lo solicite, no teniendo el notario derecho a seleccionar a quien atender porque no se encuentra frente a sus “clientes” sino a los beneficiarios de un servicio público.

Sin embargo, admitiendo que el Notario es un funcionario, que cumple sus tareas de manera “sui generis”:

En primer lugar, porque las notarías o espacios físicos desde donde los notarios prestan sus servicios, no son entidades públicas en el sentido orgánico del término, porque el notario, aunque preste un servicio público, no pierde su calidad de ciudadano particular. En segundo lugar porque las notarías no gozan de personería jurídica, de hecho, las notarías no pueden enmarcarse dentro de ningún tipo o figura de persona jurídica de las reconocidas en nuestra legislación, como son las fundaciones, corporaciones, asociaciones, compañías, etc., sean de carácter público, privado o mixto, lo que trae como consecuencia que el notario siempre es quien directa y personalmente responde por el cumplimiento o incumplimiento de sus obligaciones; las acciones judiciales de un notario son contra su persona mas no contra la notaria.

De igual manera, también es preciso señalar que, aunque el notario es funcionario público, la ley no le faculta delegar funciones a otro órgano o funcionario, como normalmente sucede entre funcionarios dentro del sector público, pues el notario investido por la Ley ya cumple una delegación del propio Estado en calidad de fedatario público. Es más, la función notarial es personal (Art. 296, COFJ), lo cual significa que su ejercicio no puede ser delegado a otro notario, persona o funcionario que pueda hacer sus veces, ello en aplicación del

principio de que “nadie puede delegar facultades que no posee”. Esta característica de la función notarial, sin embargo, no debe ser confundida con la figura del notario suplente, pues el notario suplente no es un delegado del notario titular, ya que su nombramiento proviene del propio Consejo de la Judicatura, de entre nombres que sí puede sugerir el titular, tal como lo expresa el Art. 5 del Reglamento para la Determinación y Ejercicio de Funciones de las Notarías y los Notarios Suplentes. Lo que sí ocurre es que por las actuaciones del suplente termina siendo solidariamente responsable el titular. (Art. 9, *ibíd.*)

En el plano de la actuación notarial, también hay que aclarar que la calidad de funcionario público que la ley ecuatoriana le otorga al notario, no da lugar a que éste imponga órdenes o mandatos a los usuarios, como sí lo hace un funcionario público a través de los actos administrativos, o como hacen los jueces cuando emiten sus providencias en juicio y, ni siquiera, le corresponde fijar los valores o tasas por los servicios prestados; el notario por el contrario, lejos de dar órdenes es un colaborador de los usuarios a quienes debe asesorar debidamente para que sus declaraciones de voluntad surtan los efectos deseados, de la manera más eficaz.

Igualmente, a diferencia de otros funcionarios pertenecientes a la propia Función Judicial que deben actuar de oficio como, por ejemplo, jueces y fiscales, el notario solo puede actuar sobre la base del Principio de Rogación, es decir, por requerimiento, petición o solicitud de los usuarios (Arts. 296 COFJ, 6 LN), los cuales pueden ser personas naturales o jurídicas que, su vez, pueden ser de derecho público o de derecho privado, no obstante, el hecho de que el notario solo puede actuar a petición o rogación, no debe ser confundido con la obligación que tiene de asesorar a los usuarios, esto es, informarles y aconsejarles sobre las solemnidades sustanciales inherentes y requisitos que tienen los distintos actos jurídicos o sobre la procedencia o improcedencia de un trámite, tomando en cuenta que cualquier omisión, exceso, irregularidad, extemporaneidad o arbitrariedad de su parte le coloca en situación de afrontar responsabilidades directas de distinta índole, aclarando que la responsabilidad por sus actuaciones ni solidaria ni subsidiariamente recae sobre la Administración Pública sino sobre su persona.

Ahora bien, expuestas las considerables diferencias existentes entre el estatuto jurídico del notario con el del funcionario público orgánicamente considerado por

pertenecer al sector público y tomando en cuenta, adicionalmente, que el Notario ni siquiera trabaja bajo relación de dependencia laboral con el Estado, cabe preguntarse acerca de las razones, más allá de la larga tradición existente al respecto, que habrían motivado la calificación al notario como funcionario público, apoyándonos en una simple pregunta: ¿cómo se daría fuerza a la fe pública de actos, contratos y manifestaciones de voluntad si el notario no fuera concebido como funcionario público?

Aunque sería un grave error de conocimiento creer que todo funcionario público por el hecho de ser tal se convierte automáticamente en un fedatario, tampoco resulta apresurado afirmar que en el medio ecuatoriano si el notario no fuera definido como funcionario público, difícilmente generaría confianza en la ciudadanía. En nuestro medio si el notario que es en realidad un ciudadano particular encargado de dar fe pública, la daría sin estar investido de potestad legal para hacerlo, es altamente probable que terminaría considerado como un simple testigo, cuyo testimonio sería permanentemente oponible o cuestionable y, por ser producto de un acto de fe privada y no un ejercicio fe pública, sus actos y declaraciones casi no tendrían fuerza probatoria.

El Tribunal Contencioso Administrativo de Costa Rica, explica la asimilación del notario como funcionario público en los siguientes términos:

“(...) el notario público está aceptado como un funcionario público dentro de un régimen especializado. Se le señala o define como funcionario público, por cuanto ejerce privadamente una función pública, con uso de un poder público, a través de la fe pública. Es un funcionario público por delegación.”¹⁷

Tal parece que el carácter de funcionario público atribuido al notario, en las legislaciones que así lo conciben, como es el caso de la nuestra, en principio, estaría sustentado en la necesidad de garantizar el derecho a la seguridad jurídica de los usuarios en aras de legitimar sus manifestaciones de voluntad y asegurar la autenticidad documental, buscando evitar o reducir al mínimo los cuestionamientos o entredichos que podría recibir la fe pública para el caso en que el fedatario fuera un particular que actúe sin haber recibido delegación del poder

¹⁷ Tribunal Contencioso Administrativo de Costa Rica, Sección Primera del II Circuito Judicial de San José. Sentencia No. 293-2001 de las 10: 30 horas, del 19 de septiembre del 2001.

público, por ello su designación siempre ha provenido de dicho poder . Pero desde los cambios efectuados a partir de 2008, ello ya tendría otro tipo de justificaciones adicionales, puesto que la categoría de funcionario público que ostenta el notario, no solo sirve para justificar su actuación como delegado del Estado en materia de otorgamiento de fe pública, sino también para dar legitimidad y volver lógico el control de sus actividades por parte del Consejo de la Judicatura, más aún, si el servicio notarial en la actualidad está concebido como un servicio público, según lo hemos señalado.

Dado que la ley ecuatoriana desde 1966, según se indicó, viene concibiendo al notario como funcionario público, ratificándose tal calidad en las sucesivas reformas legislativas hechas a partir de 2008, la preocupación central ya no sería tanto discutir si el notario es o no un funcionario público, sino más bien en las consecuencias que para el notario y los usuarios tiene que en la Constitución, sobre todo, a la hora del establecimiento de responsabilidades, no se haga ninguna distinción entre lo que serían funcionarios públicos ordinarios y funcionarios públicos “sui generis”, pues el notario por el simple hecho de ser funcionario público y prestar un servicio público, aun cuando no reciba remuneración del Estado (Art. 304, COFJ) ni forme parte de la Administración Pública, queda potencialmente sometido a las responsabilidades constitucionales y legales que rigen la función pública ecuatoriana en general como, por ejemplo, que toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública debe estar dispuesta a reparar los derechos de los particulares por falta o deficiencia en la prestación de servicios públicos, obligando paralelamente al Estado a ejercer el derecho a la repetición contra los responsables por los daños producidos, sin perjuicio de las responsabilidades, civiles, penales y administrativas a que haya lugar (Arts. 11 No. 9 y 53, CE) y la obligación que como auxiliar de la Función Judicial tendría el notario de aplicar normas constitucionales sin necesidad de que se encuentren desarrolladas en normas de menor jerarquía en atención al principio de Supremacía Constitucional (Art. 4, COFJ).

Al respecto de esto último bien pueden surgir conflictos entre las notarías y otros órganos del Estado, valga como ejemplo el caso en que un notario en cumplimiento al tratamiento que deben dar a que las personas con discapacidad que por ley están exoneradas o deben pagar tasas por debajo de las ordinariamente

exigidas por concepto de servicios notariales (Art. 305, COFJ) acepta como certificado de la existencia de la discapacidad del usuario su carnet del Consejo Nacional para la Igualdad de Discapacidades (CONADIS), un organismo ya extinguido por acto administrativo, o sea, un documento que en principio no sería válido pero constituye una prueba de la discapacidad. No obstante, para la Contraloría General del Estado (CGE) el notario al aceptar dicho documento estaría perjudicando al Estado al impedir que ingrese dinero al erario nacional por haber exonerado del pago a quien, por más discapacitado que aparezca a la vista, no tenga la certificación oficial del organismo actualmente competente, que es el Ministerio de Salud, esto porque de acuerdo al Código Orgánico de la Función Judicial el Estado recibe porcentajes del ingreso bruto de las notarías (Art. 304, COFJ), por lo que tratándose de dinero público, sí se justificaría la intervención de la Contraloría, pero por circunstancias como esta cabe preguntarnos si en este caso estaríamos más bien sancionando al notario por aplicar el principio de supremacía constitucional establecido en ese mismo código. Quizá no sean pocos los casos en que la ley y el propio Estado den al notario un tratamiento que no esté acorde a la naturaleza de sus reales actuaciones y responsabilidades.

Pero pese a todo lo dicho, visto que en la legislación ecuatoriana el Notario actúa tanto desde una esfera pública y otra privada y que sus actuaciones en parte tienen características de funcionario y en parte no las tienen es que desde la doctrina generalmente se concluye es un funcionario público “sui generis” o especial, pero esta afirmación no nos resuelve el problema acerca de su naturaleza ya que la Constitución en materia de obligaciones y responsabilidades a los funcionarios públicos, no hace ninguna diferencia entre cuáles serían considerados funcionarios “ordinarios”, que tendrían todas las responsabilidades y quienes serían considerados funcionarios públicos “sui generis”, que tendrían menores o distintos niveles de responsabilidad. Se vuelve urgente que mediante ley se haga esa distinción a efectos de evitar múltiples conflictos en materia de responsabilidades, controles, sanciones y competencias.

Autores muy respetables como Castán Tobeñas (1946), incluso, afirman que la función notarial debería ser considerada como otra función del Estado, junto a las tradicionales Ejecutiva, Legislativa y Judicial porque a través de ella, el Estado

asegura la firmeza, legalidad, autenticidad y publicidad de los hechos jurídicos y derechos de ello derivados. (p. 35).

Considero exagerada la posición del autor, pero nos demuestra con propiedad que el notario actúa como delegado del poder público, la función notarial es socialmente necesaria, pero ello no justifica elevarle a Poder del Estado, máxime si en nuestro país después de casi diez años la creación de “nuevos poderes” como electoral, el ciudadano, control y transparencia a través de la Constitución, en materia de independencia de poderes arroja resultados mucho más negativos que positivos. Baste por ahora, admitir que en los hechos la función notarial es producto de una potestad otorgada por el Estado a un ciudadano para dar forma jurídica a los actos y contratos de los particulares y en esa esfera pertenece a la Función Judicial porque actúa como uno de sus órganos auxiliares, resolviendo, además, casos de jurisdicción voluntaria.

Sin embargo, es valioso para comprender el carácter de funcionario público atribuido al Notario lo que menciona Gomá Salcedo (2011), de que “(...) La Administración Pública termina siendo un tercero protegido por la actuación notarial (...)” (p.25).

LA IMPUGNACIÓN DE LOS ACTOS NOTARIALES

El carácter de funcionario público del Notario y el hecho de que actúa como un delegado de la Administración, pueden hacer pensar que sus actos son impugnables. En términos procesales por impugnación generalmente se entiende aquel acto mediante el cual se objeta o se contradice una actuación o decisión de carácter administrativo judicial, a través de la interposición de un recurso constante en la ley, con el fin de dejar sin efecto o modificar favorablemente tal decisión. Para el tratadista Manuel Ossorio (1984), impugnación es la objeción, refutación, contradicción que se refiere tanto a los actos y escritos de la parte contraria, como a las resoluciones que sean firmes y contra las cuales cabe algún recurso. (p.366).

Entendido lo que es una impugnación y en atención a las actuaciones notariales cabría preguntarse si es que el Notario al ejercer sus funciones toma resoluciones o genera actos administrativos con respecto a los usuarios de sus servicios como,

por ejemplo, un alcalde, un prefecto, un juez, el presidente de la república o un ministro. Si la respuesta es positiva entonces sus actos serían susceptibles de impugnación, caso contrario, no lo serían. Al respecto, es menester aclarar que no daría lo mismo hablar de la “impugnación” de un acto notarial que la posibilidad de oponerse a determinadas actuaciones o conductas de un notario por ser consideradas erróneas o producto de la mala fe. Son dos cosas diferentes, así si en la realización de un acto notarial no se cumple con las formalidades o solemnidades exigidas por la ley como, por ejemplo, para un testamento o una escritura pública, el usuario perjudicado en uso de sus legítimos derechos, no tiene la opción de impugnar el acto ante la autoridad superior de Notario sino más bien de oponerse planteando una queja siguiendo directamente una acción judicial.

Sin embargo, si se admite la posibilidad de que los actos notariales sean impugnables el potencial impugnante o recurrente no sería otro que el usuario del servicio notarial, es decir, una persona natural o jurídica sea de derecho público o de derecho privado, que buscaría el amparo a un derecho subjetivo que considere, le ha sido vulnerado, negado, falseado, mal conocido o desconocido sea total o parcialmente por una actuación del notario frente a la cual consecuentemente merecería la respectiva tutela.

Los actos y actuaciones notariales indebidos, incorrectos, negligentes o fraudulentos, materializadas en instrumentos y documentos de diferente naturaleza, siempre han sido susceptibles de oposición o reclamación por parte de los usuarios o de quien se creyere perjudicado con miras a dejarlos sin validez, eficacia o lograr su rectificación. Los vicios, causales de nulidad de las actuaciones notariales y las acciones judiciales para dejar sin efecto un acto celebrado ante notario, constan expresamente en la ley y generalmente tienen consecuencias en los ámbitos civil, penal, y también administrativo para el caso en que una actuación sea sancionada por esa vía.

No es materia de este estudio examinar el trámite de este tipo de las acciones que caben contra un notario en materia civil, penal y administrativa, más bien abordaremos el tema desde la perspectiva del notario como funcionario público, para determinar si dentro de sus atribuciones se puede encontrar algo asimilable a lo que constituye un acto administrativo y si éste sería impugnables por la vía o

sede administrativa¹⁸, como ocurre con los actos administrativos de los funcionarios públicos con poder de decisión que actúan en los diferentes organismos del Estado, asunto que se vuelve importante si se toma en cuenta que el notario ha asumido atribuciones otrora reservadas a los jueces de lo civil en materia de jurisdicción voluntaria¹⁹.

Al respecto y tratándose de las actuaciones notariales y de sus cada vez más crecientes atribuciones, recurriendo al derecho comparado encontramos a modo de ejemplo un pronunciamiento de la Corte Constitucional de Colombia, la cual ha considerado que:

“(…) en nuestro ordenamiento jurídico, la ley le reconoce a los notarios autoridad cuando les confía atribuciones en las cuales está de por medio el ejercicio de una función pública, pues en ese caso, éstos se colocan en una posición de supremacía frente a quienes acuden al servicio notarial y, por supuesto, los usuarios del servicio quedan obligatoriamente subordinados a las determinaciones que aquél imparta, desde luego, en el ejercicio de sus atribuciones”¹⁶.”.

Pero también aclara:

“(…) 3.6. En lo que concierne, específicamente, al eventual ejercicio de potestades jurisdiccionales por parte de los notarios, la jurisprudencia de esta Corte ha señalado que si bien estos operadores ejercen una función pública en tanto depositarios de la fe pública, y que para tales efectos están investidos de autoridad, esto no los convierte en autoridades administrativas en sentido subjetivo u orgánico, y por ende no puede considerarse incluidos dentro de la hipótesis

¹⁸ Jurisdicción Contenciosa Administrativa: Potestad pública establecida en la Constitución y las leyes que tiene mediante la cual una sala especializada dentro de una específica esfera territorial, conoce y decide sobre las actuaciones de la Administración Pública ante reclamaciones a sus actuaciones interpuestas por los administrados.

¹⁹ Con relación a las atribuciones jurisdiccionales del notario, hay que admitir que no es algo nuevo, pues ya en la Alta Edad Media, el notario o escribano actuó en calidad de “iudex chartularius”, una ficción jurídica creada en el siglo XI por la Escuela de los Glosadores por la cual se atribuyó al notario la calidad de Juez en los casos de jurisdicción voluntaria, encargado de la “praecepta gaurentigiae” o “precepto de garantía” que era aquella cláusula que daba a una escritura el valor de título ejecutivo para poder iniciar lo que hoy conocemos como un proceso de ejecución o juicio ejecutivo. (Fairén Guillén, 2004). Pág. 35: Sobre la Historia del Juicio Sumario Ejecutivo en Valencia. La Ordenación del Rey Don Martín I de 1403, Universidad de Valencia) en <https://books.google.com.ec/books?id=Yug5ewIzeeIC&pg=PA37&dq=qu%C3%A9+es+iudex+chartularius&hl=es-419&sa=X&ved=0ahUKEwi--qbtj9TTAhUE1CYKHVDZB0wQ6AEIITAA#v=onepage&q=qu%C3%A9%20es%20iudex%20chartularius&f=false>

prevista en el inciso 3° del artículo 116 de la Constitución según el cual “*Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades*”.²⁰

En este mismo punto, la legislación peruana establece con claridad que la función notarial comprende la comprobación de hechos y la tramitación de asuntos no contenciosos previstos en las leyes de la materia. (Reglamento al “Decreto Legislativo N° 1049 – Decreto Legislativo del Notariado, Art. 4)²¹. (El subrayado me pertenece)

En nuestra legislación las actuaciones notariales, entendidas como atribuciones están descritas, principalmente, en el Art. 18 la Ley Notarial y básicamente consisten en autorizaciones, protocolizaciones, autenticaciones, certificaciones, publicaciones, recepción de declaraciones constitutivas de actos y negocios jurídicos, prácticas de diligencias, registros, solemnizaciones, requerimientos, notificaciones y tramitaciones, a las que se suman las atribuciones otorgadas a través del Código Orgánico General de Procesos (Suplemento del Registro Oficial # 506, de 22 de mayo de 2015) referentes a trámites de jurisdicción voluntaria como divorcio por mutuo consentimiento y terminación de uniones de hecho cuando no hay hijos dependientes, requerimientos a deudores para declararlos en mora, liquidación y disolución de sociedad de bienes, aprobación y reforma de constituciones de sociedades mercantiles y civiles, declaración de posesión notoria del estado civil, partición de bienes hereditarios ¿pero alguna de estas atribuciones es acto administrativo?

Aunque puede ensayarse una respuesta obvia, para afirmar si el notario es o no una autoridad administrativa en el sentido orgánico del término se hace necesario determinar primeramente en qué consiste el acto administrativo y también si el notario dentro de sus actuaciones o a través de sus actos efectivamente lo expide, tomando en cuenta que la Constitución establece que los actos administrativos de

²⁰ Corte Constitucional de Colombia. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-863-12.htm>

²¹ Ministerio de Justicia, Decreto Legislativo No. 1049. Sistema Peruano de Información. Recuperado de: <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2017/04/Decreto-Legislativo-N%C2%BA-1049.pdf>

cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial. (Art. 173, CE) y que ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos (Art. 233, CE). En este sentido el Notario, porque la ley así lo establece, es un funcionario público que además recauda fondos públicos, pues como se señala, parte de lo que ingresa por concepto de cobro de servicios notariales pertenece al Estado (Art. 304, COFJ).

Empecemos por manifestar que la doctrina del derecho público no es unánime respecto a lo que ha de entenderse por acto administrativo, pero generalmente lo que dicen los autores puede resumirse como aquella declaración de voluntad de la Administración que crea, modifica o extingue una determinada relación jurídica entre esta con los particulares. No obstante, en cada caso será apropiado recurrir a las definiciones legislativas; al respecto, tratándose de nuestra legislación el artículo 96 Código Orgánico Administrativo (COA), publicado en el Suplemento del RO # 31 de 07 de julio de 2017, define al acto administrativo en los siguientes términos:

Art. 96: “Acto administrativo es la declaración unilateral de voluntad, efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales o generales, siempre que se agote con su cumplimiento y de forma directa. Se expedirá por cualquier medio documental, físico o digital y quedará constancia en el expediente administrativo.”.

Nótese que en esta definición se habla de la “función administrativa” y no se alude en especial a ninguno de los poderes del Estado. La alusión es al Estado considerado en un sentido subjetivo, el cual está integrado por varios órganos administrativos específicos, que son de diferente naturaleza, características, cumplen funciones administrativas distintas y que además cuentan con un régimen jurídico propio.

Tratándose del notario encontramos que, en verdad, es un funcionario que ejerce autoridad respecto de los usuarios que van en busca de su servicio, principalmente

y que su actuación genera consecuencias jurídicas como la son la creación, modificación y extinción de derechos frente a negocios jurídicos de distinta naturaleza, algo que también ocurre con el acto administrativo. Sin embargo, esta especie de semejanza no bastaría para equiparar la naturaleza y efectos de las actuaciones notariales con los de un funcionario público que genera actos administrativos, por lo que es necesario examinar las diferencias conceptuales y reales existentes de las actuaciones que se dan en uno y otro caso.

Empecemos por mencionar que el citado artículo 96 del Código Orgánico Administrativo (COA) expresa que el acto administrativo es “unilateral” siendo esta la característica o propiedad principal del acto administrativo, esto es, que la titularidad de tal acto corresponde a un solo y único sujeto que resulta ser la Administración, lo cual significa que en mérito de esta titularidad, para que se perfeccione un acto no se necesita del consentimiento de la contraparte que son los administrados, mientras en las actuaciones notariales el notario no actúa como contraparte de los usuarios, sino más bien como un servidor que busca dotar de eficacia a la manifestación de la voluntad de los usuarios²², eso sí, actuando en tal empeño como delegado de la Administración.

Mencionemos también que producto de esa unilateralidad, en el acto administrativo la Administración impone su voluntad a los administrados, en tanto el notario no goza de ninguna prerrogativa legal para imponer su voluntad a la voluntad de los usuarios; el hecho de que el notario formule reparos al fondo o a la forma a los escritos que sustentan los actos que pretenden validar los usuario y sus abogados²³ no significa que esté imponiendo su voluntad sino cumpliendo más bien con su obligación de asesorar con el propósito de que los actos sometidos a su intervención cumplan con todas las solemnidades y requisitos que las leyes exigen para que luego no sean sometidos a oposiciones e impugnaciones ni traigan responsabilidades al propio notario.

Señalemos de igual forma que en el acto administrativo la Administración actúa jurídicamente en un plano superior o de ventaja respecto del administrado y el

²² El Art. 19, a) de la Ley Notarial expresa que es deber del notario interpretar y dar forma legal a la exteriorización de la voluntad de quienes requieran su ministerio.

²³ Art. 20, ibíd., prohíbe al notario autorizar escrituras de personas incapaces, sin los requisitos legales.

notario, en cambio, por más auxiliar de la Función Judicial que sea, no termina siendo una autoridad administrativa en el sentido subjetivo u orgánico del término, pues no actúa en un plano superior porque no está frente a “administrados” a los que impone su voluntad sino frente a simples usuarios de un servicio público a quienes más bien les asesora para que su libre voluntad tenga la eficacia deseada.

Igualmente, en el acto administrativo la Administración siempre actúa de oficio o, más bien dicho, por cuenta propia y lo puede hacer en cualquier momento, en tanto que el Notario solo actúa a requerimiento de parte, es decir, no puede intervenir sin que se lo pidan; sería absurdo pensar que, por ejemplo, un notario pueda imponer a alguien la obligación de divorciarse o de otorgar testamento o la celebración de una venta con reserva de dominio sobre un bien, es por eso que se denomina “usuarios” y no “administrados” a quienes utilizan el servicio notarial.

Se puede aseverar también que el acto administrativo, expresa una voluntad heterónoma o ajena respecto de quien lo genera, porque se origina o deriva en las expresas facultades que la ley concede a la Administración, a diferencia de lo que ocurre con el Notario que actúa como medio o instrumento para expresar la voluntad autónoma de los usuarios, a través de los diferentes negocios jurídicos que estos por propia iniciativa celebran. Esto es tan cierto que de parte de la Administración no pueden emanar actos que no estén tipificados o previstos en la ley²⁴, en tanto, un negocio jurídico sí puede consistir en un acto no tipificado en la ley pero con la única condición de que no esté prohibido, porque lo más importante del negocio es la autodeterminación personal de quienes intervienen.

El acto administrativo nace de la ley y no de la voluntad de unas personas que intervienen en un negocio jurídico, por ello en el acto administrativo lo que principalmente se observa es que sea expedido de conformidad con lo que manda la ley sin que cuenten los motivos o intenciones personales del funcionario que lo expide, los cuales pueden ser de carácter político, religioso, económico, etc.; un acto administrativo puede ser el producto de las mejores intenciones del funcionario que si no se ha expedido observando la ley, simplemente no surte efectos. En el negocio jurídico, en cambio, para el notario siempre será importante

²⁴ Es principio del derecho público que solo se puede hacer lo que expresamente dice la ley y no otra cosa.

conocer la intención con que actúan los usuarios porque es esa voluntad, más que la propia ley es la que permite que tal negocio se realice.

No cabe duda que existen profundas diferencias conceptuales y de naturaleza jurídica entre lo que es un acto administrativo y lo que es un negocio jurídico de carácter privado que es lo que le hace actuar a un notario, por lo que se puede aseverar que técnicamente el Notario es un funcionario público que no expide actos administrativos, esto aun cuando la actuación notarial se desarrolla también dentro de una dimensión procesal en aquellos casos en que la ley le otorga atribuciones que antes eran exclusivas de los jueces, pero respecto de actos jurídicos y a hechos no controvertidos, en cuyo caso si el notario comete una falta como, por ejemplo, participar de buena o mala fe en la falsedad de un documento, la oposición a cargo del usuario o quien resulte perjudicado no se ejercerá por la vía administrativa sino directamente por la vía civil o penal y recaerá sobre los hechos que al Notario le constaron; este reclamo del particular no procede ni significa una vía recursiva, pues a decir verdad la ley no otorga recursos administrativos frente a los actos notariales como el de apelación o el extraordinario de revisión, previstos en el Art. 219 del Código Orgánico Administrativo (COA)

La actuación notarial tiene una enorme trascendencia social, pues está íntimamente vinculada al derecho a la seguridad jurídica de la ciudadanía (Art. 82, CE) a través del otorgamiento de la fe pública, a la que Castañeda Rivas (2015), citando a Verdejo Reyes la describe en sentido jurídico como: “ (...) la necesidad de certidumbre que deben tener los particulares , a fin de que el Estado pueda proteger los derechos dimanantes de éstos garantizándolos contra cualquier violación y en tal sentido la fe pública notarial llena una misión preventiva al construir los actos que ella ampara en una forma de prueba preconstituida suficiente para resolver e impedir posibles conflictos.”. (p. 30, 31) y, precisamente por esa importancia es que al Notario se le ha dotado de autoridad asumiéndole como funcionario público, aun sin que sea una autoridad generadora de actos administrativos.

Dado que en un sentido orgánico los actos del Notario no son subjetivamente administrativos, no les son aplicables los remedios que se aplican a los actos de la

Administración. Los actos notariales que adolezcan de vicios o defectos resultan oponibles mas no impugnables, no existiendo sobre ellos impugnación por la vía administrativa. Un usuario del servicio notarial que no se sienta satisfecho con el servicio recibido o no recibido, tiene el derecho de quejarse ante el Consejo de la Judicatura, órgano que controla y supervisa las actuaciones del Notario y el funcionamiento de las notarías, pero eso en ningún caso significa que esté impugnando un “acto administrativo” generado por el Notario.

De igual manera, ni en el ámbito del derecho notarial ni en el ámbito del derecho administrativo, existe un término equivalente al “silencio administrativo del Notario”, hacerlo sería absurdo.

EL SERVICIO NOTARIAL COMO SERVICIO PÚBLICO

El Art. 314 de la Constitución se refiere a varios servicios públicos que debe prestar el Estado como agua potable, riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias y las demás que determine la ley, y establece que su provisión debe responder a los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad, principios sobre cuyo contenido ha sido desarrollado ampliamente por los estudiosos del derecho administrativo.

Dado que el Notario ha sido concebido como un funcionario público desde el apareamiento mismo de la Ley Notarial en 1966, no es de extrañarse que dentro de una Constitución marcadamente estatista como la ecuatoriana, se haya calificado al servicio notarial como servicio público (Art. 199, CE), como resultado de una tendencia que vienen experimentando algunas legislaciones latinoamericanas, para afianzar el criterio que dicho servicio forma parte de las políticas públicas de un Estado y no debe ser una actividad privada con fines de lucro²⁵. La noción de servicio público se torna importante y relevante dentro de

²⁵ La Corte Constitucional de Colombia sostiene: “(...) Es pertinente afirmar que la función notarial no constituye únicamente un servicio público, sino que configura una función pública iluminada por el depósito de la fe pública, así, se trata de uno de los servicios públicos conocidos o nominados por la jurisprudencia como la esencia del Estado. Corte Constitucional. Sentencia

los modelos de alto intervencionismo estatal como el ecuatoriano desde 2008 que concibe al Ecuador como un Estado de “derechos y justicia” (Art. 1, CE), tomando en cuenta que tiene por objeto satisfacer una necesidad pública, sea prestada directamente por el Estado o por un tercero en su nombre, como es el caso del Notario.

Al respecto, Arratia (2012), afirma:

“(...) El interés público es el resultado de un conjunto de intereses individuales compartidos y coincidentes de un grupo mayoritario de individuos que se asigna a toda comunidad como consecuencia de esa mayoría, que aparece con un contenido concreto, determinable, actual, eventual o potencial, personal y directo de ellos, que pueden reconocer en él, su propio querer y su propia valoración, prevaleciendo sobre los intereses individuales que se lo opongan o lo afecten, a los que desplaza sin aniquilarlos. (...)”. (p. 8)

En este punto y por cuanto la Constitución no menciona expresamente qué es un servicio público, recurriremos a conceptos enunciados por los doctrinarios y tribunales de otros países, que consideramos importantes a efectos de encontrar características comunes que permitan aclarar su contenido y alcance.

Sarmiento García (1994) afirma que [...] la actividad administrativa desarrollada por entidades estatales o por su delegación, que tiene por finalidad satisfacer necesidades individuales de importancia colectiva, mediante prestaciones materiales en especie, periódicas y sistemáticas que constituyen el objeto esencial de una concreta relación jurídica con el administrado y asegurada por normas y principios que tienden a dar prerrogativas de derecho público a quien la cumple para permitirle la mejor satisfacción de las necesidades colectivas.” (p. 55-56)

Rafael Bielsa (1980). “El concepto de servicio público prácticamente se ciñe al de servicio propio. Es servicio público propio, toda acción o prestación (diferenciase desde luego, la acción de la prestación) realizada por la Administración Pública activa, directa o indirectamente, para la satisfacción

C-741/98. MP. Dr. Alejandro Martínez Caballero. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-741-98.htm>

concreta de necesidades colectivas, y asegurada esa acción o prestación por el poder de policía” (p. 462 y 463)

Villegas Basabilvaso (1951). “El Servicio público nace cuando la finalidad de una actividad es satisfacer la necesidad pública (colectiva, de interés público, etc.) Necesidad pública, o necesidad de interés público, significa la suma de las necesidades individuales; no presupone necesariamente que todos los individuos de la sociedad deban tenerla, sino sólo que una mayoría de ellos la tiene.” (p. 51)

Granja Galindo (2006). “La creación de un servicio público consiste simplemente en la aplicación de un régimen legal especial a un conjunto de necesidades públicas, que le permita satisfacerlas de una manera regular y continúa.” (p. 123)

Jorge Danós (2008), citando al Tribunal Constitucional Peruano. “(...) los servicios públicos constituyen “actividades económicas de especial promoción para el desarrollo del país”, de “especial relevancia para la satisfacción de necesidades públicas” y que tienen una “naturaleza esencial para la comunidad”. (p. 258 y 259)’

Y, Bacacorzo (2000) afirma que:

“Toda acción o prestación realizada por la administración pública directa o indirectamente, para la satisfacción concreta de necesidades colectivas asegurada en acción o prestación por el poder de justicia.”

Tomando en cuenta lo dicho, en nuestras propias palabras podemos resumir que servicio público es el conjunto de prestaciones asumidas mediante ley por el Estado que, en uso de sus potestades autoriza a un ente público o privado, sea en forma directa o indirecta, la realización de ciertas actividades para satisfacer necesidades colectivas de manera permanente y sin fines de lucro.

Sin embargo, como lo señala Jeze (2007):

“Crear un servicio público significa declarar aplicables las teorías especiales del derecho público, para la satisfacción de determinado interés general.”. (p. 169)

De estos conceptos y formulaciones podemos obtener ciertas características que serían comunes a toda prestación calificada como servicio público, las cuales

nos servirán de base para hallar una justificación válida de por qué el servicio notarial ha sido calificado como tal por nuestro ordenamiento jurídico y cómo funciona; destacamos las siguientes, que han sido reconocidas por la jurisprudencia internacional²⁶:

- a) Satisfacción de una necesidad pública sin fines de lucro;
- b) Prestación a cargo de entes públicos o privados;
- c) Prestación ininterrumpida y continua;
- d) Obligación de ejecutar la prestación
- e) Creación del servicio mediante leyes y reglamentos.

En función de lo que serían las características del servicio público según la teoría administrativa, pasamos a examinar si en función de cada una de ellas, se justifica que el servicio notarial tenga la categoría de servicio público.

Con relación a si el servicio notarial satisface una necesidad pública, respondemos afirmativamente. En efecto, la Constitución de la República establece que las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos se orientarán a hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos, y se formularán a partir del principio de solidaridad. (Art.85. n 1, CE). Sin embargo, tal como se expuso en los puntos anteriores, el servicio notarial ha venido existiendo siglos antes que aparezca el Estado, precisamente a causa de la necesidad social de revestir de seguridad jurídica a actos y contratos de diferente naturaleza a través del otorgamiento de fe pública, tema sobre el cual se ha escrito mucho, lo que ahora sucede en el Ecuador es que, con la calificación de servicio público al servicio notarial, cambia la naturaleza jurídica del notario en la medida en que los notarios y las notarías están sometidas a un sistema de control y vigilancia del Estado en la misma medida como lo están los funcionarios y las entidades públicas o privadas encargadas de proporcionar servicios básicos, como agua potable, salud, electricidad, etc.

Al ser calificado como público el servicio notarial se busca satisfacer la necesidad social de acceso ciudadano y sin distingo de ninguna naturaleza a un servicio público proporcionado por delegación de la Función Judicial a un

²⁶ 177794. XV.4o.8 A. Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXII, Julio de 2005, Pág. 1538.

particular, cual es la de contar con la “fe pública” a las diversas manifestaciones de la voluntad cuya validez objetiva depende del cumplimiento de requisitos y solemnidades y así garantizar el derecho a la seguridad jurídica (Art. 82, CE). El Notario debe prestar sus servicios a la colectividad sin distinción de persona, es decir, no puede negarse a prestar sus servicios a nadie, pues en el ejercicio de su cargo no actúa como un abogado que goza de libertad para escoger a quien defender o no defender. Un abogado, por ejemplo, bien puede dejar de prestar atención a personas de menores ingresos, el Notario por prestar un servicio público, definitivamente no.

Adicionalmente, al concebirse al Notario como prestatario de un servicio público se asegura a la sociedad que éste no actúe en espacio geográfico de su conveniencia, pues no tiene la opción de escoger en qué cantón o localidad prestará el servicio, ya que una de las mayores justificaciones que tiene un servicio público es proporcionar la mayor cobertura posible, precisamente en los lugares que son poco atractivos para la inversión privada, corresponde al Consejo de la Judicatura hacer la distribución de notarios y notarias dentro del territorio nacional (Art. 8, LN).

En el plano económico, siendo el servicio notarial un servicio público orientado a satisfacer necesidades colectivas, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano se establece que las tasas notariales las fija el Estado a través del Consejo de la Judicatura, al punto que, si la notaria o el notario cobra valores no establecidos por dicho Consejo, comete una falta susceptible de destitución (Art. 303 del COFJ). La ley también exonera a los adultos mayores del pago de tasas notariales (Art. 306, COFJ), todo ello porque se trata de una actividad que no persigue fines de lucro al punto que el propio Estado participa directamente de los ingresos brutos provenientes de una notaría,

El Notario tiene la obligación de presentar su relación de gastos, así como el presupuesto de gastos ordinarios y extraordinarios ante el Consejo de la Judicatura, debiendo además declarar bajo juramento los valores cobrados por los servicios prestados en forma mensual y depositar en la cuenta única del Tesoro Nacional lo

que exceda del monto máximo que le sea permitido percibir por el desempeño de la función notarial que no podrá ser superior al fijado. (Art. 304, COFJ)²⁷.

Sobre si el servicio público puede ser desempeñado por personas privadas o públicas, la doctrina y la practica demuestran que este bien puede ser ejecutado por personas que desempeñan una función pública, los cuales pueden formar parte de algún organismo del Estado en calidad de funcionarios públicos o también por particulares a quienes el Estado ha delegado la satisfacción de una determinada necesidad pública, siendo este es el caso del Notario que, aunque sea considerado como funcionario público para la prestación del servicio, no deja de ser un particular al que le toca responder personalmente por sus acciones u omisiones en el ejercicio de su cargo. Este cabalgar del Notario entre una esfera pública y una privada ha hecho que desde la doctrina denominada Administrativista, se explique su naturaleza advirtiéndolo que “el particular que ejerce funciones públicas o presta servicios públicos no es un funcionario público ni un órgano público, sino precisamente un particular extraño a la organización política”. (Ortiz, 1994, p. 57). Sin embargo, a la hora de la prestación del servicio no importa tanto que el Notario sea o no un funcionario público, sino que su actuación no se desvíe del interés general. Además, a diferencia de otros servicios públicos el servicio notarial al ser prestado por un ciudadano particular beneficia al Estado sin que este invierta ni un solo centavo para prestarlo, pues la ley establece claramente que quienes laboren en las notarías serán trabajadores dependientes de la notaría o del notario, sujetos al Código del Trabajo (Art. 302, COFJ).

Que el Notario brinde un servicio público también significa que la prestación se efectúe de manera ininterrumpida. La ley establece que para el ejercicio notarial son hábiles todos los días y horas del año (art. 5, LN). En este sentido la actividad viene a ser vista como la de un médico que debe estar dispuesto a salvar vidas las 24 horas del día. De hecho, la interrupción de servicios básicos como el agua

²⁷ Sobre este aspecto cabe mencionar que, en 2012, la Federación Ecuatoriana de Notarios, presentó ante la Corte Constitucional una Acción Pública de Inconstitucionalidad, solicitando se declare la inconstitucionalidad parcial por el fondo del artículo 304 del Código Orgánico de la Función Judicial considerando la vulneración de los artículos 199; 233, 266 y 301 de la Constitución. Corte Constitucional. Causa 0035-12-IN.

potable, la electricidad o la comunicación causan múltiples molestias y pérdidas económicas a los usuarios. En nuestro país, aunque las prestaciones de servicios públicos estén garantizadas por la Constitución y las leyes, hay sectores deprimidos en todos los rincones del país que no los reciben o los reciben parcialmente. Tratándose de los servicios notariales las situaciones quizá no sean tan dramáticas y urgentes sino por excepción. En nuestro medio las notarías fijan un horario de atención al público dentro del cual los usuarios pueden concurrir a celebrar sus negocios jurídicos, no obstante, habrá situaciones en que el notario deba, incluso, abandonar su despacho para cumplir determinadas diligencias que requieren su presencia directa, como cuando deba participar en un sorteo, o en el otorgamiento de testamento de una persona cuyo fin es inminente, o concurrir a un sitio para dar fe del estado de un bien, o dar fe de la existencia de una situación jurídica etc. Que el servicio notarial sea ininterrumpido no quiere decir que no pueda realizarse en intervalos, quiere decir más bien que se lo preste de manera continuada y permanente, es decir, mientras la sociedad sienta la necesidad de recibirlo.

A consecuencia de que el servicio notarial deba ser prestado en forma ininterrumpida, se puede colegir que su prestación es obligatoria porque está vinculado al derecho de los usuarios a recibirlo. Esta obligatoriedad debe entenderse como vinculante tanto a la persona del Notario como a la notaría desde la cual atiende. Por ser obligatorio el servicio el Notario está sujeto al control del Consejo de la Judicatura y al de la Contraloría General del Estado. Sin embargo, esto no puede ser entendido como que el Notario es un funcionario que no pueda ausentarse temporalmente del cargo. El Notario tiene derecho a pedir licencia, vacaciones, etc., pues como ser humano está sujeto a las contingencias de la vida. Que el notario fallezca o sea destituido no implica el fin de una notaría. Justamente en atención a la obligatoriedad es que la ley ha previsto la figura del notario suplente quien actúa ante la falta del titular. En este caso, para el usuario y para el Estado importa más el funcionamiento obligatorio de la notaría que el trabajo ininterrumpido de la persona de un notario, porque en el fondo es el Estado el prestador del servicio.

Característica esencial de un servicio público es su creación y extinción mediante ley, en el caso ecuatoriano es la Constitución de la Republica es la que

así lo determina (Art. 199, CE). Esto resulta lógico y necesario por algunas razones como, por ejemplo, que los servicios públicos son una forma de materializar las políticas públicas del Estado volviendo a este responsable directo por la satisfactoria, insatisfactoria o inexistente prestación (Art. 53, CE), o que para la prestación el Estado los debe presupuestar y financiar. Sin un marco legal previo simplemente no hay servicio público, el Estado no lo podría prestar ni controlar ni garantizar que prevalezca el interés general sobre el interés particular como tampoco podría determinar rebajas en los servicios cuando se trate de personas vulnerables como adultos mayores y personas con discapacidad, algo que ocurre en nuestro ordenamiento. (Arts. 37 y 47, CE) Incluso, hay ocasiones en que el Estado ha debido recurrir al uso de la fuerza para prevenir o evitar la interrupción de un servicio público. En nuestra legislación se sanciona la paralización de los servicios públicos, cuando no sea a consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor (Art. 52, CE).

El servicio público que presta el Notario también puede ser calificado de “sui generis” o único en su género, pues no es el Estado el que lo financia como efectivamente ocurre con aquellos que constan en el Art. 314 de la Constitución. Respecto del Notario, el Estado llama a concurso de merecimientos y oposición para ejercer el cargo, vigila, controla y sanciona el desempeño del notario, percibe parte de los ingresos que generan las notarías, pero el levantamiento de la infraestructura de estas, se da a costa del patrimonio personal del notario. En este contexto, consideramos que la calificación al servicio notarial como servicio público, aparece exagerada toda vez que el impacto de no prestarlo es mínimo respecto del que puede causar la no prestación o prestación defectuosa de otros como el agua potable, la electricidad o la comunicación en cuyo caso no son uno o pocos usuarios los afectados, sino comunidades enteras. La calificación al servicio notarial como público sirve como mecanismo de defensa del usuario al amparo de la Constitución en el contexto de un Estado dirigista y garantista (Art. 52, CE).

LA AUTONOMÍA DE LA FUNCIÓN NOTARIAL

En este punto trataremos un tema que respecto de la naturaleza jurídica del Notario y del servicio notarial merece una especial aclaración por los equívocos a

que puede dar lugar, toda vez que, como quedó indicado, el notario se desempeña dentro de una esfera pública y una privada, nos referimos a la autonomía de la función notarial. En efecto, el Art. 296, 2do., inciso del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ) expresa: “El ejercicio de la función notarial es personal, autónomo, exclusivo e imparcial”. (el subrayado me pertenece). Frente a lo cual realmente cabe preguntarse a qué pudo referirse o a qué se refiere el legislador al calificar de autónomo al ejercicio de la función notarial, puesto que se pueden dar muchas y controvertidas interpretaciones, empezando porque la palabra autonomía, de donde procede el término “autónomo” puede ser entendida y aplicada en varios contextos, aun en el ámbito del derecho administrativo. Y en otros ámbitos, hasta se puede confundir con conceptos como independencia, emancipación, soberanía, libertad, etc., porque en algunos contextos pueden resultar sinónimos.

Sin embargo, de plano aclaramos que la función notarial no es independiente, peor libre y soberana, pues el mismo Art. 296 del COFJ, establece que el notariado es “(...) un órgano auxiliar de la Función Judicial (...)”, lo cual también sirve para aclarar que tampoco se trata de una de las funciones en que se halla dividido del poder del Estado; se trata más bien de una función subordinada y dependiente que acata órdenes y mandatos de los órganos que regula sus actividades como lo es el Consejo de la Judicatura. También cabe destacar que en la esfera del de Derecho Administrativo el concepto de autonomía tiene mucha relación con el de descentralización, que también son conceptos diferentes. De hecho, la Constitución se refiere a los “gobiernos autónomos descentralizados”, señalando que éstos están constituidos por las juntas parroquiales rurales, los consejos municipales, los consejos metropolitanos, los consejos provinciales y los consejos regionales, a los cuales les atribuye el goce de “autonomía política administrativa y financiera” (Art. 238, CE), que además, según la propia Constitución, tienen facultades legislativas en el ámbito de sus competencias y jurisdicciones territoriales. (Art. 240, CE). Nótese que dentro de estos órganos en ningún caso se menciona a las notarías.

Para el autor Gabino Fraga (1990), la descentralización implica confiar algunas actividades administrativas a órganos que guardan relación no jerárquica con la

administración central “pero sin que dejen de existir, respecto de ellas, las facultades indispensables para conservar la unidad del poder.” (p. 198), es decir, viene a ser un mecanismo delegativo de poder que tiene por objeto distribuir funciones entre la administración central y los territorios dentro de un mismo Estado, permitiendo mediante ley ciertas entidades que cumplan con labores especializadas, para cuyo propósito tienen potestades legislativas. Adicionalmente, Acosta Romero (2001) anota que, característica común a cada uno de los órganos autónomos descentralizados es tener personalidad jurídica y patrimonio propio. (p. 278).

Como explica Tatiana Cárdenas, cuando la administración pública no asume directamente la prestación de determinados servicios públicos, puede ocurrir que mediante ley se autorice a los particulares para que tomen a su cargo la actividad, esto ocurre en casi todos los países. A este fenómeno jurídico se le ha denominado como descentralización por colaboración²⁸. Tratándose de la actividad de la función notarial, Jorge Ríos Helling (1997) afirma que “El notario, dentro de la Administración Pública pertenece a una descentralización por colaboración”. (p. 103). De hecho, la función notarial puede entenderse como una forma de aplicación de la descentralización por competencias²⁹, sobre todo, si tomamos en cuenta que el Notario ha venido asumiendo atribuciones o competencias antes reservadas a los jueces para los casos de jurisdicción voluntaria, precisamente para descentralizar la actividad de los jueces permitiéndoles que solo se ocupen de los asuntos controversiales. Sin embargo, en el tema específico de la autonomía notarial, ésta no puede ni debe ser entendida como si fuese un atributo similar al de un órgano constitucional autónomo. Los órganos declarados autónomos como son en nuestro ordenamiento los Gobiernos Autónomos Descentralizados (GAD), en ejercicio de su autonomía tienen potestad normativa, es decir, capacidad legislativa, gozan de un cierto margen de independencia respecto del gobierno

²⁸ Tatiana Cárdenas. Descentralización por colaboración de las funciones públicas. Recuperado de: <https://www.gerencie.com/descentralizacion-por-colaboracion-en-las-funciones-publicas-de-caracter-judicial.html>

²⁹ La Corte Constitucional colombiana ha desarrollado ampliamente el tema de la descentralización por competencias con relación al Notario. Ver Anexo 1.

central y a los poderes del Estado, así como también poseen personería jurídica, características de las que no participa la función notarial.

La autonomía atribuida por la ley a la función notarial realmente no es la de un órgano administrativo estatal, porque una notaría no lo es. El tema de la autonomía notarial tiene otro sentido y desde hace mucho tiempo ya ha sido mencionado en la doctrina. Así, por ejemplo, el autor argentino I. Neri, uno de los más citados exponentes en la materia, al hablar de las características que acompañan al notario, asume que éste es funcionario público, libre, autónomo...”. (Neri, 1980. p. 625), lo cual da a entender que el término “autónomo” que se utiliza en el lenguaje del derecho notarial, tiene diferente significado al que se le atribuye en la esfera del derecho administrativo. A ello, súmese que la palabra “autónomo” que se utiliza en el 2do., inciso del artículo 296 del Código Orgánico de la Función Judicial va acompañada de otras como: “personal”, “exclusivo” e “imparcial”, que vienen a ser características y obligaciones del ejercicio de la función notarial y deben ser entendidas en su correcto contexto.

Así, el carácter de “personal” debe entenderse como que el trabajo que desempeña el notario es “intuito in personam”, es decir, de cuerpo presente, en forma indelegable e intransferible a terceros, tal como ocurre con los contratos que celebran los artistas a cuyas presentaciones no pueden llevar sustitutos o reemplazos. Una vez que el Consejo de la Judicatura extiende el nombramiento a determinada persona para el cargo de notario y le asigna el lugar con el respectivo número de notaría, es esa persona nombrada y no otra la que ejercerá el cargo. Tampoco cabe el nombramiento de un notario “ad hoc”, para que actúe expresamente en determinada ocasión. En caso de ausencia temporal de un notario, a causa de calamidad doméstica o goce de vacaciones, la misma ley prevé la actuación de un notario suplente, que no actúa como delegado del titular, sino que es otra persona que también ejerce funciones “intuito in personam”, porque su nombre, sugerido por el notario titular, es aprobado y queda registrado en el Consejo, no siendo posible la actuación de quien no conste oficialmente como el suplente (Art. 301A, COFJ).

El carácter de “exclusivo” de la función notarial, tiene relación con dos cosas. Primero, deber ser entendido respecto de la dedicación del funcionario a la tarea notarial, pues no olvidemos que para ser notario la ley exige se ostente el título de abogado (Art. 299, COFJ) y por tal motivo bien se podría pensar que se puede ejercer simultáneamente la abogacía y la función notarial. Pues en aplicación al Principio de Dedicación Exclusiva, establecido en el Código Orgánico de la Función Judicial, consta claramente que el servicio permanente remunerado o de periodo, en la Función Judicial es incompatible con el ejercicio de la profesión de abogado o de otro cargo público o privado, excepto la docencia universitaria. (Art. 16, COFJ). Por ello, en virtud de la exclusividad, mientras dure en el cargo, un notario tiene la obligación de dedicarse exclusivamente a dicha actividad.

Para ilustrar la incompatibilidad entre el ejercicio de la función notarial y el libre ejercicio de la profesión de abogado, citaremos un pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado (PGE) emitido en 2013, ante una consulta del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Sushufindi que pregunta lo siguiente:

“¿Debe el Notario pagar impuestos de patente, porque es una actividad económica realizada por un profesional del Derecho? ¿Debe pagar, desde que inició sus actividades o desde la fecha que se le notificó con el pago, desde cuándo, o simplemente no debe pagar, por ser un funcionario público, por delegación del Estado para ejercer el servicio Notarial? ¿Debe el notario pagar el impuesto del 1.5 por mil, por los bienes muebles, equipos informáticos, maquinarias que forman parte del activo fijo de oficina, que sirven como herramientas indispensables propias para ejercer sus actividades, considerando que es un servidor público que percibe honorarios que cancelan los usuarios?”.

A lo que Procuraduría responde:

“1.- Los Notarios no son sujetos pasivos del impuesto municipal de patente ni tampoco del impuesto municipal del 1.5 por mil, puesto que los servicios notariales son públicos conforme prevé en forma expresa el artículo 199 de la Constitución de la República y los ingresos de los Notarios no provienen del ejercicio de la profesión sino de la recaudación de las tasas que pagan los usuarios

de los servicios públicos notariales y que están destinadas a los fines establecidos por el artículo 304 del Código Orgánico de la Función Judicial. En consecuencia, con relación a la actividad notarial no se configuran los hechos generadores de los impuestos de patente y del 1.5 por mil, determinados en los artículos 547 y 543 *ibídem*”³⁰

Incluso, la Disposición General Primera de la Ley Notarial, va más allá cuando establece que:

“En las notarías no se admitirá peticiones de trámites de los actos previstos en esta Ley, que no esté patrocinado por un abogado en libre ejercicio profesional, sin relación de dependencia con el Notario actuante.”

Es decir, que, si un abogado que mantiene relación de dependencia respecto de un notario no puede patrocinar trámites ni peticiones en dicha notaría, con mayor razón debe quedar claro que el Notario no puede actuar simultáneamente como abogado.

En segundo lugar, la exclusividad del servicio notarial también tiene que ver con que nadie que no sea notario puede hacer sus veces, excepto en los casos que expresamente determine la ley (Art. 4, LN). Uno de ellos es, por ejemplo, es el otorgamiento de los denominados testamentos privilegiados, que en nuestra legislación son el militar y el marítimo (Art. 1068, CC), que, por razones de fuerza mayor, no pueden ser otorgados ante notario ni se les puede exigir todas las solemnidades que de ordinario se exigen para la validez de un testamento. En el primer caso, se otorgará ante un capitán u oficial con grado superior al de capitán e, incluso, ante el capellán o médico que le asista (Art. 1071, CC), mientras en el segundo caso, se lo puede otorgar ante el comandante de un buque o su segunda autoridad a bordo (Art. 1077, CC). La exclusividad implica, en general, el ejercicio de todas atribuciones que la ley otorga al notario.

El carácter de “imparcial” de la función notarial responde al “Principio de Imparcialidad” (Art. 9, COFJ) que, no es solo un atributo o cualidad exigible a los jueces, pues dado que el notario actúa como asesor de los usuarios a efectos de que los actos celebrados tengan la eficacia deseada, es menester que tal

³⁰ Procuraduría General del Estado. OF: PGE. No.: 11539, de 16 de enero de 2013

asesoramiento, no se alinee con los intereses de una de las partes, sobre todo en asuntos que, habiéndose iniciado como voluntarios, puedan terminar en contenciosos. Un notario no solo debe tomar en cuenta la igualdad de las partes ante la ley, pues en algunos casos deberá equilibrar la relación si se percata de que una de las partes es más débil como en los casos de lesión enorme, si se pone de manifiesto que un vendedor va a recibir del comprador un precio inferior a la mitad del justo precio del objeto en venta, porque en eso hay una actuación de mala fe. Sobre la base de este principio, el notario se puede convertir en un “amable previsor de conflictos”, antes de que se formalice el consentimiento de las partes, porque después de dicha formalización ya no habrá nada que hacer, algo a lo que un abogado no está obligado porque su trabajo es, precisamente, defenderlas en caso de conflicto. Mientras más vulnerabilidad detecta el notario en una de las partes, mayor necesidad existe de su asesoría, no puede actuar automáticamente limitándose a la observación de formalidades legales y haciendo sin discernimiento lo que piden los usuarios. En realidad, mucho se ha hablado de la imparcialidad notarial como una deseada conducta deontológica del Notario.

Desde la comprensión contextual del inciso segundo del artículo 296 del Código de la Función Judicial, el carácter de “autónomo” que se atribuye a la función notarial, no es el que se otorga a un órgano de la administración pública, sino más bien una cualidad o propiedad del servicio notarial que siendo público, no depende del Estado, pues el Notario no opera utilizando recursos públicos, la instalación y equipamiento de una oficina notarial no es de competencia estatal, las relaciones del notario con sus empleados no involucran al Estado, las quejas por un mal prestado servicio notarial no implican una demanda contra el Estado sino contra el notario. El notario carece de potestades reglamentarias, pero en base a la autonomía con la que cuenta, siempre y cuando no contravenga la ley, puede implementar las políticas que crea convenientes dentro de su despacho notarial para el cumplimiento más ágil y eficiente de sus funciones, incluso, con relación a los usuarios. Muchos notarios, por ejemplo, suelen practicar la política de fotografiarse con los comparecientes u otorgantes de un negocio jurídico o trámite, para contar con un medio de prueba en caso de que alguien dude de dicha comparecencia. Así mismo, en muchas notarías ecuatorianas los notarios

implementan mecanismos de estímulo en favor de sus colaboradores, que representan beneficios laborales adicionales a los establecidos en la ley.

La autonomía notarial debe entenderse dentro del plano del derecho notarial mas no dentro del ámbito del derecho administrativo³¹, pues en este segundo campo el Notario actúa como prestador de un servicio público como funcionario no dependiente del Estado sino más bien como un delegado para hacer efectivo el acto de dar fe pública de ciertos actos. Pero justamente por este carácter delegativo, nacido de la ley, que ostenta la función notarial es que no puede confundirse la autonomía con la independencia. En los aspectos anotados en el párrafo anterior el Notario al no depender del Estado puede actuar por cuenta propia, no obstante, tratándose del ejercicio de sus funciones, actuaciones y atribuciones, su libertad para disponer o decidir es mínima. La libertad de actuación es atributo de la independencia más no de la autonomía y eso no tiene el Notario porque solo puede actuar de conformidad con la ley. En las legislaciones que conciben a la actividad notarial como autónoma se parte del supuesto de que ésta no necesariamente se sujeta a ninguno de los tres poderes tradicionales del Estado: Ejecutivo, Legislativo y Judicial, sin embargo, en nuestra legislación el notariado es un órgano auxiliar de la Función Judicial.

DEFINICIÓN DE TÉRMINOS

1. Autonomía. -

El Código Orgánico de Organización Territorial (COOTAD), la define de la siguiente manera:

Artículo. 5.- Autonomía. - La autonomía política, administrativa y financiera de los gobiernos autónomos descentralizados y regímenes especiales prevista en la Constitución comprende el derecho y la capacidad efectiva de estos niveles de gobierno para regirse mediante normas y órganos de gobierno propios, en sus respectivas circunscripciones territoriales, bajo su responsabilidad, sin intervención de otro nivel de

³¹ En el artículo 5 del Código Orgánico de Organización Territorial (COOTAD), constan los conceptos de autonomía política, administrativa y financiera de los gobiernos autónomos descentralizados y regímenes especiales previstos en la Constitución, publicado en el Suplemento Registro Oficial No. 303 de 19 de octubre de 2010.

gobierno y en beneficio de sus habitantes. Esta autonomía se ejercerá de manera responsable y solidaria. En ningún caso pondrá en riesgo el carácter unitario del Estado y no permitirá la secesión del territorio nacional.

2. Funcionario Público. –

Según el tratadista argentino Rafael Bielsa (1966), funcionario público es:

“(...) el que, en virtud de una designación especial y legal de una manera continua, bajo formas y condiciones determinadas en una esfera de competencia dada, declara o ejecuta la voluntad de Estado para realizar un fin público.” (p. 344).

3. Notario. – En la Ley Notarial se dice:

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.

Por su parte, en su Diccionario Notarial, Gonzales Galvis (2015) cita la definición de Notario, formulada en el Primer Congreso Internacional de Notariado Latino, reunido en Buenos Aires, Argentina, en octubre de 1948, que lo describió en los siguientes términos:

“(...) El Notario Latino es el profesional, encargado de una función pública, consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los documentos adecuados a este fin y confiriéndoles autenticidad; conservar los originales de éstos y expedir copias que den fe a su contenido. En su función está comprendida la autenticación de hechos.”. (p. 440).

4. Notariado. –

En el Código Orgánico de la Función Judicial consta:

Art. 296.- “El Notariado es un órgano auxiliar de la Función Judicial y el servicio notarial consiste en el desempeño de una función pública que la realizan las notarías 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. Así como intervenir en ejercicio de la fe pública de la que se encuentran investidos, en los asuntos no contenciosos determinados en la Ley, para autorizar, conceder, aprobar, declarar, extinguir, cancelar y solemnizar situaciones jurídicas respecto de las que se encuentren expresamente facultados en el Código Orgánico General de Procesos (COGEP), la Ley Notarial y otros cuerpos legales. El servicio notarial es personal, autónomo, exclusivo e imparcial.”.

5. Órgano Administrativo. –

El Código Orgánico Administrativo (COA), lo define de la forma que a continuación se describe:

Art. 49.- “El órgano administrativo es la unidad básica de organización de las administraciones públicas.

Sus competencias nacen de la ley y las ejercen los servidores públicos, de conformidad con las normas e instrumentos que regulan su organización y funcionamiento.”.

6. Servicio Público. –

Rafael Bielsa (1980) lo plantea como lo siguiente: “Es servicio público propio, toda acción o prestación (diferenciase desde luego, la acción de la prestación) realizada por la Administración Pública activa, directa o indirectamente, para la satisfacción concreta de necesidades colectivas, y asegurada esa acción o prestación por el poder de policía” (p. 462).

METODOLOGÍA

MODALIDAD

En el presente trabajo de investigación se ha empleado la modalidad cualitativa categórica interactiva debido a que las bases para el desarrollo del trabajo han sido: 1. Constitución de la República (CE), Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ), Ley Notarial (LN), Código Civil (CC), Código Orgánico General de Procesos (COGEP) y Código Orgánico Administrativo (COA); 2. Estudios y opiniones de expertos tanto ecuatorianos como extranjeros; 3. Sentencias y precedentes jurisprudenciales nacionales y extranjeras.

POBLACIÓN Y MUESTRA

Unidades de Observación	Población	Muestra
Constitución de la República Artículo 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada. La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del	444	9

<p>poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución.</p> <p>Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible.</p> <p>Artículo 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:</p> <p>9.:</p> <p>El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.</p> <p>El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y</p>		
--	--	--

<p>funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos. El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas.</p> <p>Artículo 53.- Las empresas, instituciones y organismos que presten servicios públicos deberán incorporar sistemas de medición de satisfacción de las personas usuarias y consumidoras, y poner en práctica sistemas de atención y reparación. El Estado responderá civilmente por los daños y perjuicios causados a las personas por negligencia y descuido en la atención de los servicios públicos que estén a su cargo, y por la carencia de servicios que hayan sido pagados.</p> <p>Artículo 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a</p>		
--	--	--

<p>la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.</p> <p>Artículo 177.- La Función Judicial se compone de órganos jurisdiccionales, órganos administrativos, órganos auxiliares y órganos autónomos. La ley determinará su estructura, funciones, atribuciones, competencias y todo lo necesario para la adecuada administración de justicia.</p> <p>Artículo 178.- Los órganos jurisdiccionales, sin perjuicio de otros órganos con iguales potestades reconocidos en la Constitución, son los encargados de administrar justicia, y serán los siguientes:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. La Corte Nacional de Justicia. 2. Las cortes provinciales de justicia. 3. Los tribunales y juzgados que establezca la ley. 4. Los juzgados de paz. 		
---	--	--

<p>El Consejo de la Judicatura es el órgano de gobierno, administración, vigilancia y disciplina de la Función Judicial.</p> <p>La Función Judicial tendrá como órganos auxiliares el servicio notarial, los martilladores judiciales, los depositarios judiciales y los demás que determine la ley.</p> <p>La Defensoría Pública y la Fiscalía General del Estado son órganos autónomos de la Función Judicial.</p> <p>La ley determinará la organización, el ámbito de competencia, el funcionamiento de los órganos judiciales y todo lo necesario para la adecuada administración de justicia.</p> <p>Artículo 199.- Los servicios notariales son públicos. En cada cantón o distrito metropolitano habrá el número de notarías y notarios que determine el Consejo de la Judicatura.</p> <p>Las remuneraciones de las notarías y notarios, el régimen de personal</p>		
---	--	--

<p>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.</p> <p>Artículo 314.- El Estado será responsable de la provisión de los servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias, y los demás que determine la ley. El Estado garantizará que los servicios públicos y su provisión respondan a los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad. El Estado dispondrá que los</p>		
---	--	--

<p>precios y tarifas de los servicios públicos sean equitativos, y establecerá su control y regulación.</p> <p>Disposición Transitoria Novena. - El Consejo de la Judicatura, en un plazo no mayor de trescientos sesenta días a partir de su conformación, implementará el nuevo servicio notarial, de acuerdo con esta Constitución y la ley.</p> <p>A partir de la entrada en vigencia de esta Constitución los periodos de nombramiento, encargos, interinazgo o suplencias de las notarías y notarios se declaran concluidos.</p> <p>En el plazo señalado en el primer inciso, se convocará a concursos públicos de oposición y méritos para estas funciones, de conformidad con el nuevo marco constitucional. Mientras concluyen los concursos, las notarías y notarios permanecerán en funciones prorrogadas</p>		
---	--	--

<p>hasta ser legalmente sustituidos.</p> <p>Las instalaciones y documentos notariales pertenecientes al actual régimen notarial ingresarán al nuevo servicio notarial.</p>		
<p>Código Orgánico de la Función Judicial</p> <p>Artículo 4.- PRINCIPIO DE SUPREMACIA CONSTITUCIONAL. - Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y servidoras y servidores de la Función Judicial aplicarán las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía. En las decisiones no se podrá restringir, menoscabar o inobservar su contenido. En consecuencia, cualquier jueza o juez, de oficio o a petición de parte, sólo si tiene duda razonable y motivada de que una norma jurídica es contraria a la</p>	<p>346</p>	<p>6</p>

<p>Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, la que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días resolverá sobre la constitucionalidad de la norma.</p> <p>Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el proceso seguirá sustanciándose. Si la Corte resolviera luego de dicho plazo, la resolución no tendrá efecto retroactivo, pero quedará a salvo la acción extraordinaria de protección por parte de quien hubiere sido perjudicado por recibir un fallo o resolución contraria a la resolución de la Corte Constitucional.</p>		
--	--	--

<p>No se suspenderá la tramitación de la causa, si la norma jurídica impugnada por la jueza o juez es resuelta en sentencia.</p> <p>El tiempo de suspensión de la causa no se computará para efectos de la prescripción de la acción o del proceso.</p> <p>Artículo 9.- PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD. -</p> <p>La actuación de las juezas y jueces de la Función Judicial será imparcial, respetando la igualdad ante la ley. En todos los procesos a su cargo, las juezas y jueces deberán resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes, sobre la única base de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, la ley y los elementos probatorios aportados por las partes.</p>		
--	--	--

<p>Con la finalidad de preservar el derecho a la defensa y a la réplica, no se permitirá la realización de audiencias o reuniones privadas o fuera de las etapas procesales correspondientes, entre la jueza o el juez y las partes o sus defensores, salvo que se notifique a la otra parte de conformidad con lo dispuesto en el numeral 14 del artículo 103 de esta ley.</p> <p>Artículo 38.- CONFORMACION DE LA FUNCION JUDICIAL.- Integran la Función Judicial y se denominan, en general, servidores de la Función Judicial:</p> <p>1. Las juezas y jueces; las conjuetas y los conjueces, y demás servidoras y servidores de la Función Judicial que prestan sus servicios en la Corte Nacional de Justicia, cortes provinciales, tribunales y juzgados de primer nivel;</p> <p>2. Las juezas y jueces temporales, mientras estén</p>		
---	--	--

<p>encargados de la unidad;</p> <p>3. Las vocales y los vocales, y los demás servidoras y servidores de la Función Judicial que prestan sus servicios en el Consejo de la Judicatura;</p> <p>4. La Fiscal o el Fiscal General del Estado, la Defensora o Defensor Público General, y los demás servidoras y servidores de la Función Judicial que prestan sus servicios en la Fiscalía General del Estado y en la Defensoría Pública;</p> <p>5. Las notarías y los notarios y los demás servidoras y servidores de la Función Judicial que prestan sus servicios en los órganos auxiliares de la Función Judicial; y,</p> <p>6. Quienes sean designados servidoras y servidores judiciales provisionales para prestar servicios en los órganos de la Función Judicial.</p> <p>Artículo 254.- El Consejo de la Judicatura es el órgano único de gobierno,</p>		
---	--	--

<p>administración, vigilancia y disciplina de la Función Judicial, que comprende: órganos jurisdiccionales, órganos administrativos, órganos auxiliares y órganos autónomos. El Consejo de la Judicatura es un órgano instrumental para asegurar el correcto, eficiente y coordinado funcionamiento de los órganos jurisdiccionales, autónomos y auxiliares. En ningún caso, el Consejo de la Judicatura se considerará jerárquicamente superior ni podrá atentar contra la independencia para ejercer las funciones específicas de las juezas y jueces, de las y los fiscales y de las defensoras y defensores públicos.</p> <p>Artículo 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 notarías y los</p>		
---	--	--

<p>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. Así como intervenir en ejercicio de la fe pública de la que se encuentran investidos, en los asuntos no contenciosos determinados en la Ley, para autorizar, conceder, aprobar, declarar, extinguir, cancelar y solemnizar situaciones jurídicas respecto de las que se encuentren expresamente facultados en el Código Orgánico General de Procesos, la Ley Notarial y otros cuerpos legales. El ejercicio de la función notarial es personal, autónomo, exclusivo e imparcial.</p> <p>Artículo 304.- Le corresponde exclusivamente a la notaria</p>		
--	--	--

<p>o notario asumir los costos de la administración general de su despacho, su propia remuneración y el cumplimiento de las obligaciones laborales de su personal, por medio de la recaudación directa que por concepto de tasas realiza. En ningún caso el Estado deberá erogar valor alguno por estos conceptos. La notaria o notario sentará razón al margen de la escritura matriz o del documento protocolizado o de la diligencia practicada, del número de la factura emitida por el acto o contrato notarial realizado.</p> <p>El Estado recibirá, según lo determinado en el siguiente esquema, un porcentaje del ingreso bruto percibido por la notaria o notario.</p> <p>1. Del ingreso bruto comprendido entre la categoría 5 y 10 de la carrera judicial, el Estado participará en el diez por ciento (10%) del excedente una vez descontado el</p>		
--	--	--

<p>monto equivalente a la remuneración de un funcionario judicial de la categoría 5;</p> <p>2. Del ingreso bruto comprendido entre la categoría 10 de la carrera judicial y el duplo de ésta, el Estado participará en el veinte por ciento (20%) del excedente una vez descontado el monto equivalente a la remuneración de un funcionario judicial de la categoría 5;</p> <p>3. Del ingreso bruto comprendido entre el duplo de la categoría 10 de la carrera judicial y el cuádruplo de ésta, el Estado participará en el treinta por ciento (30%) del excedente una vez descontado el monto equivalente a la remuneración de un funcionario judicial de la categoría 5; y,</p> <p>4. Del ingreso bruto superior al monto anterior, el Estado participará en el cincuenta y uno por ciento</p>		
---	--	--

<p>(51%) del excedente una vez descontado el monto equivalente a la remuneración de un funcionario judicial de la categoría 5. Estos porcentajes de participación podrán ser modificados por el Consejo de la Judicatura, mediante resolución, según las necesidades del servicio. Esta participación en el rendimiento no constituye un tributo; por lo tanto no constituye crédito fiscal a favor de la notaria o notario.</p> <p>La notaria o notario deberá depositar este monto dentro de los diez primeros días del mes siguiente, en la cuenta única del Tesoro Nacional y presentar la respectiva liquidación al Consejo de la Judicatura. Si la notaria o notario no realiza el depósito del porcentaje correspondiente dentro del plazo señalado, pagará los intereses legales y una multa equivalente al tres por ciento (3%) por</p>		
--	--	--

<p>cada mes o fracción, sin perjuicio de las responsabilidades penales o administrativas por retención de fondos públicos. El retraso reiterado será causal de destitución.</p>		
<p style="text-align: center;">Ley Notarial</p> <p>Artículo 3.- En caso de oposición entre lo que disponen la Ley Notarial y el Código Orgánico de la Función Judicial, se aplicarán las disposiciones del Código Orgánico de la Función Judicial.</p> <p>Artículo 5.- Para el ejercicio de la función notarial son hábiles todos los días y horas del año.</p> <p>Artículo 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.</p>	<p>49</p>	

<p>Artículo 18.- Son atribuciones exclusivas de los notarios, además de las constantes en otras leyes:</p> <p>13.- Autorizar la petición de disolución de la sociedad conyugal o de la sociedad de bienes por mutuo acuerdo, sin perjuicio de la atribución prevista en el Artículo 10 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, previo reconocimiento de las firmas de los solicitantes ante la o el Notario, acompañando la partida de matrimonio, la sentencia, acta de reconocimiento, certificado de la unión de hecho o cualquier documento habilitante según lo dispuesto en la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles.</p> <p>La o el Notario inmediatamente de reconocida la petición redactará el acta correspondiente que declarará disuelta la</p>		
---	--	--

<p>sociedad conyugal o la sociedad de bienes, la misma que se protocolizará y se inscribirá en el Registro Civil correspondiente.</p> <p>22.- Tramitar el divorcio por mutuo consentimiento y terminación de la unión de hecho, únicamente en los casos en que no existan hijos menores de edad o bajo su dependencia según lo previsto en la Ley, sin perjuicio de la atribución conferida en el Artículo 10 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles.</p> <p>Para el efecto las partes expresarán, bajo juramento, lo antes mencionado y su voluntad definitiva de disolver el vínculo matrimonial o la terminación de la unión de hecho según sea el caso. La o el notario mandará que los comparecientes reconozcan sus respectivas firmas y rúbricas y fijará fecha y hora para que tenga</p>		
---	--	--

<p>lugar la audiencia, dentro de un plazo no mayor a diez días, en el que las partes deberán ratificar de consuno y de viva voz su voluntad de divorciarse o dar por terminada la unión de hecho.</p> <p>La o el notario levantará un acta de la diligencia en la que declarará disuelto el vínculo matrimonial o la terminación de la unión de hecho de la que, debidamente protocolizada, se entregará copias certificadas a las partes para la inscripción en el Registro Civil y cumplirá con la notificación dispuesta en la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles.</p> <p>Los sistemas de correo y firma electrónica podrán utilizarse para la notificación señalada en esta Disposición.</p> <p>Los cónyuges o las personas en unión de hecho podrán comparecer</p>		
--	--	--

<p>directamente o a través de procuradores especiales.</p> <p>De no realizarse la audiencia en la fecha designada por la o el notario, los cónyuges o personas en unión de hecho podrán solicitar nueva fecha y hora para que tenga lugar la misma, debiendo cumplirse dentro del plazo de cinco días posteriores a la fecha en la cual debió celebrarse originalmente.</p> <p>De no darse la audiencia, la o el notario archivará la petición.</p> <p>A petición de las partes y de mutuo consentimiento, la o el Notario en el mismo acto procederá a la liquidación de sociedad de bienes o de la sociedad conyugal según las reglas de este artículo.</p> <p>23.- Proceder a la liquidación de sociedad de bienes o de la sociedad conyugal, para este efecto, sin perjuicio de la facultad jurisdiccional de los jueces</p>		
--	--	--

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

<p>unión de hecho, para los efectos legales consiguientes.</p> <p>Transcurrido el término de veinte días desde la publicación y de no existir oposición, el notario sentará la respectiva razón notarial y dispondrá su inscripción en el registro o registros correspondientes de los lugares en los que se hallaren los inmuebles y bienes objeto de esta liquidación. De presentarse oposición, el notario procederá a protocolizar todo lo actuado y entregará copias a los interesados, para que éstos, de considerarlo procedente, comparezcan a demandar sus pretensiones de derecho ante los jueces competentes;</p> <p>26.- Solemnizar la declaración de los convivientes sobre la existencia de la unión de hecho, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en</p>		
---	--	--

<p>el artículo 222 del Código Civil. El Notario levantará el acta respectiva, de la que debidamente protocolizada, se conferirá copia certificada a las partes sin perjuicio de lo previsto en el numeral 13 del artículo 10 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles.;</p> <p>29.- Aprobar la constitución o reforma de sociedades civiles y mercantiles y demás actos atinentes con la vida de estas, y oficiar al Registrador Mercantil para su inscripción, cuando no corresponda a la Superintendencia de Compañías y Valores;</p> <p>30.- Autorizar la inscripción de matrículas de comercio en el registro pertinente;</p> <p>31.- Requerir a la persona deudora para constituir la en mora, de conformidad con el artículo 1567 del Código Civil;</p> <p>32.- Receptar la</p>		
--	--	--

<p>declaración juramentada sobre estado civil de las personas cuando estas lo requieran, con el objetivo de tramitar la posesión notoria del estado civil;</p> <p>37.- Solemnizar la partición de bienes hereditarios mediante la declaración de las partes, lo que se legalizará con la correspondiente petición, reconocimiento de la firma de los solicitantes y los documentos que acrediten la propiedad del causante sobre los bienes.</p> <p>38.- La o el notario notificará, a petición de parte, la revocatoria de mandato o poder, siempre que el domicilio de la persona por notificarse se encuentre dentro del cantón o jurisdicción territorial en el que ejerce sus funciones. La notificación se efectuará de conformidad con las reglas para la citación en persona o por boletas establecidas en el Código Orgánico General de Procesos.</p>		
--	--	--

<p>En estos casos y en el previsto en el artículo 81 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, de existir controversia, las y los interesados podrán demandar sus pretensiones por vía sumaria. Para el efecto, la o el notario a petición de parte, protocolizará y entregará en el plazo de tres días las copias de todo lo actuado.</p>		
<p style="text-align: center;">Código Civil</p> <p>Artículo 1068.- Son testamentos privilegiados:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. El testamento militar; y, 2. El testamento marítimo. <p>Artículo 1071.- En tiempo de guerra el testamento de los militares y de los demás individuos empleados en un cuerpo de tropas de la República, y asimismo el de los voluntarios, rehenes y prisioneros que pertenecieren a dicho cuerpo, y el de las personas que van acompañando y sirviendo a cualquiera de los antedichos, podrá ser</p>	<p>2224</p>	<p>3</p>

<p>otorgado ante un capitán u oficial de grado superior al de capitán. Si el que desea testar estuviere enfermo o herido, podrá otorgar su testamento ante el capellán o médico que le asista; y si se hallare en un destacamento, ante el oficial que lo mande, aunque sea de grado inferior al de capitán.</p> <p>Artículo 1077.- Se podrá otorgar testamento marítimo, a bordo de un buque ecuatoriano de guerra, en alta mar. Será otorgado ante el comandante o su segundo, a presencia de tres testigos. Si el testador no supiere o no pudiere firmar, se expresará esta circunstancia en el testamento.</p> <p>Se extenderá un duplicado del testamento con las mismas firmas que el original.</p>		
<p>Código Orgánico Administrativo</p>	<p>344</p>	<p>1</p>

<p>Art. 98: “Acto administrativo es la declaración unilateral de voluntad, efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales o generales, siempre que se agote con su cumplimiento y de forma directa. Se expedirá por cualquier medio documental, físico o digital y quedará constancia en el expediente administrativo.”.</p>		
<p>Código Orgánico de Organización Territorial Artículo 5.- Autonomía. - La autonomía política, administrativa y financiera de los gobiernos autónomos descentralizados y regímenes especiales prevista en la Constitución comprende el derecho y la capacidad efectiva de estos niveles de gobierno para regirse mediante normas y órganos de gobierno propios, en sus respectivas</p>	<p>598</p>	<p>1</p>

<p>circunscripciones territoriales, bajo su responsabilidad, sin intervención de otro nivel de gobierno y en beneficio de sus habitantes. Esta autonomía se ejercerá de manera responsable y solidaria. En ningún caso pondrá en riesgo el carácter unitario del Estado y no permitirá la secesión del territorio nacional.</p>		
---	--	--

MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN

Métodos teóricos

Inducción a partir del contenido de la ley y de la doctrina con apoyo del derecho comparado para organizar, sistematizar conceptos y agrupar teorías sobre la naturaleza jurídica del notario y sus actos a efectos de determinar una tipología en cuanto a que en nuestra legislación es considerado como un funcionario público en calidad de auxiliar de la Función Judicial, así como para conocer las implicaciones que existe para la función notarial el que ésta sea concebida como servicio público y, lo que debería entenderse por autonomía notarial, concepto que puede ser fácilmente confundido con el de autonomía administrativa.

Métodos empíricos

Análisis de opiniones calificadas de especialistas y pronunciamientos de tribunales nacionales y extranjeros, principalmente dentro de los países identificados con el notariado latino, con el propósito de encontrar tendencias respecto a las nuevas visiones que existen respecto de la función notarial, dentro de las cuales se incluye el otorgamiento al notario de atribuciones antes exclusivas de los jueces en materia de jurisdicción voluntaria, se concibe como servicio público la función notarial y se habla de autonomía notarial.

Procedimiento

Revisión crítica de la doctrina, jurisprudencia y de la legislación comparada para depurar todos aquellos datos que resulten impertinentes o poco útiles respecto de los temas que se plantean en el presente estudio, para seleccionar la información que permita aclarar lo concerniente a la naturaleza jurídica del Notario y sus actos, especialmente, qué tipo de funcionario público resulta ser, habida cuenta que en la constitución ecuatoriana los funcionarios que prestan servicios públicos están sometidos a sanciones muy severas. Distinción que resulta útil para que el Notario no sea inútilmente sometido a sanciones que rebasan la naturaleza de sus actos.

CAPÍTULO III

RESPUESTAS

BASES DE DATOS

ESTUDIO DE LOS ARTÍCULOS NORMATIVOS RELACIONADOS CON LA NATURALEZA JURÍDICA DEL NOTARIO

Casos del Objeto de Estudio	Unidades de Análisis
NORMATIVA PREVISTA EN LA LEY NOTARIAL RESPECTO A LA NATURALEZA JURIDICA DEL NOTARIO	<p>Art. 3.- En caso de oposición entre lo que disponen la Ley Notarial y el Código Orgánico de la Función Judicial, se aplicarán las disposiciones del Código Orgánico de la Función Judicial.</p> <p>Art. 4.- La función notarial la ejercen en el país exclusivamente los notarios, salvo las disposiciones de leyes especiales.</p> <p>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.</p> <p>Para juzgarlos penalmente por sus actos oficiales gozarán de fuero de Corte.</p>

**ESTUDIO DE LOS ARTÍCULOS NORMATIVOS RELACIONADOS
CON EL CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DE FUNCIONARIO
PUBLICO**

Casos del Objeto de Estudio	Unidades de Análisis
<p>NORMATIVA DEL CODIGO ORGANICO DE LA FUNCION JUDICIAL</p>	<p>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 notarías 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. Así como intervenir en ejercicio de la fe pública de la que se encuentran investidos, en los asuntos no contenciosos determinados en la Ley, para autorizar, conceder, aprobar, declarar, extinguir, cancelar y solemnizar situaciones jurídicas respecto de las que se encuentren expresamente facultados en el Código Orgánico General de Procesos, la Ley Notarial y otros cuerpos legales.</p> <p>El ejercicio de la función notarial es personal, autónomo, exclusivo e imparcial.</p>

**ESTUDIO DE LOS ARTICULOS RELACIONADOS CON LA NOCION
DE SERVICIO PUBLICO NOTARIAL**

<p>NORMATIVA CONSTITUCIONAL RESPECTO AL SERVICIO PUBLICO</p>	<p>Art. 53.- Las empresas, instituciones y organismos que presten servicios públicos deberán incorporar sistemas de medición de satisfacción de las personas usuarias y consumidoras, y poner en práctica sistemas de atención y reparación.</p> <p>El Estado responderá civilmente por los daños y perjuicios causados a las personas por negligencia y descuido en la atención de los servicios públicos que estén a su cargo, y por la carencia de servicios que hayan sido pagados.</p> <p>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.</p>
--	--

	<p>Art. 314.- El Estado será responsable de la provisión de los servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias, y los demás que determine la ley.</p> <p>El Estado garantizará que los servicios públicos y su provisión respondan a los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad. El Estado dispondrá que los precios y tarifas de los servicios públicos sean equitativos, y establecerá su control y regulación.</p>
--	--

ESTUDIO DE ARTICULOS RELACIONADOS CON LA AUTONOMIA NOTARIAL

<p>NORMATIVA DEL CODIGO ORGANICO DE LA FUNCION JUDICIAL</p>	<p>Art. 296, 2do. Inciso. - El ejercicio de la función notarial es personal, autónomo, exclusivo e imparcial.</p>
<p>NORMATIVA DEL CODIGO ORGANICO DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL</p>	<p>Art. 5.- Autonomía. - La autonomía política, administrativa y financiera de los gobiernos autónomos descentralizados y regímenes especiales prevista en la Constitución comprende el derecho y la capacidad</p>

	<p>efectiva de estos niveles de gobierno para regirse mediante normas y órganos de gobierno propios, en sus respectivas circunscripciones territoriales, bajo su responsabilidad, sin intervención de otro nivel de gobierno y en beneficio de sus habitantes. Esta autonomía se ejercerá de manera responsable y solidaria. En ningún caso pondrá en riesgo el carácter unitario del Estado y no permitirá la secesión del territorio nacional.</p> <p>La autonomía política es la capacidad de cada gobierno autónomo descentralizado para impulsar procesos y formas de desarrollo acordes a la historia, cultura y características propias de la circunscripción territorial. Se expresa en el pleno ejercicio de las facultades normativas y ejecutivas sobre las competencias de su responsabilidad; las facultades que de manera concurrente se vayan asumiendo; la capacidad de emitir políticas públicas territoriales; la elección directa que los ciudadanos hacen de sus autoridades mediante sufragio universal, directo y secreto; y, el ejercicio de la participación ciudadana.</p>
--	---

	<p>La autonomía administrativa consiste en el pleno ejercicio de la facultad de organización y de gestión de sus talentos humanos y recursos materiales para el ejercicio de sus competencias y cumplimiento de sus atribuciones, en forma directa o delegada, conforme a lo previsto en la Constitución y la ley.</p> <p>La autonomía financiera se expresa en el derecho de los gobiernos autónomos descentralizados de recibir de manera directa predecible, oportuna, automática y sin condiciones los recursos que les corresponden de su participación en el Presupuesto General de Estado, así como en la capacidad de generar y administrar sus propios recursos, de acuerdo a lo dispuesto en la Constitución y la ley.</p> <p>Su ejercicio no excluirá la acción de los organismos nacionales de control en uso de sus facultades constitucionales y legales.</p>
--	---

CONCLUSIONES

1. En todos los países identificados con el sistema denominado como notariado latino, entre los cuales está el Ecuador, Colombia, Perú, Costa Rica, México, etc., las legislaciones coinciden en que el Notario es un ciudadano con título de abogado investido de autoridad por parte del Estado, cuya naturaleza es legitimar y otorgar fe pública a negocios jurídicos de diferente naturaleza, como un medio de garantizar seguridad jurídica a los ciudadanos.
2. Hay discrepancias tanto a nivel doctrinario como a nivel legislativo respecto a los alcances de concebir al Notario como funcionario público. Así, se habla de una “Tesis Funcionarista” para la cual sí es un funcionario público, otra llamada “Tesis Profesionalista” no lo concibe como un funcionario sino como un profesional que aplica sus conocimientos técnicos para dar eficacia a los acuerdos entre las partes y, otra, denominada “Ecléctica” que trata de conciliar las dos, lo concibe como funcionario “sui generis”, porque actúa dentro de una esfera pública y una privada eso. Pero saber eso, tratándose del caso ecuatoriano, no resuelve los problemas que se pueden generar respecto de la actuación de un Notario porque a la hora de establecer responsabilidades a los funcionarios públicos como, por ejemplo, en el caso de una mala prestación de servicios, ni la Constitución ni las leyes, hablan de funcionarios públicos “sui generis”. La ley califica al Notario como funcionario público mientras la Constitución establece que presta un servicio público (Art. 199, CE), es decir, actúa por delegación del Estado y eso ya bastaría para que, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas a que hubiere lugar, el Estado ejerza contra éste el derecho de repetición, como establece la Constitución (Art. 11, n 9, CE). Esto aparece bastante drástico para el Notario porque es como equiparar la responsabilidad de un Notario que por alguna razón no asiste a trabajar ni deja a su suplente a cargo de la notaría, con la de aquel funcionario, delegado, empresa pública, privada o mixta, culpable de suspender o paralizar servicios básicos como el de agua potable o de energía eléctrica.

3. Que el Notario sea considerado, desde 2008, como un funcionario perteneciente a la Función Judicial, en calidad de auxiliar, aunque no perciba remuneración del Estado ni forme parte del sector público, realmente no altera su naturaleza jurídica de fedatario público ni cambia su papel de asesor para que se perfeccionen los negocios jurídicos de los usuarios, pero esa pertenencia a lo que da lugar es al estricto control y vigilancia al Consejo de la Judicatura sobre las actuaciones y desempeño notarial. Aunque la ley ecuatoriana desde el apareamiento de la Ley Notarial, en 1966, ha calificado al Notario como funcionario público, su relación con el público no es la de la administración con el administrado, sino la de un delegado que presta un servicio público con el usuario, a quien no tiene la potestad de imponer unilateralmente imponer su voluntad.

4. Siempre se ha dicho que el Notario actúa dentro de una esfera pública y una privada, de allí que ha merecido la calificación de funcionario “sui generis”. No obstante, su pertenencia a la Función Judicial, desde los cambios operados a partir de 2008, ha hecho que las funciones notariales penetren dentro de la esfera pública, pero no como un sujeto que actúa desde la Administración con poder discrecional sino más bien como sujeto administrado, rebasando el tradicional ámbito del derecho notarial. Es verdad que el notario en el ejercicio de su función no pierde la calidad de ciudadano particular y como tal no forma parte del sector público, al punto que responde personalmente por sus actos sin comprometer a institución pública alguna, pero no es menos cierto que si estudiamos integralmente al Notario como institución, ni en la Constitución ni la ley recibe trato especial alguno, respecto de los otros funcionarios, sobre todo, a la hora del establecimiento de responsabilidades. En nuestra legislación, el notario, respecto al Consejo de la Judicatura se convierte en un administrado, pues debe actuar en consecuencia con las resoluciones y políticas expedidas por dicho Consejo y utilizar mecanismos administrativos para su defensa, todo lo cual, por la relación que tiene el Notario con la Administración, permite afirmar la existencia autónoma del “derecho administrativo notarial”, máxime si en el control del ejercicio del

notariado, también interviene la Contraloría General del Estado, principalmente, porque de los ingresos por concepto de tasas notariales, el Estado es partícipe (Art. 304. COFJ), algo que antes de 2008 no ocurría.

5. En el Ecuador a desde la década pasada y, actualmente través de las reformas al Código Civil (CC), de 2015 y 2016 y el Código Orgánico General del Procesos (COGEP) se vienen trasladado a los notarios, atribuciones de variado tipo que antes eran exclusivas de los jueces en casos de jurisdicción voluntaria como, por ejemplo, partición de bienes hereditarios, divorcios por mutuo consentimiento y terminaciones de uniones de hecho en casos de que no existan hijos menores de 18 años o dependientes, aprobación de constituciones de sociedades civiles y mercantiles, autorización para inscripción de matrículas de comercio, etc., aunque en algunos casos la ley aun no establezca procedimientos para la aplicación de algunas de dichas atribuciones. En este sentido se puede afirmar que el otorgamiento de estas atribuciones, de alguna manera significan un cambio en la naturaleza jurídica del notario porque ya no son cuestiones que se limitan a dar fe sobre los negocios jurídicos de los usuarios, pues, sus declaraciones y autorizaciones terminan siendo ley para las partes como si fuesen sentencias provenientes de un juez, sin embargo, el ejercicio de estas atribuciones al no ser el resultado de un proceso judicial, no dan lugar a la impugnación por la vía recursiva en sede judicial. Tampoco cabe impugnación en sede administrativa porque el notario, aunque cumple sus funciones como delegado del Estado, no actúa unilateralmente respecto de sus usuarios, máxime si más bien son estos los que escogen a que notaria concurrir. Los actos notariales si son oponibles o impugnables, sobre todo si el Notario incurre en una de las prohibiciones establecidas en el artículo 20 de la Ley Notarial como, por ejemplo, el otorgamiento a sabiendas de escrituras simuladas o ejercer simultáneamente la abogacía, pero esta oponibilidad no se tramita a través de mecanismos recursivos sino a través de las acciones civiles, penales y administrativas a que hubiere lugar.

6. La calificación como servicio público a la prestación de servicios notariales (Art. 199, CE) conlleva potenciales efectos negativos en contra del Notario. De hecho, tal evaluación se ha efectuado en algunas legislaciones latinoamericanas afines a la nuestra, y entendemos que, con el propósito de garantizar la cobertura del servicio, la atención continua e ininterrumpida y sin distinguos de ninguna naturaleza al usuario, etc. No obstante, aunque el servicio notarial se orienta a llenar necesidades de la colectividad, cual es la de dotar de seguridad jurídica a los actos y negocios jurídicos de los usuarios, su no prestación o servicio defectuoso no causa el mismo daño o impacto social que la suspensión o paralización de las telecomunicaciones, agua potable o energía eléctrica, sin embargo, la propia Constitución señala que toda persona que actué en ejercicio de una potestad pública está obligada a responder las violaciones de los derechos a los particulares por falta o deficiencia en la reparación de servicios públicos, otorgando al Estado la potestad de ejercer inmediatamente el derecho de repetición en contra del funcionario, sin perjuicio de las acciones civiles, penales y administrativas. (Art. 11, n 9, CE), con lo cual el Notario queda expuesto a acciones judiciales que el usuario puede ejercer más allá de la simple queja ante el Consejo de la Judicatura. Está la puerta abierta para que el usuario que con o sin razón sienta que ha sido perjudicado por una actuación notarial, aparte de proponer una demanda o una denuncia contra el Notario, alegando no haber recibido un servicio público, también solicite indemnizaciones al Estado por concepto de daños y perjuicios, según lo establece el artículo 53 de la Constitución, lo cual hace que el ejercicio de la función notarial se vuelva muy inseguro.
7. Tanto en la doctrina como en algunas legislaciones identificadas con el notariado latino se habla de la “autonomía” de la función notarial, sin embargo, detectamos un gran nivel de indeterminación en el significado del término “autónomo” que consta en texto del artículo 296 del Código Orgánico de la Función Judicial porque tal como está redactado, no aclara si dicha autonomía se refiere a lo que en la doctrina del derecho administrativo se entiende por autonomía, o sea, la capacidad que tiene un órgano de la Administración para generar normativa propia o si se refiere,

más bien, al hecho de que el Notario ejerce sus funciones a su propia costa y riesgo en cuanto a gestionar la instalación de la infraestructura de su oficina notarial que le permita prestar sus servicios, considerando que el Estado no le brinda ningún apoyo económico para tal propósito. Hemos tratado de entender este concepto a través de las expresiones “personal, “exclusivo” e “imparcial”, que constan en el texto del mencionado artículo, examinando contextualmente y a la luz de la doctrina cada uno de esos términos, concluyendo que el término “autónomo” es una característica que debe entenderse dentro del campo del derecho y la legislación notarial, mas no en el ámbito del derecho administrativo, de modo que esta “autonomía” se entienda como la posibilidad del Notario para autogestionar el manejo de su notaria como, por ejemplo, la captación de usuarios o estímulos a sus colaboradores, en la forma que creyera conveniente, tomando en cuenta que aun cuando actúa como delegado del Estado y en calidad de prestador de un servicio público, no recibe financiamiento ni remuneración por parte del Estado. No obstante, eso es simplemente nuestra interpretación porque la ley no indica con precisión el contenido y alcance del concepto que puede ser entendido de otra manera.

8. Los cambios que ha experimentado la legislación ecuatoriana con relación a la naturaleza jurídica del Notario y sus actos, no han alterado su carácter esencial de ser fedatario público de los actos y negocios jurídicos, revistiéndolos de seguridad jurídica, que es un derecho consagrado en el artículo 82 de la Constitución, pero sí han cambiado la naturaleza de la función notarial como tal, al ser catalogada como un servicio público, exponiéndolo a sanciones que van más allá de las civiles, penales y administrativas que tradicionalmente se pueden ejercer en su contra. Igualmente, aunque las reformas de 2008 en materia notarial, ratifican el carácter de funcionario público del Notario, concepto presente en la legislación ecuatoriana desde la aparición de la Ley Notarial en 1966, por el régimen que actualmente la Constitución y las leyes aplican a la función notarial, ya no basta decir que es un funcionario “sui generis”. Catalogarlo como funcionario siempre ayudó para que sus actuaciones gocen de

legitimidad pública y hoy eso también resulta útil en la medida que viene recibiendo atribuciones antes reservadas a los jueces en materia de jurisdicción voluntaria en el propósito de garantizar la seguridad jurídica (Art. 82, CE), pero catalogarlo como funcionario público “a secas”, sin ninguna distinción con respecto de los funcionarios que sí forman parte de los órganos de la Administración Pública no responde a la realidad en la que se desenvuelve la función notarial situación que, por el contrario, puede causar perjuicios innecesarios al desempeño del Notario y malos entendidos entre los usuarios.

RECOMENDACIONES

1. Se recomienda que la legislación ecuatoriana aclare debidamente los límites y alcances que tiene el considerar al Notario como funcionario (Art. 6, LN y 296, COFJ), tomando en cuenta que la propia Constitución establece que, en calidad de tal, es auxiliar de la Función Judicial (Art. 178, CE). Esto es importante porque si se observan en conjunto las normas que actualmente se aplican al estatuto del Notario, hay lugar para creer que el ejercicio de la potestad de otorgar fe pública y el de las demás atribuciones notariales se han convertido en actos administrativos, teniendo al Notario por autoridad administrativa cuando en realidad no es. Debe quedar expresamente establecido que orgánicamente el Notario no forma parte de la Administración y que por tanto no puede estar sujeto al régimen de responsabilidades administrativas de los funcionarios que sí forman parte. No hacerlo significa privar al notario de las garantías del debido proceso (Art. 76, CE) y lo que es peor, se está atentando contra el principio de la división de poderes que la propia Constitución consagra.
2. Dado que el servicio notarial ha sido catalogado como servicio público (Art. 199, CE), sugiero que, en materia de sanciones por incumplimiento, paralización o mala calidad, se tome en cuenta la realidad dentro de la cual se presta el servicio notarial, pues tal como está concebido el tema en nuestra legislación parece que habría el mismo nivel de afectación para el usuario cuando se produce la interrupción o suspensión del servicio de una notaría en cualquier cantón que cuando se suspenden los servicios de agua

potable o energía eléctrica en una ciudad o a nivel nacional. Debería la ley hacer constar la excepción. Una sanción desproporcionada a la gravedad de los actos también priva al Notario de un debido proceso (Art. 76, CE).

3. Recomiendo que se precise en qué finalmente consiste de la “autonomía de la función notarial” a la que se refiere el artículo 296 del Código Orgánico de la Función Judicial, de modo que se evite interpretaciones como que el Notario tiene capacidad para elaborar reglamentos, fijar tasas por la prestación de servicios o que es un órgano de la administración que podría actuar al margen de la Función Judicial, a la cual pertenece.
4. En correspondencia a lo que establece la Disposición Transitoria Novena de la Constitución que se refiere a la implementación de un “nuevo servicio notarial”, recomiendo la elaboración de una nueva Ley Notarial que armonice en un solo cuerpo legal disposiciones que se hallan dispersas en algunas leyes, reglamentos y resoluciones del Consejo de la Judicatura y en esta se aclaren conceptos como el significado jurídico del Notario en cuanto funcionario, la naturaleza del servicio público que presta el Notario y el significado de la “autonomía de la función notarial”.

BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA-ROMERO, M.** (2001). *Compendio de Derecho Administrativo, Parte General*. México, DF: Editorial Porrúa
- ASAMBLEA CONSTITUYENTE.** (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi-Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- ASAMBLEA NACIONAL.** (2017). *Código Orgánico Administrativo*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- ASAMBLEA NACIONAL.** (2009). *Código Orgánico de la Función Judicial*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- ASAMBLEA NACIONAL.** (2015). *Código Orgánico General de Procesos*. Quito, Ecuador: Ediciones Legales.
- ASAMBLEA NACIONAL.** (2016). *Codificación del Código Civil*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- ARRANTIA, R.** (2012). *¿Qué es el Derecho Administrativo?* Buenos Aires, Argentina. Apuntes Jurídicos.
- ÁVILA SANTAMARÍA, R.** (2011). *El Neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el derecho en la Constitución de 2008*, UASB- Digital. Recuperado de <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2984/1/%c3%81vila%2c%20R-CON-007-E1%20neoconstitucionalismo.pdf>
- BACACORZO, G.** (2000). *Tratado de Derecho Administrativo*. Gaceta Jurídica (4ta. Ed)
- BIELSA, R.** (1980). *Derecho Administrativo, Tomo I*. (6ta. Ed.). Buenos Aires, Argentina: La Ley Sociedad Anónima Editora e Impresora.

- BIELSA, R.** (1966). *Principios de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Argentina: Imprenta Buenos Aires: Depalma.
- CABANELLAS DE TORRES, G.** (2005). *Diccionario Jurídico elemental*. (18va ed.) Buenos Aires, Argentina: Heliasta S.R.L.
- CASTÁN TOBEÑAS, J.** (1946). *Función Notarial y elaboración notarial del Derecho*. Madrid, España: Instituto Editorial Reus.
- CASATANIEDA RIVAS, M L.** (2015). *Naturaleza Jurídica de la fe Publica Notarial*. Biblioteca Jurídica Virtual UNAM. Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4048/5.pdf>
- CHAVARRÍA ARIAS, M.** (2007). *Naturaleza del Notario Público ¿Es un Funcionario Público o no?* Revista Rhombus ISSN 1659- 1623 Vol. 3.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA.** *Sentencia C-863-12. Medidas en Materia de Descongestión Judicial. Facultad de los Notarios para recibir declaraciones extra proceso con fines judiciales*. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-863-12.htm>
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIA.** *Sentencia C- 741/98. M.P Dr. Alejandro Martínez Caballero*. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-741-98.htm>
- DANÓS, J.** (2008). *El Régimen de los Servicios Públicos en la Constitución Peruana*. Themis 55. Revista de Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- DAVID, R y JAUFFRET- SPINOZI, C** (2010). *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos. (11 va. Ed.)*. México: Universidad Autónoma de México, Centro Mexicano de Derecho Uniforme, Facultad de Derecho de Monterrey.

ESCRICHE, J. *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia.*

Recuperado de:

<https://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=WYZMAQAIAAJ&oi=fn&pg=PA21&dq=Diccionario+razonado+de+legislaci%C3%B3n+y+jurisprudencia&ots=yExoNC58av&sig=4yddbm2UBlGc6c9gZJp236MJWE#v=onepage&q=Diccionario%20razonado%20de%20legislaci%C3%B3n%20y%20jurisprudencia&f=false>.

FAIRÉN GUILLÉN (2004). *Sobre la Historia del Juicio Sumario Ejecutivo en Valencia. La Ordenación del Rey Don Martín I de 1403*, Universidad de Valencia. Recuperado de:

<https://books.google.com.ec/books?id=Yug5ewIzeeIC&pg=PA37&dq=qu%C3%A9+es+iudex+chartularius&hl=es419&sa=X&ved=0ahUKEwiqbtj9TTAhUE1CYKHVDZB0wQ6AEIITAA#v=onepage&q=qu%C3%A9%20es%20iudex%20chartularius&f=false>

FONDO MONETARIO INTERNACIONAL (1970). *Economía del Ecuador.*

Recuperado de

https://es.wikipedia.org/wiki/Economía_de_Ecuador#D.C3.A9cada_de_1960_y_D.C3.A9cada_de_1970.

FRAGA, G. (1990). *Derecho Administrativo. (2da. Ed.)*, México, DF: Editorial Porrúa.

GONZALES GALVIS, G. (2015). *Diccionario Notarial: Legislación y Jurisprudencia. (3ra. Ed.)*. Bogotá, Colombia: Stilo Impresiones Ltda.

GOMA SALCEDO, E. (2011). *Derecho Notarial*. Barcelona, España: Editorial Bosch.

GRANJA GALINDO, N. (2002). *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Quito, Ecuador: Editorial Jurídica del Ecuador

JEZE, G. (2007). *Servicio, Función Pública y sus Servidores*. México D.F.: Editorial Jurídica Universitaria S.A

MINISTERIO DE JUSTICIA (PERU). *Decreto Legislativo No. 1049*. Sistema Peruano de Información. Recuperado de: <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2017/04/Decreto-Legislativo-N%C2%BA-1049.pdf>

NERI, I. (1972). *Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial. Volumen 2*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Depalma.

OROPEZA LÓPEZ, A. (2005). *La Evaluación de la Función Pública en México*. Recuperado de: <https://books.google.es/books?id=Ekyn07avFKsC&pg=PA37&dq=diferencias+entre+funcionario+p%C3%BAblico+y+servidor+p%C3%BAblico&hl=es&sa#v=onepage&q=diferencias%20entre%20funcionario%20p%C3%BAblico%20y%20servidor%20p%C3%BAblico&f=true>

ORTIZ RIVAS, H. (1994). *Estudios Notariales*. Medellín, Colombia: Librería Jurídica Sánchez R

OSSORIO, M. (1984). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Buenos Aires, Argentina: Claridad S.A.

OYARTE, R. (2016). *Debido Proceso*. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones.

PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO. *Consulta. OF: PGE. No.: 11539, de 16 de enero de 2013, PGE 0 – RS 900, 26 de febrero de 2013*

RÍOS HELLING, J. (1997). *La Práctica del Derecho Notarial*. (3ra. Ed.). Editorial Mc Graw Hill, Serie Jurídica

SARMIENTO GARCÍA, J. (1994). *Los Servicios Públicos en el Régimen Jurídico Actual*. Buenos Aires, Argentina: Depalma.

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE COSTA RICA, SECCIÓN PRIMERA DEL II CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ. *Sentencia No. 293-2001 de 19 de septiembre de 2001.*

TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO. Novena Época 177794.XV 4º. 8A (2005) *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXII.*

VARGAS HINOJOSA, L (2006). *Práctica Forense. Derecho Notarial Ecuatoriano, Tomo I.* Quito, Ecuador: PUDELECO Editores S. A

VILLEGAS BASAVILBASO, B. (1951). *Derecho Administrativo. Tomo III.* Buenos Aires.

YEROVI INDABURU, C. (1966). *Ley Notarial.* Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

ANEXOS

ANEXO 1. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. EL NOTARIO DENTRO DE LA DESDENTRALIZACION POR COMPETENCIAS. SENTENCIA C-863/12

MEDIDAS EN MATERIA DE DESCONGESTION JUDICIAL- Facultad de los notarios para recibir declaraciones extra proceso con fines judiciales

El inciso tercero de la norma acusada, como ya se indicó se limita a reiterar la facultad de los notarios de recibir declaraciones extraproceso con fines judiciales, sin que exija la citación de la contraparte, lo que se enmarca en la potestad de preconstituir prueba sumaria, admitida en determinadas actuaciones judiciales. Esta facultad se inscribe en el ámbito de actuación tradicionalmente reconocido a los notarios en materia de testimonios extraprocesales, fundada en la voluntariedad de las partes que concurren al recaudo de la evidencia, por lo que la Corte no encuentra, en relación esta parte de la norma, razones de inconstitucionalidad. Teniendo en cuenta que la actividad de recaudo probatorio extraprocesal por parte de los notarios, está fundada en el ejercicio de la autonomía de la voluntad de los comparecientes, nada se opone a que las futuras partes de un proceso, unilateralmente, o de común acuerdo, concurren ante el notario para solicitar la recepción de declaraciones o testimonios para ser presentados en un proceso judicial, en el que deberán ser ratificados si no contaron con la audiencia de la parte contra la cual se oponen, a fin de preservar el principio de contradicción.

**MEDIDAS EN MATERIA DE
DESCONGESTION JUDICIAL
SOBRE POTESTAD CONFERIDA
A LOS NOTARIOS EN MATERIA
JUDICIAL-Inexequibilidad de los
incisos primero y segundo de la norma
acusada por ser de naturaleza
jurisdiccional**

La potestad general y permanente adscrita a los notarios, en los incisos primero y segundo de la norma bajo examen, consistente practicar todo tipo de pruebas con destino a procesos contenciosos de cualquier especialidad (salvo la penal), con citación de la contraparte y sujeción a las ritualidades previstas en el código de procedimiento civil, constituye formal y materialmente función jurisdiccional, comoquiera que se trata de una actividad indisolublemente ligada a los procesos judiciales de destino, en cuanto constituye el soporte fáctico del mismo; tiene la potencialidad de afectar derechos fundamentales no solamente por plasmar una dimensión del derecho fundamental al debido proceso y de la garantía de acceso a la justicia, sino porque en el desarrollo de dicha actividad se pueden adoptar decisiones que eventualmente afecten otros derechos fundamentales como la autonomía individual. Se trata además de una función que se distancia significativamente de la función fedataria y de autenticidad que caracteriza la actividad notarial, regida por la autonomía de la voluntad de sus usuarios, ubicándose en un plano en el que se ejercen poderes coercitivos y se despliega el carácter vinculante de los actos propios de la administración de justicia.

FUNCION NOTARIAL-Naturaleza jurídica/ACTIVIDAD NOTARIAL-Servicio público

ACTIVIDAD NOTARIAL-Expresión de la descentralización por colaboración

En relación con la actividad notarial como una expresión de la descentralización por colaboración, ha dicho la Corte que esta se presenta en los casos en que el Estado decide acudir al apoyo de los particulares para el desempeño de algunas de sus funciones, cuando su manejo exige el concurso de personas con una formación especializada, de quienes no siempre dispone la administración, o cuando los costos y el esfuerzo organizativo que requiere el montaje de una estructura técnica adecuada para llevar a cabo la prestación del servicio especial, resulta fiscalmente onerosa y menos eficiente, que la opción de utilizar el apoyo del sector privado. Mediante esta forma de descentralización “el Estado soluciona la atención de una necesidad pública, por fuera del esquema tradicional de atribuir a un organismo público el manejo de la función que exige el cumplimiento de un determinado cometido. Por eso, bien se ha dicho, que “la

descentralización por colaboración viene a ser una de las formas del ejercicio privado de las funciones públicas”.

GESTION NOTARIAL-
Implicaciones/ACTIVIDAD
NOTARIAL-Función pública de dar fe/NOTARIOS-Son particulares a los que se les ha asignado el desempeño de una función pública pero no adquieren la condición de servidores públicos/NOTARIOS-En virtud que ejercen función pública, se les impone neutralidad en sus actuaciones/NOTARIOS-Si bien ejercen una función pública, esto no los convierte en autoridades administrativas en sentido subjetivo y orgánico

DESCENTRALIZACION POR COLABORACION-Concepto

FUNCION JURISDICCIONAL-
Características

FUNCION ADMINISTRATIVA Y FUNCION JURISDICCIONAL-
Criterios diferenciadores/ACTO ADMINISTRATIVO Y ACTO JURISDICCIONAL-Distinción

Ha reconocido la jurisprudencia de esta corporación, las dificultades que en ocasiones presenta la definición acerca de si una función atribuida a una autoridad o a un particular es de naturaleza jurisdiccional, pero también ha destacado la importancia que tal distinción presenta, en situaciones similares a la que ahora enfrenta la Sala, para definir la constitucionalidad de determinadas atribuciones. Para el efecto ha aplicado una serie de criterios que sin ser exhaustivos, ni de aplicación mecánica, cumplen una finalidad orientadora. En este orden de ideas ha sostenido que son judiciales, desde el punto de vista formal: (i) las funciones que se materializan en actos con fuerza de cosa juzgada; o (ii) son desplegadas por jueces, o al menos por funcionarios que gozan de los atributos propios de los

jueces; o (iii) se desarrollan en el marco de procesos judiciales, o se encuentran indisolublemente ligadas a un proceso judicial. Como criterios materiales ha indicado que (iv) se trata de actuaciones que restringen derechos fundamentales sujetos a reserva judicial, como el derecho la libertad personal y el acceso a la administración de justicia.

FUNCION JUDICIAL Y FUNCION NOTARIAL-Criterios diferenciadores

Con miras a diferenciar la función jurisdiccional de la fedataria asignada a los notarios, ha aplicado criterios como: (i) la potestad decisoria y de adjudicación de derechos, propia de los jueces, no así de los notarios; (ii) el carácter contencioso, o de jurisdicción voluntaria, de la materia que origina la actuación; (iii) y la naturaleza coercitiva del procedimiento judicial, a diferencia del notarial regido por la autonomía de la voluntad.

MEDIDAS EN MATERIA DE DESCONGESTION JUDICIAL-Objetivo principal

FACULTAD DE LOS NOTARIOS PARA RECIBIR DECLARACIONES EXTRA PROCESO CON FINES JUDICIALES-Cambios significativos en el curso del trámite legislativo de la medida

FACULTAD DE LOS NOTARIOS PARA RECIBIR DECLARACIONES EXTRA PROCESO CON FINES JUDICIALES-Reglas de ordenación

NOTARIO-Carece de poder decisorio e impositivo de manera que ante él no se plantean conflictos ni se esgrimen pretensiones y excepciones

SISTEMA PROBATORIO-
Aplicación del principio de
inmediación

PRUEBAS-Excepciones a la práctica
personal del juez/**FUNCION**
PROPIAMENTE
JURISDICCIONAL-No puede ser
trasladada a los notarios

Referencia:
expediente D-
9015

Demanda
de
inconstitucionalidad
contra el
artículo
113 de la
Ley 1395
de 2010
*“Por la
cual se
adoptan
medidas
en
materia
de
descongestión
judicial”*

Demandantes:
Laura
Andrea
Brugés

Garavito
y
Angélica
María
Gómez
Cardona.

Magistra
do
Ponente:
LUIS
ERNEST
O
VARGA
S SILVA

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de octubre de dos mil doce (2012).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial las previstas en el artículo 241, numeral 4, de la Constitución Política, y cumplidos todos los trámites y requisitos contemplados en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución Política, las ciudadanas Laura Andrea Brugés Garavito y Angélica María Gómez Cardona presentaron demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 113 de la Ley 1395 de 2010 *“Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial”*.

Mediante providencia del 16 de abril de 2012, el Magistrado Luís Ernesto Vargas Silva dispuso admitir la demanda, por considerar que

reunía los requisitos exigidos por el artículo 2° del Decreto 2067 de 1991, corrió traslado al Procurador General de la Nación, y comunicó del inicio del proceso al Presidente de la República, al Presidente del Congreso, así como al Ministro de Justicia y al Presidente del Consejo de Estado.

Al mismo tiempo, invitó a participar en el presente juicio a los Decanos de las Facultades de Derecho de las Universidades Externado de Colombia, Javeriana, Nacional de Colombia, de los Andes, Sergio Arboleda, de la Libre, Eafit de Medellín, de Antioquia, del Atlántico y del Rosario, al igual que a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, a la Corporación Excelencia en la Justicia, al Instituto Colombiano de Derecho Procesal y a la Unión Colegiada del Notariado Colombiano, con el objeto de que emitieran concepto técnico sobre la demanda, de conformidad con lo previsto en el artículo 13 del Decreto 2067 de 1991.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de esta clase de procesos, entra la Corte a decidir sobre la demanda de la referencia.

II. LA NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe la norma demandada según publicación en el Diario Oficial No. 47.768 de 12 de julio de 2010

“LEY 1395 DE 2010

(Julio 12)

Diario Oficial No. 47.768 de 12 de julio de 2010

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial.

(...)

CAPÍTULO IX

Disposiciones varias

Artículo 113. Pruebas extraprocesales.

Podrán practicarse ante notario pruebas extraprocesales destinadas a procesos

de cualquier jurisdicción, salvo la penal, con citación de la contraparte y con observancia de las reglas sobre práctica y contradicción establecidas en el Código de Procedimiento Civil.

La citación de la contraparte para la práctica de pruebas extraprocesales deberá hacerse mediante notificación por aviso, con no menos de diez días de antelación a la fecha de la diligencia.

Para estos efectos, facultase a los notarios para que reciban declaraciones extra proceso con fines judiciales.”

III. LA DEMANDA

1. Las ciudadanas demandantes consideran que la disposición acusada, vulnera el artículo 116 de la Constitución Política, toda vez que otorga a los notarios facultades jurisdiccionales al permitir que ante ellos se puedan practicar pruebas extraprocesales con citación de la contraparte y con observancia de las reglas de práctica y contradicción establecidas en el Código de Procedimiento Civil. El precepto acusado incluye todo tipo de pruebas, de modo que con base en el mismo los notarios quedan autorizados para practicar, sin restricción alguna, las mismas pruebas que por mandato legal pueden practicar los jueces de la república.

El mandato constitucional (Art.116) establece que las autoridades facultadas para administrar justicia en Colombia “y *por tanto encargadas de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en la Constitución y en la ley*” son las que pertenecen a la Rama Judicial del poder público como la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los tribunales, los jueces; así mismo el Congreso de la República, los jueces penales militares, los particulares en calidad de árbitros y conciliadores, y excepcionalmente las autoridades administrativas, teniendo estas últimas facultades de carácter restrictivo, esto es, que solamente pueden administrar justicia si la ley así lo permite, señalando así mismo las materia precisas respecto de las cuales ello es posible.

Sobre la naturaleza de la función que cumplen los notarios, afirman que según lo ha establecido la jurisprudencia de esta Corte (C-741 de 1998) *“es una función pública que se ejerce bajo la figura de la descentralización por colaboración ya que la prestación de ese servicio y de las funciones inherentes a él han sido encomendadas, de manera permanente, a los particulares”*. Agrega que de acuerdo con los artículos 210 y 365 de la Constitución, estos funcionarios están sometidos al régimen jurídico fijado por el legislador y a vigilancia y control por parte del Estado.

Concluye sobre este aspecto de su argumentación que *“a los notarios les asiste el carácter de autoridades administrativas, por lo tanto (...) en el cumplimiento de sus labores relacionadas con la fe pública toman el carácter de autoridades, pero de ninguna manera puede asimilarse a aquella potestad que la Constitución le ha reservado a determinados sujetos para administrar justicia”*.

2. Respecto de las diferencias entre la función jurisdiccional y la administrativa, señala que la jurisprudencia (C-1038 de 2002) ha establecido criterios formales y materiales de diferenciación. En cuanto a los primeros indica que *“es de la esencia de los actos judiciales su fuerza de cosa juzgada, mientras que un acto administrativo puede ser revocado, incluso estando ejecutoriado, a menos que exista una situación jurídica consolidada”*. En segundo lugar, *la función judicial es desplegada, en principio, por funcionarios que deben ser jueces o al menos tener las características de predeterminación, autonomía, independencia e inamovilidad propia de los jueces,*” y se desarrolla preferentemente en el marco de procesos judiciales. Es decir que conforme a los criterios formales, se presumen judiciales aquellas funciones que se materializan en actos con fuerza de cosa juzgada, ó son desplegadas por los jueces, ó se desarrollan en el marco de procesos judiciales, o se encuentran indisolublemente ligadas a un proceso judicial.

En relación con los criterios materiales, expone que la Constitución establece una reserva judicial para la restricción concreta de ciertos derechos, como la libertad (Art. 28), y por ende las limitaciones a esta garantía solo podrán efectuarse en ejercicio de funciones jurisdiccionales. Así mismo, destaca que la Constitución establece el derecho de toda persona de acceder a la administración de justicia (Art. 229), por ende, debe entenderse que en principio, una decisión que restrinja el acceso a la administración de justicia, debe ser producto de la función judicial (Citan la sentencia C-1038 de 2008).

3. Finalmente manifiestan que en ejercicio de la facultad conferida en la norma acusada, los notarios desarrollan y adoptan actos de naturaleza estrictamente judicial, comoquiera que deciden sobre los eventuales conflictos que puedan presentarse en la práctica de la prueba, deben garantizar el derecho de contradicción conforme al Código de Procedimiento Civil, resolver las discusiones que se puedan presentar sobre la procedencia y pertinencia de la prueba, objeciones, solicitudes de aclaraciones, corrección o complementación de las pruebas y demás actos y facultades que la ley le confiere a los sujetos interesados, como parte de su derecho de defensa, y en tales eventualidades será necesario que el notario, como instructor decida.

Una vez practicada la prueba por el notario, con observancia de todas las reglas procesales, *“esta puede ser usada como prueba válida en un eventual proceso judicial, sin que sea necesario ningún control judicial por parte del juez, quien la puede tomar como fuente para las decisiones dentro de dicho juicio, toda vez que se presume que ella ha sido producida con pleno respeto del derecho de contradicción en sede notarial”*.

Las demandantes hacen referencia a una serie de contingencias que se podrían presentar en la recepción de pruebas como el interrogatorio de parte y el testimonio, las cuales deberán ser resueltas por los notarios; ello con el fin de respaldar su afirmación en el sentido que dichos actos implican la realización de actos jurisdiccionales que constitucionalmente están excluidos de la competencia de funcionarios que, como los notarios, cumplen funciones administrativas.

IV. INTERVENCIONES

1. - Intervenciones de entidades oficiales

1.1. Del Ministerio de Justicia y del Derecho

El Ministerio de Justicia y del Derecho actuando por medio de apoderada, intervino en el asunto de la referencia, para defender la constitucionalidad de la norma demandada. Para el efecto, expone las siguientes consideraciones:

Para el ministerio, los antecedentes legislativos de la Ley 1395 de 2010, demuestran que el objetivo de ésta, no era otorgar facultades a los notarios para practicar pruebas con las formalidades propias de los funcionarios judiciales dentro de un proceso, *“sino la de recibir*

declaraciones extraprocesales a solicitud de una de las partes de un futuro proceso judicial, de tal manera que, con el carácter adquirido con dicha declaración ante notario, en cuanto a su mayor confidencialidad, se racionalizara la valoración judicial de esa prueba ya dentro del proceso.” (Folio 77)

La precisión que hace la norma acusada, en cuanto a que la declaración ante notario, con fines judiciales se haga con citación de la contraparte y con observancia de las reglas sobre práctica de pruebas establecidas en el Código de Procedimiento Civil, no implica que el notario deba tomar decisiones judiciales, sobre la pertinencia de la prueba y los demás juicios de valor relacionados con la misma.

Afirma que la constitución y ley le atribuyen a la función notarial la naturaleza de un servicio público, y que esta “*debe ser entendida principalmente como una función testimonial de autoridad, que implica la guarda de la fe pública, teniendo en cuenta que el notariado, en virtud del servicio que presta, debe otorgar autenticidad a las declaraciones que son emitidas ante él, y en consecuencia, dar plena fe de los hechos que ha podido percibir en el ejercicio de tales competencias.*” Apoya esta consideración en citas jurisprudenciales.[\[1\]](#)

Por otra parte, afirma que la norma deja abierta la posibilidad de que el juez ante un eventual proceso, le dé el valor que corresponda a la prueba extraprocesal (la practicada por el notario) y adopte la decisión que considere apropiada al respecto.

1.2. Del Consejo Superior De La Judicatura

La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, intervino en el asunto de la referencia, para solicitar la declaratoria de inexequibilidad de la disposición demandada con base en las siguientes consideraciones:

Para esta entidad, la disposición acusada vulnera el artículo 116 de la Constitución Política, toda vez que otorga funciones jurisdiccionales a los notarios, funcionarios no comprendidos en la disposición superior que enuncia de manera expresa quienes están autorizados para ejercer esa potestad.

Asevera que, según la jurisprudencia de esta Corte, la función notarial no está precedida de jurisdicción, y por lo tanto “*La posibilidad de*

definir derechos e imponer sanciones desborda el ámbito de competencia del notario y se traslada a las autoridades judiciales o administrativas con poder decisorio. Por ello mal podría exigirse a la actuación notarial el ejercicio del "ius postulandi" que comprende el derecho de pedir y defender lo pedido, utilizando los mecanismos y recursos que otorga el proceso para la satisfacción de las pretensiones. En estos términos, ante el notario no es viable exigir el respeto por el derecho de defensa, la presunción de inocencia o el derecho a presentar y controvertir pruebas, razón por la cual el debido proceso, propio de las actuaciones judiciales y administrativas de orden procesal, es absolutamente inoperante" [\[2\]](#).

2. De instituciones de educación superior

2.1. De la Universidad De Ibagué

Nidia Chaparro Cuervo, en condición de Decana (E) de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Ibagué, se pronunció sobre el proceso de la referencia, para apoyar la declaratoria de inexecutable de la disposición demandada con base en las siguientes consideraciones:

Para la interviniente, el fin perseguido por el legislador de descongestionar la justicia civil es legítimo y plausible. No obstante, la pretensión de celeridad y oportunidad no puede desconocer los derechos de contradicción y legalidad, puesto que ello repercutiría de manera negativa en el derecho de acceso a la administración de justicia.

Afirma que la función fedataria que cumplen los notarios, consistente en guardar la fe pública mediante el otorgamiento de veracidad a lo que se declara y realiza en su presencia, es muy distinta a la jurisdiccional. El legislador siempre ha tenido el cuidado de deslindar la función notarial de la judicial, por ello con motivo de la desjudicialización de algunos procesos, facultó a los notarios para adelantar algunos asuntos como las sucesiones y otros, cuando no se presenten controversias. Si ello ocurre, se abstendrá de fallar el proceso y lo pasará al juez que corresponda.

Sostiene que de conformidad con lo expuesto por esta Corte [\[3\]](#) la función notarial es incompatible con el ejercicio de autoridad o jurisdicción y no puede ejercerse dentro de los límites territoriales del respectivo círculo de notaría.

Recordando la declaratoria de inexecutable de la Ley 1183 de 2008 (C-1159 de 2008), destaca algunos apartes de esta sentencia en el sentido que *“los notarios por no ser autoridades administrativas, no pueden ser titulares de la función jurisdiccional de declarar la prescripción adquisitiva de dominio de que tratan las normas demandadas (...) el artículo 116 de la Constitución autoriza la asignación de funciones jurisdiccionales únicamente a las autoridades administrativas en un sentido subjetivo y orgánico, o sea a las autoridades y órganos que forman parte de la estructura de la administración pública de conformidad con las normas legales pertinentes, en particular la Ley 489 de 1998, por ser ellos los titulares originarios y ordinarios de las funciones administrativas, y que por ende, aquel precepto superior no autoriza tal atribución en un sentido funcional o material, y en forma extensiva, a los particulares que ejercen funciones administrativas”*.

Señala que las actividades que se desarrollan en el marco de la recepción de pruebas extraprocesales son de naturaleza jurisdiccional comoquiera que implican calificación de preguntas (Art. 207 C.P.C), resolver sobre la inhabilidad de testigos o las objeciones que se presenten, aplicación de sanciones, etc. (Arts. 228 y 225 ibídem), y por ende no pueden ser asignadas a los notarios.

2.2. De la Universidad De Los Andes

Horacio Cruz Tejada, en calidad de director del área de derecho procesal y del consultorio jurídico de la Universidad de los Andes, intervino en el asunto de la referencia, para defender la constitucionalidad de la norma demandada con base en las siguientes consideraciones.

Indica que es claro y no admite debate, que los notarios no están incluidos en el listado de personas y corporaciones consagrado en el artículo 116 de la constitución, y por lo tanto no están facultados para administrar justicia. Por otra parte, afirma que tampoco son autoridades administrativas. Para el interviniente, el problema que debe solucionarse es si la facultad que otorga el artículo 113 de la Ley 1395 de 2010 es de naturaleza jurisdiccional o no.

En relación con tal interrogante, expone que dentro del proceso probatorio, existen etapas que no son de la esfera exclusiva del juez,

por lo tanto la producción de la prueba no es una actividad que corresponda de manera exclusiva a la autoridad judicial.

Finalmente, se pronuncia respecto al propósito de la disposición demandada, la cual en su criterio permite avances en materia de descongestión judicial, y en la eficiencia de la administración de justicia, en la medida que otras autoridades distintas al juez, pueden servir de apoyo a la actividad judicial.

2.3. De la Universidad Libre

Héctor Francisco Arévalo, en representación de la Universidad Libre, intervino en el asunto de la referencia, para solicitar la declaratoria de exequibilidad condicionada de la norma demandada, con base en las siguientes consideraciones.

Afirma, que el objetivo de la norma es brindar herramientas para solucionar la congestión judicial, presente en la mayoría de actuaciones procesales, sin que ello contraríe la disposición del artículo 116 de la Constitución Política.

Aduce que quienes van a recaudar la prueba son las partes interesadas en la misma, las cuales bajo el principio de aseguramiento de la prueba y de la inmaculación de ésta, gobiernan la actividad probatoria. En ese sentido, el notario no es más que un garante de veracidad, contradicción y lealtad entre las partes, el cual como sujeto particular, puede ser autorizado por la ley, para que intermedie en el recaudo de la prueba, sin tener que valorarla, pues ello compete de manera exclusiva al juez.

En su concepto la norma demandada no impone al notario la valoración de la prueba, pues la función que éste desempeña es la de guardar la fe pública, y la recaudar información con apoyo activo de las partes del proceso.

Por otra parte, considera que el carecer de poder jurisdiccional el notario no puede entrar a decidir sobre la objeción a preguntas mal formuladas, o determinar la pertinencia de las mismas, pues cuando ello se presente y haya controversia sobre las pruebas deberá acudir a la figura del juez, quien tiene la jurisdicción y competencia para ello.

En conclusión, solicita la declaratoria de constitucionalidad de la norma demandada bajo el entendido que si llegare a surgir alguna

controversia en el recaudo de la prueba judicial, de tal magnitud que requiera la intervención de un tercero neutral para su solución, ello será objeto de estudio por parte del juez que deba conocer del proceso judicial.

3. De organizaciones gremiales y académicas

3.1. Del Instituto Colombiano De Derecho Procesal

Miguel Enrique Rojas, en su condición de miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal y obrando por delegación del presidente de esa entidad, se pronunció sobre el proceso de la referencia para apoyar la constitucionalidad de la disposición demandada, con base en las siguientes consideraciones.

El interviniente destaca los propósitos de descongestión que animaron la expedición de la Ley 1395 de 2010, y señala que el factor que contribuye en mayor medida a esa situación es la actividad probatoria. Estima que dos medidas importantes para enfrentar esta problemática son la autorización para practicar pruebas extraprocesales ante notario (Art. 113) suprimiendo la limitación que existía par practicar estas pruebas con audiencia de la contraparte; y el otorgamiento de eficacia a los dictámenes periciales obtenidos unilateralmente por las partes (Art. 116).

Sostiene que el legislador, consciente de que los juzgados civiles municipales a quienes compete practicar las pruebas anticipadas no disponen del tiempo suficiente para programarlas y practicarlas oportunamente debido a la recarga laboral que enfrentan, concibió la posibilidad de que el recaudo probatorio extraprocesal se realice con la ayuda de personas distintas a los funcionarios judiciales, como son los notarios.

No obstante, sostiene que la medida ha tenido demasiada resistencia en los notarios, dado que el gobierno no ha establecido tarifas adecuadas que signifiquen una remuneración equilibrada del esfuerzo que deben hacer los notarios para la práctica de dichas pruebas. De ahí que: *“la práctica de pruebas extraprocesales previstas en el artículo 113 de la Ley 1395 de 2010 no haya tenido en la práctica un aumento serio, por las dos razones expuestas: (i) los jueces civiles municipales las programan con muchísima tardanza, de manera que los interesados pierden interés; (ii) los notarios rehúsan practicarlas*

dado que la tarifa que pueden cobrar significa un sacrificio económico para ellos.”

Como argumento central de su disertación expone que la actividad probatoria no es típicamente jurisdiccional, y por ello no hay razón de rango constitucional que impida acudir a otras personas para que colaboren con los despachos judiciales en lo que tiene que ver con la práctica de algunas pruebas, sobre todo si se hace en el marco de una ley de descongestión que procura superar la crisis generada por la excesiva congestión judicial.

Para respaldar su planteamiento cita apartes de algunas sentencias de esta Corporación en las que se ha declarado la exequibilidad de preceptos que comisionan a determinados servidores públicos, como los magistrados auxiliares de las altas corporaciones de la rama judicial para la práctica de determinadas diligencias probatorias (sentencias C-396 de 1994, C-037 de 1996, C-798 de 2003 y C-713 de 2008).

Sostiene al respecto que “percibir el recaudo probatorio como una actividad estrictamente jurisdiccional no es sólo jurídicamente inexacto, sino notoriamente ingenuo. En honor a la verdad en los procesos civiles la mayoría de las pruebas útiles son conseguidas unilateralmente por las partes, sin la intervención del juez, y sometidas al escrutinio de la contradicción en el seno del proceso. La principal actividad del juez consiste en la valoración”

3.2. De La Unión Colombiana del Notariado Colombiano

Eduardo Durán Gómez, presidente (E) de la Unión Colegiada del Notariado Colombiano, intervino para exponer algunas consideraciones sobre esta nueva función asignada a los notarios, pero sin que fije una postura sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del precepto acusado.

En este orden de ideas, sostiene que el notariado colombiano, tiene la disposición y buena voluntad para colaborar en la descongestión de los despachos judiciales, naturalmente dentro del ámbito de la función fedante. Expone, que desde 1988 se han reglamentado diferentes tipos de trámites que originariamente fueron asignados por la ley a los jueces, y luego a los notarios, con óptimos resultados en materia de descongestión judicial, como ocurre con los procesos de jurisdicción voluntaria, en el entendido que esta especie de jurisdicción no es litigiosa.

Esa regulación no ha implicado dotar de jurisdicción a los notarios, dichas normas los han facultado para tramitar asuntos no contenciosos, sin debate probatorio y sin que concluyan en sentencia, obedeciendo a unos pasos procedimentales y exigiendo unas pruebas preconstituidas para que hagan parte de la escritura pública que le da término al trámite.

Relaciona algunas de las funciones que se han asignado a los notarios, tales como la expedición del registro civil de las personas, por delegación de la Registraduría Nacional de Estado Civil; las conciliaciones como requisito previo de procedibilidad en materia civil, comercial y de familia; las sucesiones; la liquidación y disolución de la sociedad conyugal, el matrimonio civil, el divorcio y la cesación de efectos legales de los matrimonios.

Finalmente manifiesta que *“queda a la sabiduría de la Honorable Corte Constitucional la confirmación de la naturaleza jurídica del notariado colombiano como particular que presta un servicio público, en ejercicio de la función pública de dar fe, a través de los documentos notariales, así como el pronunciamiento sobre la exequibilidad de la norma acusada en el proceso de la referencia”*.

4. Intervenciones Ciudadanas

4.1. Del Ciudadano Nicolás Andrés Gómez Quintero

Este ciudadano intervino en el asunto de la referencia, para defender la constitucionalidad de la norma demandada con base en las siguientes consideraciones.

Indica, que el artículo 113 de la Ley 1395 de 2010, no contraria las disposiciones del artículo 116 de la Constitución Política, puesto que en su concepto la norma objeto de estudio no otorga funciones jurisdiccionales a los notarios.

Para ello, expone que la actividad probatoria no es exclusiva de la función jurisdiccional por cuanto esta también es realizada por los particulares con la ayuda de otras personas o autoridades. En ese sentido expone, que la Corte Constitucional en Sentencia C – 713 de 2008 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández) declaró la constitucionalidad de una disposición que confirió a los magistrados auxiliares de las altas cortes, la facultad de practicar pruebas en los

procesos a cargo de los referidos tribunales en calidad de comisionados.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

En cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 242-2 y 278-5 de la Constitución Política, el señor Procurador General de la Nación, mediante concepto 5374 del 25 de mayo de 2012, solicitó a la Corte declarar exequible la disposición acusada por encontrarse ajustada a la constitución.

Considera el Jefe del Ministerio Público que el problema jurídico a resolver es *“si el artículo demandado, al permitir la práctica de pruebas extraprocesales ante notarios, con sujeción a las reglas previstas en el Código de Procedimiento Civil, vulnera lo previsto en el artículo 116 superior.”* Para analizar este problema presenta las siguientes consideraciones:

(i) El propósito principal de la Ley 1395 de 2010 es adoptar medidas para la descongestión judicial, con lo cual se busca permitir a la administración de justicia dar respuesta pronta y oportuna a sus usuarios.

(ii) Ante los notarios se practican pruebas extrajudiciales, más no judiciales. Las primeras, pueden ser aportadas al proceso para que el juez las valore y las emplee al momento de decidir. Asumir que los notarios, por la mera circunstancia de que ante ellos se puedan practicar pruebas extrajudiciales, con audiencia de las partes y con sujeción a las reglas del código de procedimiento civil, ejercen una función jurisdiccional, como lo hacen las demandantes, no corresponde a la realidad. Los notarios no son jueces, ni actúan como tales, sino que colaboran armónicamente con la administración de justicia, conforme a lo previsto en los artículos 113 y 116 superiores.

Fundamenta su argumentación en las sentencias C-093 de 1998 y C-1038 de 2002, las cuales transcribe in extenso.

VI. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

1. Competencia de la Corte

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 5o. de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para conocer y decidir definitivamente sobre la demanda de inconstitucionalidad de la referencia, pues las expresiones acusadas hacen parte de una Ley, en este caso, de la Ley 1395 de 2010.

2. Planteamiento del problema Jurídico y estructura de la decisión

2.1. Las demandantes consideran que la potestad que el artículo 113 de la Ley 1395 de 2010 confiere a los notarios para practicar pruebas extraprocesales con destino a procesos de cualquier jurisdicción, salvo la penal, es contraria al artículo 116 de la Constitución. Sostienen que esta norma superior prevé de manera taxativa las autoridades y personas autorizadas para administrar justicia, y en ninguna de las categorías allí establecidas quedan incluidos los notarios, comoquiera que no son autoridades judiciales, ni son particulares con función de administrar justicia como sí acontece con los jurados, conciliadores y árbitros; y tampoco son funcionarios administrativos autorizados expresamente por la ley para cumplir funciones jurisdiccionales de manera excepcional y sobre materias específicas, como lo prevé el inciso 3° del precepto superior.

Las ciudadanas actoras parten de la premisa de que la práctica de pruebas extraprocesales con fines judiciales, constituye una actividad típicamente jurisdiccional, toda vez que involucra situaciones en las que se deben adoptar decisiones, y su recaudo exige el respeto del derecho de defensa y de contradicción.

2.2. El Procurador General de la Nación solicita la exequibilidad del precepto acusado, tras considerar que las demandantes parten de un planteamiento erróneo consistente en considerar que la simple práctica de pruebas extraprocesales, comporta ejercicio de función jurisdiccional. Para el jefe del Ministerio Público, la potestad que la norma asigna a los notarios no es jurisdiccional, y se inscribe en el deber de colaboración armónica con los jueces.

2.3. Algunos de los intervinientes (Ministerio del Interior y de Justicia, Universidad de los Andes, Instituto de Derecho Procesal) solicitan la exequibilidad de la norma, argumentando que el hecho de que la

misma exija la citación de la contraparte, y la observancia de las reglas sobre práctica y contradicción probatoria establecidas en el Código de Procedimiento Civil, no implica que el notario deba adoptar decisiones judiciales, toda vez que la valoración sobre la pertinencia de la prueba, su capacidad demostrativa, y demás juicios de valor, corresponden al juez. Aducen que la producción de la prueba no es una actividad que sea propia y exclusiva a la autoridad judicial.

2.4. Otros intervinientes, en cambio, (Consejo Superior de la Judicatura, Universidad de Ibagué), solicitan la inexecutable de la norma, al estimar que el recaudo probatorio lleva implícitas funciones jurisdiccionales, y los notarios carecen de facultades para su ejercicio, de conformidad con lo previsto en el artículo 116 constitucional. La labor de recaudo probatorio, con las contingencias que ello comporta, trasciende la función fedataria propia de los notarios.

2.5. Una postura intermedia es planteada por la Universidad Libre, quien sugiere la constitucionalidad de la norma demandada, bajo el entendido que si llegare a surgir alguna controversia en el recaudo de la prueba judicial, de tal magnitud que requiera la intervención de un tercero neutral para su solución, ello será objeto de estudio por parte del juez que deba conocer del proceso judicial.

2.6. De acuerdo con lo anterior, corresponde a la Corte determinar si la potestad que la norma confiere a los notarios, de practicar pruebas extrajudiciales con citación de la contraparte, y sujeción a las reglas del código de procedimiento civil, con destino a procesos judiciales (excepto el penal), vulnera el artículo 116 de la Carta, en la medida que, en criterio de las demandantes, los notarios no son autoridad judicial (inciso 1º), ni administrativa autorizada para ejercer excepcionalmente y en materias precisas funciones jurisdiccionales (Inciso 3º), como tampoco particulares investidos transitoriamente de dicha función (inciso 4º).

2.7. Previamente a la resolución del problema jurídico así planteado debe dilucidarse si la práctica de pruebas extrajudiciales con fines judiciales, con citación de la contraparte y sujeción a las reglas del código de procedimiento civil, constituye función jurisdiccional.

Con el propósito de solventar los interrogantes planteados, la Sala reiterará su jurisprudencia sobre: (i) la naturaleza jurídica de la función notarial; (ii) y los criterios para determinar el carácter

jurisdiccional de una función. En ese marco se pronunciará sobre el cargo de la demanda.

3. Rasgos que caracterizan la función notarial en nuestro régimen jurídico

La jurisprudencia de esta Corte ha analizado en varias oportunidades problemas jurídicos que le exigen definir la naturaleza jurídica de las funciones que desempeñan los notarios^[4], su condición como colaboradores del Estado, el sentido y finalidad de la función fedante y el ámbito de competencias del legislador para configurar la regulación sobre la materia.

Ha establecido como notas distintivas de la actividad notarial las siguientes: *(i)* es un servicio público; *(ii)* a cargo de particulares, que actúan en desarrollo del principio de descentralización por colaboración; *(iii)* que además apareja el ejercicio de una función pública, en tanto depositarios de la fe pública; *(iv)* que para estos efectos se encuentran investido de autoridad; *(v)* sin que por ello adquieran el carácter de servidores públicos o de autoridades administrativas en sentido subjetivo u orgánico.

3.1. La actividad notarial es considerada por el orden jurídico^[5] como un *servicio público* (Art. 131 C.P.) en razón a que constituye una labor destinada a satisfacer, de manera continua y obligatoria, una necesidad de interés general, como es la función fedante, sometida a un régimen jurídico especial, bien sea que se preste por el Estado o por los particulares. Los servicios públicos, según nuestro ordenamiento jurídico, son inherentes a la finalidad social del Estado, en virtud de lo cual asume éste la responsabilidad de asegurar su prestación eficiente (Art. 365 C.P.).

Ha señalado la Corte que el régimen propio de los servicios públicos limita en buena medida el ejercicio de determinadas libertades individuales, respecto de sus prestadores. De ahí que la actividad notarial, como ejercicio de un servicio público, esté sometida a un régimen jurídico preciso y exigente establecido por la ley y sujeta, además, al control y vigilancia del Estado en virtud de las potestades que le reconoce, entre otros, los Arts. 365 y 131 de la Constitución, cuya finalidad es la de “*asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional*”^[6].

Sobre el particular la Corte señaló:

“El artículo 131 de la Carta Política instituye la función notarial como un servicio público en el que se advierte una de las modalidades de la aludida descentralización por colaboración, ya que la prestación de ese servicio y de las funciones inherentes a él ha sido encomendada, de manera permanente, a particulares, en lo cual la Corte no ha hallado motivos de inconstitucionalidad”.

“Ahora bien, las atribuciones de las que han sido investidos los notarios implican su sometimiento al régimen jurídico fijado por el legislador y aparejan el control y la vigilancia que ejerce el Estado, encargado por el Estatuto Fundamental de asegurar la eficiente prestación de los servicios públicos, de promover el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población y de garantizar el cumplimiento de los deberes sociales de los particulares (artículos 365, 366 y 2 de la C.P.)” [7].

3.2. En relación con la actividad notarial como una expresión de la *descentralización por colaboración*, ha dicho la Corte que esta se presenta en los casos en que el Estado decide acudir al apoyo de los particulares para el desempeño de algunas de sus funciones, cuando su manejo exige el concurso de personas con una formación especializada, de quienes no siempre dispone la administración, o cuando los costos y el esfuerzo organizativo que requiere el montaje de una estructura técnica adecuada para llevar a cabo la prestación del servicio especial, resulta fiscalmente onerosa y menos eficiente, que la opción de utilizar el apoyo del sector privado. Mediante esta forma de descentralización *“el Estado soluciona la atención de una necesidad pública, por fuera del esquema tradicional de atribuir a un organismo público el manejo de la función que exige el cumplimiento de un determinado cometido. Por eso, bien se ha dicho, que “la*

descentralización por colaboración viene a ser una de las formas del ejercicio privado de las funciones públicas”.[\[8\]](#)[\[9\]](#)

Sobre este particular se ha pronunciado la Corte en los siguientes términos:

“Es oportuno reiterar, en esta oportunidad, que en la Constitución Política se encuentra la autorización para que el ejercicio de funciones públicas y la prestación de servicios de esa misma naturaleza sea[n] confiado[s] a particulares.

La complejidad y el número creciente de las tareas que la organización política debe cumplir en la etapa contemporánea ha llevado a procurar el concurso de los particulares, vinculándolos, progresivamente, a la realización de actividades de las cuales el Estado aparece como titular, proceso que en algunas de sus manifestaciones responde a la denominada descentralización por colaboración, inscrita dentro del marco más amplio de la participación de los administrados “en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación”, consagrada por el artículo 2 superior como uno de los fines prevalentes del Estado colombiano.

La Constitución Política de 1991 alude al fenómeno comentado en los artículos 123, 365 y 210. La primera de las normas citadas defiere a la ley la determinación del régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y la regulación de su ejercicio, de conformidad con la segunda, los particulares prestan servicios públicos y de acuerdo con las

voces del artículo 210, “los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley” [10].

3.3. En lo que concierne a la actividad notarial como *función pública de dar fe*, ha explicado la Corte que, de conformidad con la ley [11], el notariado es una función pública e implica el ejercicio de la fe notarial. De allí, el valor jurídico y al alcance probatorio que se le reconoce a los actos y declaraciones surtidas ante el notario, y a los hechos de los cuales éste da cuenta por haber ocurrido en su presencia. Todo ello en razón a que está investido por el Estado de la autoridad necesaria para atribuir autenticidad a tales actos y atestaciones, como depositario que es de la fe pública.

La función *fedante*, como se denomina la facultad del notario de *dar fe*, es una atribución de interés general propia del Estado, que aquél ejerce en su nombre por asignación constitucional, en desarrollo de la cooperación que el sector privado ofrece al sector público en virtud del fenómeno de la descentralización por colaboración

Sobre este particular ha señalado la Corte:

“3- El servicio notarial implica [...] el ejercicio de la fe notarial, por cuanto el notario otorga autenticidad a las declaraciones que son emitidas ante él y da plena fe de los hechos que él ha podido percibir en el ejercicio de sus atribuciones.

Esta finalidad básica del servicio notarial pone en evidencia que los notarios no desarrollan únicamente un servicio público, como podría ser el transporte o el suministro de electricidad, sino que ejercen una actividad, que si bien es distinta de las funciones estatales clásicas, a saber, la legislativa, la ejecutiva y la judicial, no puede ser calificada sino como una verdadera función pública. En efecto, el notario declara la autenticidad de

determinados documentos y es depositario de la fe pública, pero tal atribución, conocida como el ejercicio de la “función fedante”, la desarrolla, dentro de los ordenamientos que han acogido el modelo latino de notariado, esencialmente en virtud de una delegación de una competencia propiamente estatal, que es claramente de interés general.

Esta función es en principio estatal, ya que el notario puede atribuir autenticidad a determinados documentos y dar fe de ciertos hechos con plenos efectos legales únicamente porque ha sido investido por el Estado de la autoridad para desarrollar esa función. Esto significa que una persona que no ha sido designada formalmente por las autoridades públicas como notario o escribano, según la terminología de otros ordenamientos, no puede dar oficialmente fe de unos hechos o conferir autenticidad a unos documentos, por más de que sea la persona más respetada de la comunidad. En efecto, las aseveraciones de un particular que no es notario tienen el valor de un testimonio, que es más o menos creíble, según el valor que las autoridades le otorguen, pero tales aseveraciones no confieren, con efectos legales, autenticidad al documento, por cuanto no desarrollan la función fedante que, dentro del llamado sistema latino, se desarrolla bajo la égida del Estado y por delegación de éste.

Esta función de dar fe es además claramente de interés general por cuanto establece una presunción de veracidad sobre los documentos y los hechos

certificados por el notario, con lo cual permite un mejor desarrollo de la cooperación social entre las personas, en la medida en que incrementa la seguridad jurídica en el desenvolvimiento de los contratos y de las distintas actividades sociales. Algunos sectores de la doctrina consideran incluso que la función notarial es una suerte de administración de justicia preventiva, ya que la autenticidad de los documentos y la presunción de veracidad sobre los hechos evita numerosos litigios que podrían surgir en caso de que hubiese incertidumbre sobre tales aspectos. El notario ejerce entonces una actividad complementaria a la del juez, ya que el primero previene los litigios que el segundo debería resolver. El documento notarial aparece así, para ciertos doctrinantes, como la “prueba antilitigiosa por excelencia”, por lo cual consideran que “el número de sentencias ha de estar en razón inversa del número de escrituras; teóricamente, notaría abierta, juzgado cerrado”^[12]. En síntesis, en palabras de Carnelutti, “cuanto más notario, menos juez; cuanto más consejos del notario, cuanta más cultura del notario, cuanto más conciencia del notario, tanta menos posibilidades de litis^[13]”.^[14]

3.4. Ha precisado así mismo la jurisprudencia que la gestión notarial implica *el ejercicio de autoridad*, en la medida que comporta el desarrollo de una atribución de la cual es titular el Estado, como es la de dar fe, en virtud de lo cual está reconocida como una *función pública*.

Al respecto señaló la Corte:

“No cabe duda de que el notario cumple, en desarrollo de sus actividades, funciones administrativas que aparejan potestades, que le han sido atribuidas por la ley. Ese poder o autoridad se traduce en una supremacía de su operador sobre quienes están dentro de un ámbito de actuación que le ha sido delimitado por la ley, de manera que éstos quedan vinculados jurídicamente con aquél dentro de una relación de subordinación, para el ejercicio de sus derechos o la realización de las actividades que supone la prestación de un servicio.

Para García De Enterría^[15] la potestad procede directamente del ordenamiento, tiene un carácter genérico y se refiere a un ámbito de actuación definido en grandes líneas y no consiste en una pretensión particular sino en la posibilidad abstracta de producir efectos jurídicos, “...de donde eventualmente pueden surgir, como una simple consecuencia de su ejercicio, relaciones jurídicas particulares”.

Justamente en nuestro ordenamiento jurídico, la ley le reconoce a los notarios autoridad cuando les confía atribuciones en las cuales está de por medio el ejercicio de una función pública, pues en ese caso, éstos se colocan en una posición de supremacía frente a quienes acuden al servicio notarial y, por supuesto, los usuarios del servicio quedan obligatoriamente subordinados a las determinaciones

que aquél imparta, desde luego, en el ejercicio de sus atribuciones” [16].

3.5. No obstante, ha aclarado que se trata de particulares a los que se les ha asignado el desempeño de una función pública, y aunque objetivamente su situación ofrece evidentes similitudes con los empleados estatales, como la exigencia de neutralidad en sus actuaciones, técnicamente no es válido sostener que por tal circunstancia, adquieran la condición de servidores públicos. Al respecto la jurisprudencia precisó:

“Para esta Corporación es indudable que a los notarios en el cumplimiento de sus labores relacionadas con la fe pública les asiste el carácter de autoridades. Ya la Corte Constitucional ha precisado que los particulares encargados del desarrollo de funciones públicas, “en el ejercicio de esas funciones ocupan la posición de la autoridad estatal gozando, por ende, de las prerrogativas del poder público...” [17]

(...)

“Comoquiera que el notario ejerce una función pública, se le impone el deber de neutralidad en sus actuaciones: “[...] El notario ejerce una función pública y, si bien por ello, no se coloca en la condición de funcionario público, debe aceptarse que por esa circunstancia adquiere un compromiso especial con el Estado y la sociedad que es el de obrar con absoluta imparcialidad, en el ejercicio de sus funciones, y que, a no dudarlo, se verá comprometida con la intervención en política en apoyo de sus convicciones partidistas. Por eso es que se considera que la prohibición de participar en el debate político, es, para quien detenta la calidad de funcionario público, como para quien ejerce una función pública que atribuya autoridad,

una condición necesaria de la neutralidad en el desempeño de sus funciones” [18].

(...)

“Si técnicamente no es válido sostener que los notarios son empleados del Estado, no cabe duda de que, objetivamente su situación ofrece evidentes similitudes con éstos, como que también cumplen funciones de interés general y carácter público, ejercen por razón de ello autoridad y están obligados, por lo mismo, a evitar que el ejercicio de cualquier otra función distinta a las que desempeñan, pueda comprometer el interés superior que éstas representan” [19].

3.6. En lo que concierne, específicamente, al eventual ejercicio de potestades jurisdiccionales por parte de los notarios, la jurisprudencia de esta Corte ha señalado que si bien estos operadores ejercen una función pública en tanto depositarios de la fe pública, y que para tales efectos están investidos de autoridad, esto no los convierte en autoridades administrativas en sentido subjetivo u orgánico, y por ende no puede considerarse incluidos dentro de la hipótesis prevista en el inciso 3° del artículo 116 de la Constitución según el cual *“Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades”*.

En la sentencia C-1159 de 2008 (M.P. Jaime Araújo Rentarúa) en la cual se declaró la inexecutable de varios preceptos de la Ley 1183 de 2008, que otorgaban a los notarios la función de declarar la prescripción adquisitiva del dominio sobre bienes inmuebles urbanos considerados como vivienda de interés social de estratos 1 y 2 de los municipios de categoría especial, primera y segunda. Sobre el particular, la Corte expresó:

“En estas condiciones, debe concluirse que los notarios, por no ser autoridades administrativas, no pueden ser titulares de la función jurisdiccional de declarar la prescripción adquisitiva de dominio de que tratan las normas demandadas.

Adicionalmente, si con otro criterio o con un nuevo examen se considerara que las funciones notariales son administrativas, aunque estrictamente no den lugar a la expedición de actos administrativos que creen, modifiquen o extingan relaciones o situaciones jurídicas, por ser esas funciones de manera general de naturaleza meramente declarativa o testimonial, debería también considerarse que, por tratarse de una atribución excepcional de competencia, el Art. 116 de la Constitución autoriza la asignación de funciones jurisdiccionales únicamente a las autoridades administrativas en un sentido subjetivo u orgánico, o sea, a las entidades y órganos que forman parte de la estructura de la Administración Pública de conformidad con las normas legales pertinentes, en particular la Ley 489 de 1998^[20], por ser ellos los titulares originarios y ordinarios de las funciones administrativas, y que, por ende, aquel precepto superior no autoriza tal atribución en un sentido funcional o material, y en forma extensiva, a los particulares que ejercen funciones administrativas.

Así, con base en tal examen se concluiría también que el Art. 116 superior no autoriza la atribución de funciones jurisdiccionales a los notarios, que contemplan las normas demandadas.

(...)

En este sentido, se insiste en que el legislador, por las razones antes indicadas, no puede atribuir a los Notarios funciones que sean

materialmente jurisdiccionales, como lo son las examinadas en este asunto. En cambio, sí puede asignarles funciones relativas a procesos de jurisdicción voluntaria, ya que éstos, como se señaló, conforme al criterio predominante de la doctrina procesal, tienen naturaleza administrativa y no jurisdiccional”.

Asimismo declaró en el mencionado fallo que:

“Con base en este precepto superior (116), en concordancia con el Art. 113 ibídem, según el cual son ramas del poder público la legislativa, la ejecutiva y la judicial, puede afirmarse que en el ordenamiento jurídico colombiano la regla general es que las funciones jurisdiccionales son ejercidas por la rama judicial del poder público y que por excepción tales funciones son ejercidas por otras entidades u órganos.

Como es obvio, los notarios no quedan comprendidos en la regla general, puesto que no forman parte de la rama judicial.

Por otra parte, no obstante ser particulares, no son aplicables a los notarios las dos excepciones previstas en el inciso final del Art. 116 superior, por no tratarse de las actividades de jurados en causas criminales ni de las de conciliadores o de árbitros en virtud de habilitación por las partes en ejercicio de su autonomía de la voluntad privada”.

3.7. En síntesis, de acuerdo con la anterior reseña jurisprudencial la actividad notarial es un *servicio público* dado que constituye una labor destinada a satisfacer, de manera continua y obligatoria, una necesidad de interés general, como es la función fedante, sometida a un régimen jurídico especial. Su atribución a los notarios constituye una expresión de la figura de la *descentralización por colaboración*, la cual se presenta en los casos en que el Estado decide acudir al apoyo de los particulares en el desempeño de algunas de sus funciones, cuando su manejo exige el concurso de personas con una formación especializada, de quienes no siempre dispone la administración. El notariado es así mismo una *función pública* que implica el ejercicio de la fe notarial. De allí, el valor jurídico y al alcance probatorio que se le reconoce a los actos y declaraciones surtidas ante el notario, y a los hechos de los cuales éste da fe por haber ocurrido en su presencia. La gestión notarial implica *el ejercicio de autoridad* atributo necesario para revestir de autenticidad a los actos y atestaciones que presencia, como depositario que es de la fe pública. Sin embargo, esto no los convierte en autoridades administrativas en sentido subjetivo u orgánico, y por ende no puede considerarse incluidos dentro de la hipótesis prevista en el inciso 3° del artículo 116 de la Constitución, según el cual de manera excepcional la ley podrá atribuir función jurisdiccional, en materias precisas, a determinadas autoridades.

Establecida la naturaleza jurídica de la función notarial, corresponde a la Sala determinar si la competencia que el artículo 113 de la Ley 1395 de 2010 atribuye a los notarios, consistente en practicar pruebas extraprocesales con fines judiciales, con citación de la contraparte y sujeción a las reglas del código de procedimiento civil, constituye función jurisdiccional, o por el contrario, como lo sostienen algunos de los intervinientes, e incluso el señor Procurador, implica una labor de apoyo a la actividad típicamente judicial que despliegan los jueces.

4. Criterios para establecer la naturaleza jurisdiccional de una función

La Constitución colombiana prevé que la administración de justicia es función pública y que sus decisiones son independientes (Art. 228), como también que los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley (Art. 230).

4.1. La jurisprudencia de esta Corte ha mencionado algunas características y criterios para dilucidar si un determinado acto o actuación tiene naturaleza jurisdiccional, y si por ende, es propio de la

función de administrar justicia. Sin embargo, ha aclarado que dichos criterios no tienen un carácter conclusivo, o excluyente de otros que puedan resultar adecuados para resolver un determinado problema jurídico que requiera de dicha distinción.

4.1.1. En este propósito clarificador, en la sentencia C- 1159 de 2008^[21], hizo referencia al atributo de cosa juzgada como uno de los criterios diferenciadores entre la función jurisdiccional, y la administrativo. Sobre el particular precisó:

“4. En la doctrina y en la jurisprudencia ha sido frecuente el debate sobre las características de la función jurisdiccional del Estado y su distinción de la función administrativa del mismo.

De conformidad con el criterio clásico, con base en la división tripartita del poder público, al legislador le corresponde expedir las leyes, a la Administración Pública le corresponde ejecutarlas y a la rama judicial le corresponde la adjudicación del derecho, esto es, atribuir con carácter vinculante los efectos de las leyes a los asociados.

En el Estado de Derecho los jueces, en virtud de su independencia, tanto respecto de las otras ramas u órganos del poder público como en relación con instancias superiores dentro de la misma rama judicial, sólo están sometidos al imperio de la Constitución y de la ley, lo cual constituye el fundamento para que el ordenamiento jurídico otorgue carácter definitivo a sus decisiones, una vez ejecutoriadas, con la finalidad de que las controversias jurídicas no sean interminables y de que no resulten fallidas la convivencia pacífica y la

vigencia de un orden justo. En cambio, los actos administrativos gozan de presunción de legalidad pero son provisionales y están sometidos al control jurisdiccional, por cuyo efecto se declaran nulos cuando en el proceso respectivo se desvirtúa dicha presunción”.

4.1.2. En el mismo fallo recordó los criterios sentados en la sentencia C-189 de 1998[22] establecidos en un esfuerzo por caracterizar la función jurisdiccional y diferenciarla de otras funciones estatales. En esta oportunidad hizo referencia a los atributos que deben concurrir en el órgano que emite actos jurisdiccionales como la predeterminación y la inamovilidad, lo que garantiza la autonomía, independencia e imparcialidad de sus decisiones. Al respecto señaló:

“El sentido de la distinción entre acto administrativo y acto jurisdiccional.

(...)

De otro lado, estos actos también se diferencian por la naturaleza del sujeto que los emite, pues sólo puede producir actos judiciales un funcionario que tenga las características de predeterminación, autonomía, independencia e inamovilidad propia de los jueces. En efecto, lo propio del juez es que no sólo deber estar previamente establecido por la ley (juez natural) sino que, además, debe ser ajeno a las partes en la controversia (imparcial), sólo está sujeto al derecho y no a instrucciones de sus superiores o de los otros poderes (independiente), y goza de una estabilidad suficiente para poder ejercer su independencia y autonomía (inamovilidad)[23]. Por el contrario, el funcionario administrativo carece de algunos de esos rasgos”.[24]

4.1.3. Así mismo, en la sentencia C-1159 de 2008, se mencionaron otros criterios, específicamente orientados a diferenciar la actuación judicial, de la notarial, tales como la potestad decisoria y adjudicatoria de derechos, propia de los jueces; el carácter contencioso de la materia que origina la actuación; y la naturaleza coercitiva del procedimiento. Al respecto expuso:

“i) Como se indicó, la función esencial de la administración de justicia es declarar si existen o no los derechos y, en caso afirmativo, quién es su titular. Adicionalmente, aquella asegura la efectividad de los derechos ciertos, mediante un procedimiento coercitivo, cuando las personas llamadas a satisfacerlos no lo hacen voluntariamente.

En el presente caso es diáfano que las normas demandadas tienen por objeto que los notarios declaren o reconozcan la adquisición del derecho de propiedad en virtud de la prescripción adquisitiva o usucapión, sobre bienes inmuebles ajenos, lo cual implica necesariamente la extinción del derecho de propiedad anterior. Ello significa que los notarios deben “decir” quién es el titular de ese derecho subjetivo privado, con base en las pruebas correspondientes que obren en la actuación. En este sentido es ilustrativa la exigencia del Art. 10 de la Ley 1183 de 2008, según el cual la solicitud deberá contener, entre otras cosas, los documentos, declaraciones y demás pruebas que a juicio del solicitante le permitan demostrar que ha ejercido posesión pública, continua y pacífica sobre el inmueble durante el plazo establecido en la ley (Num. 6).

Dicha finalidad de la actuación ante los notarios confiere a ésta una naturaleza necesariamente contenciosa, por fundarse en una contienda o conflicto jurídico de intereses, que el Estado debe resolver en forma independiente e imparcial, a favor de una parte y en contra de la otra, con carácter obligatorio y definitivo, o sea, con valor de cosa juzgada, lo cual es lo propio de la jurisdicción de acuerdo con el criterio unánime de la doctrina procesal.

Dicha actuación se contrapone a la llamada de jurisdicción voluntaria, en la que en principio no existe contienda o conflicto jurídico de intereses, aunque puede presentarse eventualmente en el desarrollo del proceso, sobre aspectos del objeto del mismo; así, por ejemplo, en el proceso sobre designación de guardador puede haber desacuerdo entre los peticionarios e intervinientes sobre la persona del guardador o sobre la cuantía de la caución que éste debe prestar para ejercer sus funciones. Por otra parte, en forma excepcional, el legislador somete al proceso de jurisdicción voluntaria asuntos contenciosos, como ocurre por ejemplo con la adopción. Según el criterio predominante en la doctrina procesal, el proceso de jurisdicción voluntaria tiene carácter administrativo, y no jurisdiccional, y no produce, por tanto, efectos de cosa juzgada.

A este respecto es necesario anotar que la contienda o conflicto jurídico de intereses mencionado existe aunque las personas frente a quienes se formula la pretensión no defiendan su interés, o

sea, concretamente, aunque aquellas no formulen excepciones de fondo dirigidas a desvirtuar el pretendido derecho del peticionario o, más aún, aunque las mismas se allanen a la pretensión”.

4.1.4. En la sentencia C-1038 de 2002 (M.P, Eduardo Montealegre Lynett) [25], con el propósito de definir si una competencia adscrita a los centros de arbitramento en la fase prearbitral, tenía material y formalmente carácter judicial, se tomaron en cuenta los siguientes criterios. Son judiciales: (i) las funciones que se materializan en actos con fuerza de cosa juzgada, o (ii) son desplegadas por jueces, o al menos por funcionarios que gozan de los atributos propios de los jueces, o (iii) se desarrollan en el marco de procesos judiciales, o se encuentran indisolublemente ligadas a un proceso judicial. Sobre el particular se indicó:

“Sin embargo, a pesar de esas dificultades, en ocasiones, como en el presente caso, es necesario definir si una autoridad ejerce o no funciones judiciales, pues es el presupuesto para tomar la decisión en un sentido u otro. Es pues necesario adelantar unos criterios que permitan entonces determinar si la función ejercida por un particular, o por una autoridad es o no de naturaleza judicial. Y en tal contexto, la Corte considera que existen algunos elementos formales y materiales que son útiles para dirimir esas controversias.

De un lado, existen criterios formales, en torno a los cuales parece existir un cierto consenso académico y jurisprudencial[26]. Así, en primer término, es de la esencia de los actos judiciales su fuerza de cosa juzgada, mientras que los actos administrativos suelen ser revocables. Esto significa que una decisión judicial es irrevocable

una vez resueltos los recursos ordinarios y, excepcionalmente, los extraordinarios, mientras que un acto administrativo puede ser revocado, incluso estando ejecutoriado, a menos que exista una situación jurídica consolidada. En segundo término, la función judicial es en principio desplegada por funcionarios que deben ser jueces, o al menos tener las características de predeterminación, autonomía, independencia e inamovilidad propia de los jueces. Finalmente, y ligado a lo anterior, el ejercicio de funciones judiciales se desarrolla preferentemente en el marco de los procesos judiciales. Por consiguiente, conforme a esos tres criterios formales, se presumen judiciales aquellas (i) funciones que se materializan en actos con fuerza de cosa juzgada, o (ii) son desplegadas por jueces, o al menos por funcionarios que gozan de los atributos propios de los jueces, o (iii) se desarrollan en el marco de procesos judiciales, o se encuentran indisolublemente ligadas a un proceso judicial.

De otro lado, aunque resultan más polémicos, también es posible adelantar algunos criterios materiales. Así, la Constitución establece una reserva judicial para la restricción concreta de ciertos derechos, como la libertad (CP art. 28), y por ende, se entiende que dichas limitaciones sólo pueden ser desarrolladas en ejercicio de funciones judiciales. Igualmente, la Constitución establece el derecho de toda persona a acceder a la administración de justicia (CP art. 229). Por consiguiente, en principio no

sería admisible que una autoridad, en ejercicio de una función no judicial, pueda limitar el acceso a la administración de justicia. Por ende, debe entenderse que en principio una decisión que restrinja el acceso a la administración de justicia, debe a su vez, ser ejercicio de una función judicial.

18- Los anteriores criterios formales y materiales obviamente no son exhaustivos ni son de aplicación mecánica, pues en ocasiones pueden estar en tensión unos con otros. Sin embargo, la Corte considera que en el presente caso, ellos son suficientes para concluir que gran parte de las funciones desarrolladas por los centros de arbitramento en la fase prearbitral son de naturaleza judicial. De un lado, desde el punto de vista formal, en esa fase, si bien no se decide directamente el fondo de la controversia, si se toman decisiones y se llevan a cabo trámites que tienen una vinculación directa con el proceso arbitral, que es de naturaleza judicial. Por ende, y como bien lo destaca la jurisprudencia del Consejo de Estado, esa etapa se encuentra indisolublemente ligada con un proceso judicial, y por ello se entiende que su naturaleza es también judicial. Por ello, se encuentra regulada por el estatuto procesal civil. De otro lado, desde el punto de vista material, las decisiones tomadas en esa fase prearbitral tienen consecuencias importantes en el acceso a la justicia arbitral, pues corresponde al director del centro de arbitramento, entre otras cosas, decidir sobre la admisibilidad de la solicitud de

convocatoria del tribunal de arbitramento”.

4.1.5. En síntesis, ha reconocido la jurisprudencia de esta corporación, las dificultades que en ocasiones presenta la definición acerca de si una función atribuida a una autoridad o a un particular es de naturaleza jurisdiccional, pero también ha destacado la importancia que tal distinción presenta, en situaciones similares a la que ahora enfrenta la Sala, para definir la constitucionalidad de determinadas atribuciones. Para el efecto ha aplicado una serie de criterios que sin ser exhaustivos, ni de aplicación mecánica, cumplen una finalidad orientadora. En este orden de ideas ha sostenido que son judiciales, desde el punto de vista formal: *(i)* las funciones que se materializan en actos con fuerza de cosa juzgada; o *(ii)* son desplegadas por jueces, o al menos por funcionarios que gozan de los atributos propios de los jueces; o *(iii)* se desarrollan en el marco de procesos judiciales, o se encuentran indisolublemente ligadas a un proceso judicial. Como criterios materiales ha indicado que *(iv)* se trata de actuaciones que restringen derechos fundamentales sujetos a reserva judicial, como el derecho a la libertad personal y el acceso a la administración de justicia.

De manera más específica, con miras a diferenciar la función jurisdiccional de la fedataria asignada a los notarios, ha aplicado criterios como: *(i)* la potestad decisoria y de adjudicación de derechos, propia de los jueces, no así de los notarios; *(ii)* el carácter contencioso, o de jurisdicción voluntaria, de la materia que origina la actuación; *(iii)* y la naturaleza coercitiva del procedimiento judicial, a diferencia del notarial regido por la autonomía de la voluntad.

5. Análisis de la competencia que el artículo 113 de la Ley 1395 atribuye a los notarios

5.1. El contexto normativo y el alcance de la expresión acusada

5.1.1. Algunos antecedentes legislativos relevantes de la norma examinada

Como ya lo destacó la Corte en precedente oportuno [\[27\]](#) el objetivo general de La Ley 1395 de 2010 radica en lograr la descongestión judicial a través de reformas a los procedimientos aplicables en diversas especialidades del derecho. Este propósito central se evidencia desde la exposición de motivos del proyecto de ley 197/2008 Senado, que pone de presente la sobrecarga del sistema de justicia en

Colombia y la correlativa necesidad de hacerle frente mediante diversos instrumentos, entre ellos la simplificación de los trámites judiciales. Sobre el particular, el documento mencionado señala:

“El Gobierno Nacional, con el mismo espíritu de las reformas que ha venido promoviendo a lo largo de estos años, presenta hoy a la consideración de esa honorable Corporación legislativa un proyecto por medio del cual se adoptan medidas encaminadas directamente a combatir la congestión judicial.

Para regular la vida social, de por sí conflictiva, y permitirle al hombre contar con unos mínimos de paz, justicia y seguridad, ha existido el derecho, desde tiempos inmemoriales, como medio de control social. Y en las sociedades modernas, signadas por la complejidad, el derecho -como consecuencia y reflejo de ese fenómeno- se ha vuelto, así mismo, crecientemente complejo.

A esa complejidad aparece asociada hoy en día, de una manera que casi parecería que es inevitable, la congestión judicial.

En un documento reciente del Departamento Nacional de Planeación se afirma que la persistente acumulación de expedientes en la justicia formal “a pesar de las medidas de descongestión y las constantes reformas legales implementadas, sigue siendo un factor determinante de los resultados insuficientes de la gestión del sector.[\[28\]](#)” Y ello, a pesar de que el gasto del Sector Justicia, en términos reales, ha registrado un aumento importante a partir de 2004 (entre 1998

y 2003 se mantuvo relativamente estable), “hasta alcanzar en el año 2006 un incremento del 33% con respecto a lo observado en 2003.[\[29\]](#)”

(...)

[S]e pueden deducir varias ideas relevantes para una reforma de la justicia orientada a la descongestión: hay que tomar medidas cuya conveniencia, en condiciones teóricas ideales, podría discutirse, pero que, ante fenómenos como el de la congestión y la mora, parecen inevitables; el aparato de justicia tiene que administrarse con la conciencia de que los recursos que se dedican a su funcionamiento son, necesariamente, escasos; hay problemas que tienen que ser rechazados del conocimiento de la justicia, porque hay muchos otros problemas serios, dignos de consideración, cuya atención debe prevalecer; debe limitarse el recurso de apelación y debe acabarse con la idea de que más instancias signifique mayor justicia.

Estos argumentos pueden ampliarse con similares consideraciones formuladas en otros ámbitos jurídicos.

Sin embargo, limitándonos a este marco general de referencia, las reformas que se proponen en el presente proyecto de ley pueden agruparse, por temas, dentro de las siguientes categorías, antes enunciadas, que no incluyen, desde luego, algunas otras propuestas puntuales: disposiciones que buscan desjudicializar conflictos; disposiciones que buscan simplificar procedimientos y trámites; disposiciones que se orientan a racionalizar el funcionamiento del

aparato judicial y hacer más efectiva la justicia mediante un control más estricto de la demanda de la misma.”[\[30\]](#)
(Subrayas no originales).

Para el logro de ese objetivo nuclear de la Ley 1395/10 - la descongestión de los despachos judiciales- se estructuraron reformas al procedimiento que privilegian la celeridad y la obtención de decisiones sin dilaciones justificadas, de acuerdo con el mandato constitucional, sirviéndose para ello de un modelo procesal regido por la oralidad, de una nueva concepción del procedimiento civil, fundada en la preeminencia de las audiencias orales, en contraposición con el peso específico del proceso escrito, vigente hasta la reforma anotada.[\[31\]](#)

Una de esas estrategias de que se valió la reforma con miras a obtener los propósitos que la animan, es la plasmada en el artículo 113 de la Ley 1395 de 2010, conforme al cual se asigna a los notarios la facultad de practicar pruebas extra proceso con fines judiciales, y concitación de la contraparte, de conformidad con la ritualidad establecida en el Código de Procedimiento Civil.

El alcance de esta medida presentó una transformación significativa en el curso del trámite legislativo. Así el texto original, correspondía al artículo 58 del proyecto y era del siguiente tenor:

“Artículo 58. En los procesos contenciosos de cualquier jurisdicción se faculta a las partes para aportar pruebas con la demanda o con la contestación de la misma, testimonios recibidos ante notario, y las pruebas periciales a las que se contrae el numeral 1º del artículo 21 del Decreto 2651 de 1991[\[32\]](#)*. Estas pruebas solo podrán ser controvertidas si el juez lo considera necesario, o si la parte contraria se lo solicita justificadamente al juez y este lo considera procedente y necesario. En este último caso la parte que formula la solicitud asumirá los costos.*

Para estos efectos, facultase a los notarios para que reciba declaraciones extraproceso con fines judiciales.”

En la exposición de motivos esta medida de descongestión fue justificada en los siguientes términos:

“Práctica de pruebas por las partes. *Con la facultad que se le da a las partes en el artículo propuesto en este proyecto de ley, se recoge para todas las jurisdicciones, y dándole una mayor amplitud a la provisión contenida en el artículo 10 de la Ley 446 de 1998*[\[33\]](#)*. Así se les permite a las parte, por ejemplo, en materia contencioso administrativa, en las acciones de reparación directa y en otros procesos, descongestionar los despachos judiciales en cuanto a la práctica de pruebas, como la testimonial, para demostrar el perjuicio moral recibido por los demandantes. Los notarios pueden en estos casos recibir los respectivos testimonios.*

La parte que no esté de acuerdo con estas pruebas o que pretenda controvertirlas, está en libertad de hacerlos solicitando la ampliación de los testimonios o interrogatorios, o la objeción o aclaración del dictamen pericial, o la expedición de una nueva pericia, pero asumiendo exclusivamente él los cotos y gastos de estas pruebas. También el juez, a costa de la parte que llevó el testimonio, podrá interrogar a los testigos cuando lo considere indispensable para esclarecer puntos de la declaración rendida sin su presencia.”[\[34\]](#)

En el pliego de modificaciones para primer debate en Senado se cambió sustancialmente el diseño y alcance de la norma, proponiéndose el siguiente texto:

Artículo 77. Pruebas extraprocesales. Podrán practicarse ante notario pruebas extraprocesales destinadas a procesos de cualquier jurisdicción, con citación de la contraparte y con observación de las reglas sobre práctica y contradicción establecidas en el código de procedimiento civil.

La citación de la contraparte para la práctica de pruebas extraprocesales deberá hacerse mediante notificación por aviso, con no menos de diez días de antelación a la fecha de la diligencia.”[\[35\]](#)

En plenaria de Senado (segundo debate) fue aprobado este mismo texto con la adición que se presenta con subrayas:

Artículo 77. Pruebas extraprocesales. Podrán practicarse ante notario pruebas extraprocesales destinadas a procesos de cualquier jurisdicción, con citación de la contraparte y con observación de las reglas sobre práctica y contradicción establecidas en el código de procedimiento civil.

La citación de la contraparte para la práctica de pruebas extraprocesales deberá hacerse mediante notificación por aviso, con no menos de diez días de antelación a la fecha de la diligencia.

Para estos efectos, facultase a los notarios para que reciban declaraciones extraproceso con fines judiciales[\[36\]](#).

-

Del proyecto presentado en tercer debate (primero en Cámara) desaparece el artículo 77, y su contenido se traslada al artículo 10 que propone la reforma al artículo 301 del código de procedimiento civil en los siguientes términos:

“Artículo 10. El artículo 301 del código de procedimiento civil quedará así:

Práctica de pruebas extraprocesales. Las pruebas y la exhibición de que trata este capítulo[37], se sujetarán a las reglas establecidas para la práctica de cada una de ellas en el curso del proceso.

Sin perjuicio de la competencia atribuida a los jueces municipales, podrán practicarse ante notarios pruebas extraprocesales, con citación de la contraparte y con observancia de las reglas sobre práctica y contradicción establecidas en este código.

La citación de la contraparte para la práctica de pruebas extraprocesales deberá hacerse mediante notificación personal, con no menos de cinco días de antelación a la fecha de la diligencia”[38].

Este mismo texto –modificación del artículo 301 del C.P.P.- es aprobado en cuarto debate,[39] en plenaria de Cámara.

Comoquiera que los textos aprobados en plenarias de una y otra cámara son distintos, sometido a conciliación fue acogido el texto correspondiente al artículo 77 del proyecto, con la adición de que se excepcionan los procesos de carácter penal, por considerar que no pueden modificarse los principios de inmediación y contradicción que inspiran estos procesos. El texto conciliado es el siguiente, y el cual corresponde al artículo 113 de la Ley 1395 de 2010:

“Artículo 113. Pruebas extraprocesales. Podrán practicarse ante notario pruebas extraprocesales destinadas a procesos de cualquier jurisdicción, salvo la penal, con citación de la contraparte y con observancia de las reglas sobre práctica y contradicción establecidas en el Código de Procedimiento Civil.

La citación de la contraparte para la práctica de pruebas extraprocesales deberá hacerse mediante notificación por aviso, con no menos de diez días de antelación a la fecha de la diligencia.

Para estos efectos, facultase a los notarios para que reciban declaraciones extra proceso con fines judiciales.”[40]

Como puede observarse el espíritu y contenido original de la reforma respecto de la potestad de los notarios para practicar diligencias con fines judiciales, se transformó sustancialmente en el curso del debate parlamentario. La propuesta original se limitaba a reiterar la potestad que tienen las partes de un proceso judicial, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, de recaudar alguna evidencia y reconstituirla ante notario para que este de fe de su autenticidad y veracidad y aportarla al proceso, sometida a controversia dentro judicial, si el juez lo consideraba necesario, o la parte contraria lo solicitaba justificadamente.

No obstante, con posterioridad se introdujo un texto, que al final resultó aprobado, en el cual se establece no una facultad para las partes, derivada del ejercicio de su autonomía de la voluntad, sino una verdadera potestad para los notarios de recepcionar pruebas con destino a procesos judiciales de cualquier naturaleza, excepto la penal, con citación de la contraparte y sujeción a las reglas del procedimiento civil, a la manera de la facultad que se asigna en el capítulo IX de esta normatividad a los jueces para recepcionar pruebas anticipadas con fines judiciales.

5.2. Alcance de la norma. La potestad conferida a los notarios en el precepto acusado trasciende su facultad fedataria y de autenticidad

La Ley 1395 de 2010, incluyó dentro de las “*Disposiciones varias*” la regulación de las pruebas extraprocesales (Art. 113), asignando, de manera general, a los notarios la potestad para su recaudo, incluso cuando estas tienen fines judiciales. Estableció para el efecto algunas reglas de ordenación:

(i) En primer lugar, las pruebas extraprocesales practicadas por notarios, podrán ser destinadas a procesos de cualquier jurisdicción, salvo la penal.

Esta regla modifica significativamente la competencia tradicionalmente adscrita a los notarios de intervenir en asuntos de jurisdicción voluntaria, fundados en la autonomía de la voluntad, para asignarles una función instructora general de procesos contenciosos de cualquier jurisdicción, salvo la penal. Las diligencias anticipadas que la ley preexistente a la reforma autorizaba a los notarios, se fundaban en la función fedataria y de autenticidad a ellos otorgada, regida así mismo por la voluntariedad de los declarantes y de la parte interesada en su recaudo. Sólo recaudaban prueba sumaria^[41], que en consecuencia debía ser ratificada o completada en el escenario judicial de destino^[42].

En cuanto a la exclusión de la posibilidad de que órganos no judiciales practiquen pruebas con destino a procesos penales, se deriva directamente del artículo 116 de la Carta que prevé que la facultad excepcional que la ley podrá atribuir a autoridades administrativas para cumplir funciones jurisdiccionales en materia precisas, no incluye la de “*adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos*”. En el mismo sentido la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Art. 6º) establece que las autoridades administrativas “*No podrá en ningún caso, realizar funciones de instrucción y juzgamiento de carácter penal*”.

(ii) En segundo lugar, su recepción deberá efectuarse con citación de la contraparte, la cual deberá llevarse a cabo por aviso, con una antelación que no puede ser inferior a dos días, respecto de la fecha de la diligencia.

Este requerimiento reitera el carácter contencioso de la actuación que se somete al notario. Ya no es solamente la decisión autónoma, unilateral o conjunta, de las futuras partes del proceso, de preconstituir algunas evidencias solicitando para ello la intervención del notario a fin de revestirlas de autenticidad, sino que se atribuye el ejercicio de la potestad de coerción que implica la aplicación del derecho en los procesos, comoquiera que la parte contra la que se pretende oponer la prueba debe comparecer y aceptar el escenario de discusión elegido por su contraparte (la notaría). Y aunque el precepto se orienta a asegurar el derecho de contradicción, estrechamente ligado a la garantía del debido proceso y el derecho de defensa, lo cierto es que tal exigencia pone de presente el poder vinculante propio de la potestad jurisdiccional, que se asigna a los notarios.

(iii) En su producción se deben observar las reglas sobre práctica y contradicción de la prueba establecidas en el Código de Procedimiento Civil.

Este segmento de la norma confirma el propósito del legislador de adscribir a los notarios la misma atribución que el capítulo IX del código de procedimiento civil radica en los jueces de la república, consistente en practicar, a solicitud de parte interesada, pruebas anticipadas o extraprocesales, con sujeción a las reglas del ordenamiento procesal y respetando el principio de contradicción.

De acuerdo con esta habilitación general y permanente los notarios podrían practicar cualquiera de los medios de prueba aceptados en el sistema procesal colombiano, como la declaración de parte, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, la exhibición de documentos libros de comercio y cosas muebles, y cualquier otro medio que sea útil para la formación del convencimiento del juez^[43], con destino a asuntos litigiosos. Basta con que alguien que pretenda demandar o crea que será demandado en cualquier proceso, salvo el penal, solicite al notario la recepción de cualquiera de estos medios de prueba para que, la futura contraparte resulte vinculada a un trámite notarial para la instrucción del proceso.

(iv) El inciso final de la norma acusada faculta a los notarios para que “*reciban declaraciones extra proceso con fines judiciales*”, sin que exija la citación de la contraparte, lo que se enmarca en la potestad de preconstituir prueba sumaria, admitida en determinadas actuaciones judiciales. Esta facultad se inscribe en el ámbito de actuación tradicionalmente reconocido a los notarios en materia de testimonios

extraprocesales, fundada en la voluntariedad de las partes que concurren al recaudo de la evidencia, tal como lo prevé el artículo 299 del código de procedimiento penal que prescribe al respecto:

“Testimonios ante notarios y alcaldes.
Los testimonios para fines no judiciales, se rendirán exclusivamente ante notarios o alcaldes. Igualmente los que tengan fines judiciales y no se pida la citación de la parte contraria; en este caso, el peticionario afirmará bajo juramento, que se considera prestado con la presentación del escrito, que sólo están destinados a servir de prueba sumaria en determinado asunto para el cual la ley autoriza esta clase de prueba, y sólo tendrán valor para dicho fin”.

Este mismo espíritu de autorizar la intervención fedataria de los notarios en el recaudo de declaraciones extraprocesales con fines judiciales o no judiciales, fue preservado en la Ley 1564 de 2012^[44], no obstante se ratifica su naturaleza sumaria, lo que exige su ratificación o confirmación ante el juez,

El mencionado ordenamiento dispuso al respecto:

“Los testimonios anticipados para fines judiciales o no judiciales, podrán recibirse por una o ambas [partes] y se entenderán rendidos bajo la gravedad del juramento, circunstancia respecto de la cual se dejará expresa constancia en el documento que contenga la declaración.

(...)

Estos testimonios que comprenden los que estén destinados a servir como prueba sumaria en actuaciones judiciales, también podrán practicarse ante notario o alcalde.

A los testimonios anticipados, con o sin intervención del juez, rendidos sin citación de la persona contra quien se aduzcan en el proceso, se aplicará el artículo 222[45]. Si el testigo no concurre a la audiencia de ratificación, el testimonio no tendrá valor.”[46](Subrayas fuera del original).

Esto indica que el inciso final del artículo sometido a examen no introduce cambios en relación con la potestad tradicionalmente reconocida a los notarios, en el marco de su función fedataria, de recibir declaraciones extra proceso, mediando el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes que la solicitan. Si el testimonio se recauda sin audiencia de la parte contra la que se pretende oponer, deberá ser ratificado en el proceso.

Analizado el alcance del precepto acusado, encuentra la Corte que la potestad que la norma adscribe a los notarios en sus incisos primero y segundo, en el sentido de atribuir de manera general y permanente funciones de instrucción de procesos contenciosos de cualquier jurisdicción, salvo la penal, con citación de la contraparte y sujeción al procedimiento civil, desborda el ámbito de la función notarial, limitada a dar fe y autenticidad respecto de los actos que los particulares en ejercicio de su autonomía de la voluntad, registran en su presencia. Las funciones que los mencionados incisos asignan a los notarios, en materia de práctica de pruebas destinadas a procesos judiciales de naturaleza contenciosa, en los términos previstos en la norma, adquiere naturaleza judicial, aspecto que será objeto de análisis a continuación.

5.3. La potestad conferida a los notarios en los incisos primero y segundo del artículo 113 de la ley 1395 de 2010 es de naturaleza jurisdiccional, lo que conduce a su inexequibilidad

5.3.1. En el fundamento jurídico 3 de esta sentencia se compilaron los criterios generales, de orden formal y material, que la jurisprudencia de esta Corte ha aplicado, en casos concretos, para definir la naturaleza judicial o no, de una atribución dada a autoridades administrativas o a particulares, criterios que, sin ser exhaustivos, ni de aplicación mecánica, constituyen una guía para la adopción de una decisión. Así

mismo se hizo referencia a unos parámetros específicos aplicados en relación con competencia atribuidas a notarios.

En cuanto a los criterios generales se dijo que son judiciales, desde el punto de vista formal: (i) las funciones que se materializan en actos con fuerza de cosa juzgada; o (ii) son desplegadas por jueces, o al menos por funcionarios que gozan de los atributos propios de los jueces; o (iii) se desarrollan en el marco de procesos judiciales, o se encuentran indisolublemente ligadas a un proceso judicial. Como criterios materiales ha indicado que (iv) se trata de actuaciones que restringen derechos fundamentales sujetos a reserva judicial, como el derecho la libertad personal y el acceso a la administración de justicia.

De manera más específica, con miras a diferenciar la función jurisdiccional de la fedataria asignada a los notarios, ha aplicado criterios como: (i) la potestad decisoria y de adjudicación de derechos, propia de los jueces, no así de los notarios; (ii) el carácter contencioso, o de jurisdicción voluntaria, de la materia que origina la actuación; (iii) y la naturaleza coercitiva del procedimiento judicial, a diferencia del notarial regido por la autonomía de la voluntad.

Ahora bien, desde el punto de vista de la distinción jurídica que se puede establecer entre *la prueba* y la *actividad probatoria*, observa la Sala que si se entiende la prueba como el acto jurídico material (escritura contentiva del contrato de compraventa, declaración extra proceso) que ingresa al proceso mediante un acto jurídico procesal como es su aporte o aducción por las partes, como medio de acreditación de la pretensión o la excepción, no existe dificultad para entender que los notarios pueden intervenir, dentro del ámbito de su función fedataria, en la constitución de este tipo de actos. Cosa bien distinta ocurre con la *práctica probatoria*, la cual constituye una función propia de la ordenación y dirección del proceso, “*que requiere necesariamente de la facultad decisoria, puesto que se traduce en una providencia de fundamental importancia, como que define el contenido del debate probatorio con toda la trascendencia que la prueba tiene para el proceso. Sólo al juez de la causa o su comisionado para ciertas diligencias le corresponde soberanamente la función de admitirla, ordenarlas, practicarlas y valorarlas*^[47]”. En la medida que constituyen actos propios de la potestad jurisdiccional.

5.3.2. Desde el punto de vista de los criterios *generales formales*, encuentra la Corte que la atribución que el artículo 113 de la Ley 1395 de 2010 adscribe a los notarios, consistente en practicar de manera

permanente, pruebas extraprocesales con destino a procesos contenciosos de cualquier jurisdicción (excepto la penal), y con sujeción a las reglas de práctica y contradicción previstas en el código de procedimiento civil, constituye una actividad procesal que se encuentra indisolublemente ligada al proceso judicial de destino.

En efecto, la importancia de la prueba como presupuesto fundamental para el reconocimiento de los derechos subjetivos que se debaten en los procesos contenciosos, su notable proximidad con el valor justicia, y su estrecha relación con derechos fundamentales como el debido proceso y el acceso a la justicia, hacen que la práctica probatoria no pueda concebirse como una actividad ajena, extraña o distante del proceso judicial al que sirve y dota de fundamento fáctico. Como lo ha destacado la jurisprudencia de esta Corte: *“La práctica de las pruebas, oportunamente solicitadas y decretadas dentro del debate probatorio, necesarias para ilustrar el criterio del fallador y su pleno conocimiento sobre el asunto objeto del litigio, así como las posibilidades de contradecirlas y completarlas en el curso del trámite procesal, son elementos inherentes al derecho de defensa y constituyen garantía de la idoneidad del proceso para cumplir las finalidades que le han sido señaladas en el Estado Social de Derecho”* [48].

5.3.3. En atención a los criterios materiales mencionados, se advierte que en la práctica probatoria que se atribuye a los notarios, eventualmente se pueden presentar situaciones que afecten derechos fundamentales de los usuarios de la justicia, y que por ende las decisiones y las actuaciones que al respeto deban adoptarse deben tener naturaleza judicial. Como se indicó, la norma autoriza al notario para practicar cualquier tipo de prueba, en los mismos términos en que se faculta a los jueces, con la única excepción de aquellas que van con destino a procesos penales. En ese orden de ideas, podría practicar una inspección judicial sobre personas, en la cual se autoriza al operador jurídico *“ordenar exámenes radiológicos o de otra naturaleza, respetando la dignidad e integridad de aquellas”*. [49]

Igualmente, en varias disposiciones contenidas en el régimen probatorio al que remite la norma [50] se permite al funcionario que practica la prueba la aplicación de medidas correccionales, como la multa por efecto de la desobediencia del testigo que se rehusare a prestar juramento, a declarar o que diere respuestas evasivas, e incluso la potestad de ordenar oficiosamente su conducción forzada con intervención de la policía (Artículos 228 y 225 del C.P.C.); la imposición de multa a la parte que obstaculice la práctica de una inspección judicial (Art. 246.2), potestades que sin duda repercuten en

la afectación de la autonomía de los individuos y se fundamentan en los poderes coercitivos que se atribuyen a los jueces, pero que de ninguna manera pueden extenderse a los notarios, cuya función como lo ha reiterado la Corte “*no está precedida de jurisdicción*”, el notario “*carece de poder decisorio e impositivo, de manera que ante él no se plantean conflictos ni se esgrimen pretensiones y excepciones*”^[51]. (C-093 de 1998)

Finalmente, teniendo en cuenta que el sistema probatorio establecido en el código de procedimiento civil, se fundamenta en el principio de la inmediación conforme al cual “*el juez practicará personalmente todas las pruebas*” exceptuando únicamente aquellos eventos en que no lo puede hacer en razón del territorio^[52], en diversas oportunidades el funcionario instructor, se verá enfrentado a adoptar decisiones de trámite con claras implicaciones en el derecho de acceso a la justicia. Así acontece por ejemplo con la decisión que debe adoptar el juez sobre una tacha de testigos por inhabilidad para testimoniar (Art. 218 C. de P.C.); la valoración de las excusas presentadas por el testigo que no asistió a la primera citación, para que el juez autorice la posposición de la audiencia en la que se practicará el interrogatorio (Art. 209 C.P.C.); la limitación del número de testimonios bajo la valoración de suficiencia de los recaudados para acreditar el objeto de prueba (Art. 219 C.P.C.); la definición sobre los hechos susceptibles de confesión contenidos en el interrogatorio de parte (Art. 210 C.P.C.); resolver sobre la recusación de un perito y la imposición de multa, si llegare a prosperar la recusación (Art. 235 C.P.C.); el trámite de las objeciones al peritazgo (Art. 238 C.P.C.).

Como las mencionadas son múltiples las situaciones en que, en el contexto de la práctica probatoria en los procesos contenciosos, el funcionario instructor se ve enfrentado a la adopción de decisiones no solamente de ordenación, sino que exigen valoraciones, e incluso, ejercicio de poder coercitivo, atribuciones que son propias de la potestad jurisdiccional, y que por ende no pueden ser trasladadas a los notarios.

El carácter contencioso de la actuación probatoria que se asigna a los notarios por virtud de la norma acusada, y la previsión de que dicha actividad se desarrolle con la citación de la parte contra la que se pretende oponer la prueba extraprocesal solicitada, comporta el carácter vinculante de esa citación, y el despliegue coercitivo del derecho, propio de la función jurisdiccional. La no comparecencia de la contraparte citada a las diligencias probatorias que se practicarán

por el notario a instancia de una de las partes, le genera consecuencia procesales negativas, como por ejemplo la de que se presuman ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión en el interrogatorio de parte (Art. 210 C.P.C.), o la de dar por surtido el reconocimiento de un documento ante la renuencia del citado a comparecer (Art. 274 C.P.C.). El desplazamiento al notario de estos poderes coercitivos en el desarrollo de la actividad probatoria, implica la adscripción de una función que es propia de la judicatura. Se le adjudican así unas funciones que desconocen el eje fundamental sobre el que gravita la función notarial, que no es otro que el ejercicio de la autonomía de la voluntad de los usuarios del servicio público notarial.

5.3.5. En conclusión, la potestad general y permanente adscrita a los notarios, en los incisos primero y segundo de la norma bajo examen, consistente practicar todo tipo de pruebas con destino a procesos contenciosos de cualquier especialidad (salvo la penal), con citación de la contraparte y sujeción a las ritualidades previstas en el código de procedimiento civil, constituye formal y materialmente función jurisdiccional, comoquiera que se trata de una actividad indisolublemente ligada a los procesos judiciales de destino, en cuanto constituye el soporte fáctico del mismo; tiene la potencialidad de afectar derechos fundamentales no solamente por plasmar una dimensión del derecho fundamental al debido proceso y de la garantía de acceso a la justicia, sino porque en el desarrollo de dicha actividad se pueden adoptar decisiones que eventualmente afecten otros derechos fundamentales como la autonomía individual. Se trata además de una función que se distancia significativamente de la función fedataria y de autenticidad que caracteriza la actividad notarial, regida por la autonomía de la voluntad de sus usuarios, ubicándose en un plano en el que se ejercen poderes coercitivos y se despliega el carácter vinculante de los actos propios de la administración de justicia.

5.4.6. En consecuencia, habiendo establecido que (i) la función que los incisos primero y segundo del artículo 113 de la Ley 1395 de 2010, asignan a los notarios reviste naturaleza jurisdiccional; (ii) que los notarios no son autoridad administrativa en sentido orgánico, a la que se le pudiere atribuir, excepcionalmente y en materia precisas, función jurisdiccional al tenor del inciso tercero del artículo 116 de la Constitución; (iii) que para los efectos señalados en la norma, tampoco pueden ser ubicados en ninguna de las categorías de particulares investidos transitoriamente de la función de administrar justicia, en tanto que no son jurados en causas criminales, ni conciliadores, ni

árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad; concluye la Corte que asiste razón a las ciudadanas demandantes, toda vez que la Constitución no autoriza a los notarios para desempeñar funciones jurisdiccionales como es la de practicar pruebas anticipadas con destino a procesos judiciales, con citación de la contraparte y sujeción al código de procedimiento civil.

Por consiguientes, con fundamento en las consideraciones expuestas, la Corte declarará la inexecutable de los incisos primero y segundo del artículo 113 de la Ley 1395 de 2012 que establecen:

“Podrán practicarse ante notario pruebas extraprocesales destinadas a procesos de cualquier jurisdicción, salvo la penal, con citación de la contraparte y con observancia de las reglas sobre práctica y contradicción establecidas en el Código de Procedimiento Civil.

La citación de la contraparte para la práctica de pruebas extraprocesales deberá hacerse mediante notificación por aviso, con no menos de diez días de antelación a la fecha de la diligencia”.

5.4.7. Teniendo en cuenta que la demanda se dirigió integralmente contra el artículo 113, la Corte extenderá su pronunciamiento al segmento normativo *“Para estos efectos,”* contenida en el inciso tercero de la disposición acusada, en razón a que se trata de una expresión que establece una conexión entre los incisos primero y segundo, que como se constató prevén funciones jurisdiccionales, y el tercero, que tal como se indicó en aparte anterior, contempla una facultad que se inscribe en la función fedataria propia de los notarios. La mencionada expresión además de despojar de sentido autónomo al inciso tercero, cumple el propósito irradiar sobre este último segmento, los fines de ampliación de las facultades instructivas de los notarios, previstos en los incisos 1º y 2º, los cuales fueron encontrados inexecutable.

5.4.8. El inciso tercero de la norma acusada, como ya se indicó se limita a reiterar la facultad de los notarios de recibir declaraciones extra proceso con fines judiciales, sin que exija la citación de la

contraparte, lo que se enmarca en la potestad de preconstituir prueba sumaria, admitida en determinadas actuaciones judiciales. Esta facultad se inscribe en el ámbito de actuación tradicionalmente reconocido a los notarios en materia de testimonios extraprocesales, fundada en la voluntariedad de las partes que concurren al recaudo de la evidencia, por lo que la Corte no encuentra, en relación esta parte de la norma, razones de inconstitucionalidad.

Teniendo en cuenta que la actividad de recaudo probatorio extraprocesal por parte de los notarios, está fundada en el ejercicio de la autonomía de la voluntad de los comparecientes, nada se opone a que las futuras partes de un proceso, unilateralmente, o de común acuerdo, concurren ante el notario para solicitar la recepción de declaraciones o testimonios para ser presentados en un proceso judicial, en el que deberán ser ratificados si no contaron con la audiencia de la parte contra la cual se oponen, a fin de preservar el principio de contradicción.

Por las razones expuestas la Corte declarará la exequibilidad de la expresión “*Facultase a los notarios para que reciban declaraciones extra proceso con fines judiciales*” contenida en el inciso tercero del artículo 113 de la Ley 1395 de 2010, por considerar que tal como está plateada esta facultad, no entraña ejercicio de función jurisdiccional, en tanto esta mediada por el ejercicio de la autonomía de la voluntad de los usuarios del servicio público fedatario, y constituye un instrumento de apoyo a la actividad judicial y un escenario que permite el aseguramiento de la prueba con fines judiciales. Sustraídos los apartes hallados contrarios a la Constitución, el texto del precepto examinado quedará así: “*Artículo 113. Pruebas extraprocesales. Facultase a los notarios para que reciban declaraciones extra proceso con fines judiciales*”.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. Declarar INEXEQUIBLES los incisos primero y segundo, y la expresión “*Para estos efectos,*” del inciso tercero, del artículo 113 de la Ley 1395 de 2010.

Segundo. Declarar EXEQUIBLE el segmento normativo “*Facultase a los notarios para que reciban declaraciones extra proceso con fines judiciales*”, contenida en el inciso tercero del artículo 113 de la Ley 1395 de 2010.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase, e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, y archívese el expediente.

GABRIEL EDUARDO MENDOZA
MARTELO
Presidente
Con salvamento parcial de voto

MARÍA VICTORIA
CALLE CORREA
Magistrada

MAURICIO
GONZÁLEZ
CUERVO
Magistrado
*Ausente con
permiso*

ALEXEI JULIO
ESTRADA
Magistrado

LUIS GUILLERMO
GUERRERO PÉREZ
Magistrado

NILSON PINILLA
PINILLA
Magistrado

JORGE IVÁN
PALACIO PALACIO
Magistrado

*Con salvamento
parcial de voto*

JORGE IGNACIO
PRETELT
CHALJUB

Magistrado
Ausente en comisión

LUIS ERNESTO
VARGAS SILVA
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA
MÉNDEZ
Secretaria General

**SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO
GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
A LA SENTENCIA C-863/12**

Magistra
do
Ponente:
Luis
Ernesto
Vargas
Silva

Con el acostumbrado respeto por la postura mayoritaria de la Corte Constitucional, a continuación expongo brevemente los motivos por los cuales, si bien comparto la orientación general del fallo, me aparto de la decisión adoptada en el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia C-863 de 2011, en el sentido de declarar la inexecutable de los incisos primero y segundo, y la expresión “*Para estos efectos,*” del inciso tercero del artículo 113 de la Ley 1395 de 2010.

En resumen, considero que el citado artículo obedeció a una medida de descongestión de los despachos judiciales, disposición acorde con la garantía al acceso a la administración de justicia, la cual, a su vez, otorga celeridad y eficiencia a los procesos judiciales, efectos por demás constitucionales. Por otra parte, la función conferida a los notarios, mediante la inclusión de esta norma, no implicaba, desde ningún punto de vista, el ejercicio de funciones jurisdiccionales, en la medida y en razón a que su labor se limitaba a elaborar las actas correspondientes y a dejar constancia de las pruebas que se practicarían en su presencia, sin emitir conceptos respecto de las mismas.

Así mismo, la citación de la contraparte para efectos de la diligencia de práctica de pruebas, previsión consagrada por el legislador, constituía una garantía al debido proceso, máxime cuando dicha diligencia debía realizarse con observancia de las reglas de contradicción, por lo que cualquier desacuerdo manifestado por la contraparte debía ser atendido por el notario, quien dejaría constancia de la manifestación. Esta prerrogativa, no implicaba el ejercicio de

facultades de conducción, atribuciones reservadas para la autoridad judicial, sino una simple elaboración de constancias de la diligencia.

Por otra parte, la función notarial es desempeñada por particulares sujetos a un régimen especial de carrera, en el cual, para poder ingresar se requiere, entre otras requisitos, contar con calidades y cualidades profesionales y personales (experiencia, estudios, entre otros), exigencias que certifican la idoneidad y competencia de estos funcionarios, por lo que no cualquier individuo puede acceder a esta clase de cargos. De igual forma, los particulares que se desempeñan como notarios están sujetos a un régimen disciplinario especial, circunstancia que los diferencia ampliamente de aquellos particulares que ejercen funciones públicas. De las anteriores razones se colige, que en el caso de la norma acusada, ésta no privatizaba de ninguna forma la función judicial.

Por último, resulta flagrantemente contradictorio considerar que la facultad otorgada a los notarios por la norma acusada, para recibir “declaraciones extra proceso con fines judiciales”, resulte acorde con la Constitución, mientras que el resto del artículo 113 que exhibe análogos alcances e implicaciones, la vulnere. Esa falta de coherencia compromete la univocidad interpretativa con la que debió examinarse la exequibilidad íntegra del texto respectivo.

Fecha ut supra,

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado

REFERENCIAS

- [1] Sentencia C – 1159 de 2008, M.P. Jaime Araújo Rentería.
- [2] Sentencia C-093 de 1998, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.
- [3] Sentencia C - 181 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz.
- [4] La naturaleza jurídica y los rasgos característicos de las funciones desempeñadas por los notarios, han sido objeto de varios pronunciamientos de esta Corporación. Así en la sentencias C-1159 de 2008 y C-1212 de 20001, M.P. Jaime Araújo Rentería; en la sentencia C-1508 de 2000, M.P. Jairo Charry Rivas; sentencia C-741 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero; y sentencia C-181 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz.
- [5] De conformidad con lo previsto en el Art. 131 de la Constitución, “*compete a la ley la reglamentación del servicio público que prestan los notarios*”. Por su parte, el Art. 1° de la Ley 29 de 1973, por la cual se crea el Fondo Nacional del Notariado y se dictan otras disposiciones, establece que “*el notariado es un servicio público que se presta por los notarios e implica el ejercicio de la fe notarial*”. Agrega esta norma que la fe pública o notarial otorga plena autenticidad a las declaraciones emitidas ante el notario y a lo que éste exprese respecto de los hechos percibidos por él en el ejercicio de sus funciones, en los casos y con los requisitos que la ley establece.
- [6] Sentencia C-1508 de 2000, M.P. Jairo Charry Rivas. La Corte declaró exequible una expresión del artículo 10 del Decreto 960 de 1970 que prevé una incompatibilidad ente el ejercicio de la función notarial y la intervención en política, distinta al ejercicio del sufragio. Dijo la Corte “En resumen, si técnicamente no es válido sostener que los notarios son empleados del Estado, no cabe duda de que, objetivamente su situación ofrece evidentes similitudes con éstos, como que también cumplen funciones de interés general y carácter público, ejercen por razón de ello autoridad y están obligados, por lo mismo, a evitar que el ejercicio de cualquier otra función distinta a las que desempeñan, pueda comprometer el interés superior que éstas representan”.
- [7] Sentencia C-181 de 1997. En esta sentencia la Corte declaró la exequibilidad de la expresión “autoridad” contenida en el artículo 2° del Decreto 960 de 1997, que establece que “*La función notarial es incompatible con el ejercicio de autoridad o jurisdicción y no puede ejercerse sino dentro de los límites territoriales del respectivo círculo de notaría*”. Indicó la Corte que: “De un análisis desprevenido del artículo 2 del decreto 960 de 1970 fluye, con claridad, que el propósito ínsito en esa disposición es el de establecer la incompatibilidad del ejercicio de la función notarial con el cumplimiento de cualesquiera otras funciones que impliquen el ejercicio de autoridad o de jurisdicción, bajo el entendido de que el notario también es autoridad y que, por lo mismo, el desempeño de sus labores no puede concurrir con el desarrollo de funciones diferentes a la suya y que, igualmente, sean el resultado y la expresión de la autoridad con la que la organización política las reviste”.
- [8] Derecho Administrativo, Gabino Fraga, E. Porrúa, Mexico, 1980, p. 210
- [9] Sentencia C-1508 de 2000, M.P. Jairo Charry Rivas.
- [10] Sentencia C-181 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz.
- [11] El artículo 2° del Decreto 960 de 1970, establece que: La función notarial es incompatible con el ejercicio de autoridad o jurisdicción y no puede ejercerse sino dentro de los límites territoriales del respectivo Círculo de Notaría”. Sobre el alcance de este precepto, la Corte, en la sentencia C-181 de 1997 (M.P. Fabio Morón Díaz), precisó: “[...] el propósito ínsito en esa disposición es el de establecer la incompatibilidad del ejercicio de la función notarial con el cumplimiento de cualesquiera otras funciones que impliquen el ejercicio de autoridad o de jurisdicción, bajo el entendido de que el notario también es autoridad y que, por lo mismo, el desempeño de sus labores no puede concurrir con el desarrollo de funciones diferentes a la suya y que, igualmente, sean el resultado y la expresión de la autoridad con la que la organización política las reviste”//. El Artículo 1° de la Ley 588 de 2000 “*Por medio de la cual se reglamenta el ejercicio de la actividad notarial*”, establece: “El notariado es un servicio público que se presta por los notarios e implica el ejercicio de la fe pública o notarial”.
- [12] Joaquín Costa citado Guillermo Cabanelas. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. (21 Ed) Buenos Aires: Heiliasta, 1989, Tomo V, p 572.
- [13] Francisco Carnelutti. “La figura jurídica del notario” citado por Hernán A Ortiz Rivas. Ética notarial. Bogotá: Ediciones Ibañez, 1993, p 37.
- [14] Sentencia. C-741 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- [15] Eduardo García De Enterría y Tomás Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo, T. I, p. 419, E. Cívitas, Madrid 1986
- [16] Sentencia C-1508 de 2000, M.P. Jairo Charry Rivas.

- [17] Sentencia No. C-166 de 1995, M.P. Hernando Herrera Vergara.
- [18] Sentencia C-1508 de 2000.
- [19] *Ibidem*.
- [20] Conforme a lo dispuesto en el Art. 39 de la Ley 489 de 1998, la Administración Pública en el orden nacional “*se integra por los organismos que conforman la rama ejecutiva del poder público y por todos los demás organismos y entidades de naturaleza pública que de manera permanente tienen a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios públicos del Estado colombiano*”.
- [21] M.P. Jaime Araújo Rentería.
- [22] M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- [23] Sobre las garantías orgánicas que debe tener un juez para cumplir sus funciones, ver, entre otros, Luigi Ferrajoli. Derecho y razón. Madrid: Trotta, 1995, pp apartado 40.
- [24] Sentencia C-189 de 1998. M. P. Alejandro Martínez Caballero.
- [25] En esta sentencia la Corte declaró la inexecutable (parcial) del artículo 121 de la Ley 446 de 1998 que establecía atribuciones judiciales a los centros de arbitramento en la fase prearbitral. Consideró la incorporación que la adscripción de tales funciones era contraria al principio de habilitación (Art. 116 inciso 4º) que tiene carácter restrictivo.
- [26] Al respecto, ver, entre otras, la sentencia C-189 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- [27] Corte Constitucional, sentencia C-124 de 2011, M.P. Luís Ernesto Vargas Silva.
- [28] 2019 – Visión Colombia II Centenario - Garantizar una justicia eficiente – Propuesta para discusión, Bogotá, 2008, pág. 18. [cita de la exposición de motivos]
- [29] *Ibid.*, pág. 4.
- [30] Gaceta del Congreso 825 de 2008, noviembre 19 de 2008, p. 7.
- [31] Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-124 de 2011 (M.P. Luís Ernesto Vargas Silva).
- [32] **Artículo 21.** En todo proceso **las partes de común acuerdo** pueden, antes de que se dicte sentencia de primera o única instancia o laudo arbitral, realizar los siguientes actos probatorios:
1. Presentar informes científicos, técnicos o artísticos, emitidos por cualquier persona natural o jurídica, sobre la totalidad o parte de los puntos objeto de dictamen pericial; en este caso, el juez ordenará agregarlos al expediente y se prescindirá total o parcialmente del dictamen pericial en la forma que soliciten las partes al presentarlo. (Se destaca). Estos informes deberán presentarse autenticados como se dispone para la demanda.
- [33] **Artículo 10. Solicitud, aportación y práctica de Pruebas.** Para la solicitud, aportación y práctica de pruebas, además de las disposiciones generales contenidas en el Código de Procedimiento Civil y demás disposiciones se dará aplicación a las siguientes reglas:
1. Cualquiera de las partes, en las oportunidades procesales para solicitar pruebas, podrá presentar experticios emitidos por instituciones o profesionales especializados. De existir contradicción entre varios de ellos, el juez procederá a decretar el peritazgo correspondiente.
 2. Los documentos privados de contenido declarativo emanados de terceros, se apreciarán por el juez sin necesidad de ratificar su contenido, salvo que la parte contraria solicite su ratificación.
 3. Las partes y testigos que rindan declaración podrán presentar documentos relacionados con los hechos sobre los cuales declaran, los cuales se agregarán al expediente y se darán en traslado común por tres (3) días a las partes, sin necesidad de auto que lo ordene.
 4. Las personas naturales o jurídicas sometidas a vigilancia estatal podrán presentar informes o certificaciones en la forma establecida en el artículo 278 del Código de Procedimiento Civil.
- [34] Gaceta No. 625, noviembre 19 de 2008, pág. 12.
- [35] Gaceta No. 1257, diciembre 9 de 2009, pág. 11.
- [36] Gaceta No. 1318, diciembre 21 de 2008, pág. 26.
- [37] Capítulo X. Pruebas anticipadas.
- [38] Gaceta No. 262, mayo 26 de 2010.
- [39] Gaceta No. 319 de junio 10 de 2010.
- [40] Gaceta No.350 de junio 15 de 2010, pág. 19.
- [41] “La prueba sumaria es aquella que no ha sido sometida a contradicción ni conocimiento o confrontación por la parte contra quien se quiere hacer valer” (Antonio Rocha Alvira, citado en la sentencia C-523 de 2009, M.P. María Victoria Calle Corrales). “La prueba sumaria, por naturaleza, es un apueba incompleta, la cual no ha sido sujeta a contradicción.” (Sentencia T-201 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).
- [42] “**Artículo 299. Testimonios ante notarios y alcaldes.** Artículo modificado por el artículo 1, numeral 130 del Decreto 2282 de 1989. El nuevo texto es el siguiente: Los testimonios para fines no judiciales, se rendirán exclusivamente ante notarios o alcaldes. Igualmente los que tengan fines judiciales y no se pida la citación de la parte contraria; en este caso, el peticionario afirmará bajo

juramento, que se considera prestado con la presentación del escrito, que sólo están destinados a servir de prueba sumaria en determinado asunto para el cual la ley autoriza esta clase de prueba, y sólo tendrán valor para dicho fin”.

[43] Artículo 175 del código de procedimiento penal.

[44] “*Por medio de la cual se expide el Código General del proceso y se dictan otras disposiciones*”.

[45] “**Artículo 222. Ratificación de testimonios recibidos fuera del proceso.** Solo podrán ratificarse en un proceso las declaraciones de testigos cuando se hayan rendido en otro o en forma anticipada sin citación o intervención de la persona contra quien se aduzcan, siempre que esta lo solicite. //Para la ratificación se repetirá el interrogatorio en la forma establecida para la recepción del testimonio en el mismo proceso, sin permitir que el testigo lea su declaración anterior”.

[46] Artículo 188 de la Ley 1564 de 2012.

[47] Derecho procesal. Pruebas judiciales. Devis Echandía, Hernando, Tomo II, décima edición, Biblioteca Jurídica Dike, págs. 85 y 86.

[48] Sentencia T-171 de 2006 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra).

[49] El artículo 246 numeral 4 del Código de Procedimiento Civil, establece: “Práctica de la inspección judicial. (...) 5. Cuando se trate de inspección de Cuando se trate de inspección de personas, podrá el juez ordenar exámenes radiológicos, hematológicos, bacteriológicos o de otra naturaleza, respetando la dignidad e integridad de aquéllas. La renuencia de las partes a permitir estos exámenes será apreciada como indicio en su contra.”

[50] Sección Tercera, título XIII del Código de Procedimiento Civil.

[51] Sentencia 093 de 1998, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Examinó la constitucionalidad del artículo 6º del Decreto 960 de 1970, que establece la facultad de los notarios para negarse a autorizar un instrumento notarial. La norma fue declarada exequible.

[52] Artículo 181 del código de procedimiento civil.



**Presidencia
de la República
del Ecuador**



**Plan Nacional
de Ciencia, Tecnología,
Innovación y Saberes**



SENESCYT

Secretaría Nacional de Educación Superior,
Ciencia, Tecnología e Innovación

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, doctor Roque Armando Farto Benavides, con C.C: # 1708183643 autor del trabajo de titulación "*La naturaleza jurídica del notario y sus actos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano después de las Reformas de 2008*" previo a la obtención del grado de **MAGÍSTER EN DERECHO DE NOTARIAL Y REGISTRAL** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de graduación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, 29 de mayo de 2018

f. _____

Nombre: Dr. Roque Armando Farto Benavides

C.C. 1708183643



**Presidencia
de la República
del Ecuador**



**Plan Nacional
de Ciencia, Tecnología,
Innovación y Saberes**



SENESCYT
Secretaría Nacional de Educación Superior,
Ciencia, Tecnología e Innovación

REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE GRADUACIÓN

TÍTULO Y SUBTÍTULO:	La naturaleza jurídica del Notario y sus actos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano después de las reformas de 2008.		
AUTOR(ES):	Farto Benavides Roque Armando		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES):	Ab. María José Blum M. - Dr. Francisco Obando F.		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
UNIDAD/FACULTAD:	Sistema de Posgrado		
MAESTRÍA/ESPECIALIDAD:	Maestría en Derecho Notarial y Registral		
GRADO OBTENIDO:	Magíster en Derecho Notarial y Registral		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	29 de mayo del 2018	No. DE PÁGINAS:	94
ÁREAS TEMÁTICAS:	Derecho Notarial y Registral, Naturaleza Jurídica		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	Notarías Públicas, Funcionario Público, Autonomía, Ventajas Notary / public official / public service / autonomy		
RESUMEN/ABSTRACT:	<p>El presente trabajo es un estudio sobre la naturaleza jurídica del notario y sus actos en la legislación ecuatoriana, a partir de los cambios que se introdujeron en la Constitución de 2008 en los que aparte de reafirmar su condición de funcionario público, se lo califica como auxiliar de la Función Judicial, prestador de un servicio público y autónomo, examinando en qué medida y hasta dónde se pudo ver modificada dicha naturaleza con las ventajas y desventajas que eso puede representar tanto para el notario como para el usuario.</p> <p>Abstract The present work is study upon the legal nature of the Notary and its acts in the Ecuadorian legislation, since the changes that were introduced in the 2008 Constitution in which apart from reaffirming its status as a public official, it is qualified as an auxiliary of the Judicial Function, provider of a public service and enjoys of autonomic attributions, examining to what extent this nature could be modified with the advantages and disadvantages than this can represent for both the Notary and the user.</p>		
ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO	
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: 0995064891	E-mail: roquefarto@hotmail.com	
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE):	Nombre: BLUM MOARRY MARÍA AUXILIADORA		
	Teléfono: 0991521298		
	E-mail: mariuxiblum@gmail.com		
SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA			
Nº. DE REGISTRO (en base a datos):			
Nº. DE CLASIFICACIÓN:			
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):			