

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

TEMA:

**Responsabilidad del Estado frente a la actividad notarial,
derecho de repetición contra el notario**

**Trabajo de Examen Complexivo para la obtención del grado de Magíster en
Derecho Mención Derecho Notarial y Registral**

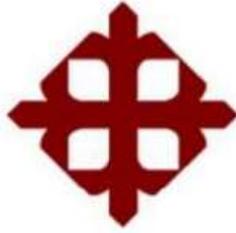
AUTORA:

Ivett Isabel Calle Prado

TUTORA:

Dra. María Isabel Nuques Martínez

Guayaquil, enero 2020



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

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo fue realizado en su totalidad por la **Ab. Ivett Isabel Calle Prado**, como requerimiento parcial para la obtención del Grado Académico de **Magister en Derecho Mención Derecho Notarial y Registral**.

REVISORES

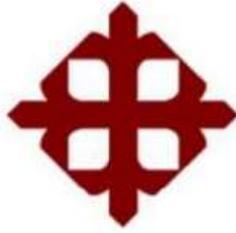
Dr. Francisco Obando Freire, Mgs
Revisor Metodológico

Dra. María Isabel Nuques Martínez, PhD
Revisora de Contenido

DIRECTOR DEL SISTEMA DE POSGRADO

Dr. Santiago Velázquez Velázquez, PhD

Guayaquil, 16 de enero del 2020



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

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, Ab. Ivett Isabel Calle Prado

DECLARO QUE:

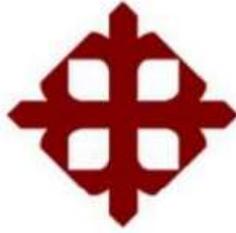
El componente práctico de examen complejo: “**Responsabilidad del Estado frente a la actividad notarial, derecho de repetición contra el notario**”, previo a la obtención del Grado Académico de **Magister en Derecho Mención Derecho Notarial y Registral**, ha sido desarrollado en base a una investigación 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, 16 de enero del 2020

LA AUTORA

Ab. Ivett Isabel Calle Prado



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

AUTORIZACIÓN

Yo, Ab. Ivett Isabel Calle Prado

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, la **publicación** en la biblioteca de la institución del componente práctico de examen complejo: **“Responsabilidad del Estado frente a la actividad notarial, derecho de repetición contra el notario”** cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, 16 de enero del 2020

LA AUTORA:

Ab. Ivett Isabel Calle Prado

INFORME DE URKUND

URKUND

Documento	CALLE IVETT.docx (D60287657)
Presentado	2019-12-04 13:17 (-05:00)
Presentado por	mariuxiblum@gmail.com
Recibido	teresa.nuques.ucsg@analysis.orkund.com
Mensaje	Mostrar el mensaje completo

4% de estas 33 páginas, se componen de texto presente en 4 fuentes.

Lista de fuentes	Bloques
https://www.nosequeestudiar.net/orientacion/que-es-un-...	
https://payfun.com.ar/wp-content/uploads/2019/09/5-TE...	
https://www.supernotariado.gov.co/portalsnr/images/arc...	
https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-9003	
https://www.ecured.cu/Notario	
https://www.entrepreneur.com/article/278182	
https://www.colegiodominicanodenotarios.com/images/p...	
https://www.nayarit.gob.mx/transparenciafiscal/marcoleg...	
https://books.google.no/books?id=0c5DQAAQBAJ&pg=P...	
https://www.uiml.org/organizacion-de-la-funcion	
https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/397...	
https://www.bibliotecasdelecuador.com/Record/oai-utb:4...	
https://books.google.com/books?id=x8q2AAAAIAAJ&pg=P...	
https://books.google.com/books?id=n68qAAAAIAAJ&pg=P...	
https://www.liberley.es/noticias/notario-funcionario-publi...	
https://books.google.com/books?id=ess3A0AAMAAJ&pg...	
https://books.google.com/books?id=4iHDAACAAAJ&pg=P...	
https://ar-ar.facebook.com/ColegioAbogadosMoron/posts...	
https://www.academia.edu/30112412/FUNCIONES_NOTAR...	
https://www.academia.edu/40328356/DEL_NOTARIO_CO...	
https://dspace.ups.edu.ec/bitstream/123456789/9617/6/U...	
469b9412-0e86-40fa-a0e0-44b7b6e02ef4	
https://scielo.conicvt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid...	

0 Advertencias. Reiniciar Exportar Compartir

Estado frente a la actuación del notario es un tema que debe tratarse y proponerse para su aplicación en nuestra legislación, por cuanto al ser el notario considerado como funcionario público, debe tratarse como tal en todos los ámbitos de su actividad, incluido en temas de responsabilidad y su reparación. Para poder exigir que el Estado intervenga debe haber una vinculación entre la actuación del notario y el perjuicio causado, al respecto Pizarro (2016), señala que debe existir una "relación causal adecuada entre la función y el daño para que se configure la responsabilidad personal del funcionario público y también la responsabilidad directa del Estado por el hecho de quienes lo dirigen o administran y de sus dependientes" (367). Los notarios deben ser diligentes y cuidadosos en el ejercicio de sus funciones, ya que la ciudadanía los presiona a responder por sus faltas, por mínimas que sean, de manera personal. La legislación francesa castiga las faltas cometidas por el notario al momento de brindar sus servicios como profesional de manera muy severa, así se trate de errores leves o mínimos. Se debe crear conciencia, respecto a que muchas veces son los ciudadanos los que concurren a solicitar servicios notariales con mala fe, tratando de hacer que el notario incurra en un error, no se debe olvidar que el notario es un ser humano, a quien se puede engañar, pese a que su actuación sea diligente y de buena fe. Es fundamental para evitar incurrir en un cuadro de responsabilidad, que el notario sepa realizar un correcto análisis de la capacidad, libertad y conocimiento de las partes que ante él concurren, solicitando los respectivos documentos de identificación y en

Agradecimiento

Gracias a Dios por permitirme culminar una nueva etapa. Gracias a mis padres y esposo por su apoyo incondicional. Gracias Nicolás por ser mi inspiración.

Índice

Introducción	2
Desarrollo.....	8
La actividad notarial	8
Definición de Notario	8
Sistemas Notariales.....	10
El Notario y la Función Pública.....	12
Responsabilidad del Estado frente a la actuación del Notario.	16
Responsabilidad Notarial	17
Tipos de Responsabilidad Notarial	20
Derecho de repetición contra el Notario	30
Metodología.....	33
Enfoque de Investigación cualitativa.....	33
Alcance de la investigación	33
Categorías, dimensiones, instrumentos y unidades de análisis.....	34
Criterios éticos de la investigación	35
Resultados	35
Discusión	44
Propuesta	47
Conclusiones	48
Recomendaciones.....	49
Bibliografía	50

Resumen

La actividad notarial en el Ecuador se encuentra situada dentro de la función judicial como órgano auxiliar, conforme lo establece el Código Orgánico de la Función Judicial. Al situar a los notarios dentro de la función judicial se les otorga la calificación de funcionarios públicos, a pesar de no ser considerados como tales en todos los aspectos que abordan la actividad notarial, entre estos aspectos, los casos de responsabilidad notarial. El notario público debe asumir de manera personal y responder con su patrimonio respecto de los casos donde se determina responsabilidad del notario por una falta en su actuación y el Estado no tiene ningún tipo de participación en estas causas. Luego de realizar un análisis doctrinario y normativo se determina que el notario en Ecuador es un funcionario público, al estar situado dentro de la función judicial y darle la atribución de conocer temas que carecen de conflicto, a pesar de que en la práctica corren por su cuenta las instalaciones, equipos y materiales de oficina y contratación de personal auxiliar para poder ejercer su actividad, inclusive la remuneración mensual del notario no depende del Estado, sin embargo, al brindar el notario un servicio público y ser generador de fondos públicos, además de ser regulado por el Consejo de la Judicatura que es el órgano de control se propone mediante el presente trabajo de investigación la posibilidad de que el Estado responda en los casos de faltas en el ejercicio notarial, con la posibilidad de repetir contra el notario involucrado.

Palabras clave: Funcionario público, responsabilidad notarial, responsabilidad del Estado, derecho de repetición.

Abstract

The notarial activity in Ecuador is located within The Judicial Function as an auxiliary body, as established by the Organic Code of the judicial function. By placing notaries within the judicial function they are granted the qualification of public officials, despite not being considered as such in all aspects that address notarial activity, among these aspects, cases of notarial responsibility. The notarial public must assume personally and respond with his patrimony regarding the cases where the notary responsibility is determined for a lack of action and the state does not have any type of participation in such cases. After conducting a doctrinal and normative analyses, it is determined that the notary in Ecuador is a public official, being located within the judicial function and giving him the attribution of knowing issues of voluntary jurisdiction, despite the fact that in practice they run on their own the facilities, equipment and office supplies and hiring of auxiliary staff to be able to carry out their activity, including the monthly remuneration of the notary does not depend on the state, however, when the notary provides a public service and being a generator of public funds, in addition to being regulated by the judicial council, which is the control body, it is proposed through this research work the probability the state responds in cases of faults in the notarial exercise, with the possibility of repeating against the notary involved .

Key Words: Public official, notarial responsibility, state responsibility, right of repetition.

Introducción

La actividad notarial en la actualidad está catalogada como parte de la función pública por una parte de la doctrina. La actividad notarial debe regirse bajo un marco de comportamiento determinado, fundamentado en lo establecido en la ley. La actividad notarial se ejerce a ruego de los ciudadanos que se acercan a su despacho solicitando los servicios brindados, el ciudadano le otorga un voto de confianza al notario elegido y espera recibir la atención necesaria e idónea que busca, aplicando el principio de intermediación. El notario debe actuar con profesionalismo y probidad, cuando su actuación sale de las limitaciones establecidas por la ley, se ve inmerso en temas de responsabilidad, la cual abarca varias áreas que serán analizadas en el desarrollo del presente trabajo.

Cabanellas (2005), define al Notario como “Un funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales” (p. 261). La fe pública de la que se encuentra investido el notario es otorgada por el Estado, y es la que permite tener certeza de la legitimidad y veracidad de los actos y contratos que ante el notario se celebran, sin embargo, cabe la aclaración de que el notario no es el único funcionario que puede otorgar fe pública. La responsabilidad notarial también puede recaer en casos de responsabilidad de carácter moral, esto es, cuando su actuación no se adecúa a los buenos principios. Tarragón (2011) señala que la función fundamental del notario es:

Documentar, es decir, justificar en documento apoyado en la autoridad estatal los acuerdos realizados entre las partes contratantes, y por eso puede decirse que crea el documento, cuyo contenido no es otro que esos acuerdos atinentes a los extremos de ese negocio o contrato, esto es, los elementos esenciales y sustanciales que configuran y tipifican el contrato, o, en otras palabras, que ajustan las varias estipulaciones a un tipo de contrato señalado en la ley y que se regirá por una norma común, los elementos naturales al contrato así configurado y sus accidentales,

atribuyéndole además al documento, y, por ende, al contrato mismo, la calidad de certeza, veracidad, seguridad y autenticidad (p. 27-28).

Conforme lo indica Tarragón, el notario es aquella figura fundamental para la correcta celebración de actos y contratos que gozarán de seguridad jurídica, certeza, veracidad y autenticidad, todo esto por la fe pública de la que se encuentran investidos que es la que permite atribuir aquella garantía. El notario en Ecuador no crea el documento por completo por cuanto las partes deben tener el patrocinio de un abogado en libre ejercicio para la elaboración de la minuta que el notario elevará a escritura pública. Sin embargo, es deber del notario la revisión de la misma para verificar que cumpla con los requisitos y formalidades exigidos por la ley, ya que dará fe de la celebración de aquel acto o contrato así que debe ser correctamente celebrado.

El Ecuador se rige por el sistema de notariado latino, en el cual el notario debe ser un profesional del derecho que actúa a petición de parte y los actos y contratos que ante él se celebran gozan de un principio de legitimidad. Es por esto, que el peso de responsabilidad para el notario latino es muy superior a la del sajón y debe actuar en todo momento con diligencia y cuidado. Este cuidado también abarca la supervisión de su personal, por cuanto las actuaciones de estos también acarrearán responsabilidad para el notario público, es por esta razón que se debe tener personal de confianza y revisar con precaución cada documento que ante él se otorga.

La seguridad jurídica brindada por los notarios en el ejercicio de sus funciones es fundamental para el ejercicio de las relaciones jurídicas y comerciales de la ciudadanía. Su actuación como aquel tercero imparcial ante los actos y contratos que ante él se celebran armoniza las relaciones entre las partes, desde el momento de actuar bajo el principio de rogación la actividad notarial goza de aquella presunción de legitimidad. Sin olvidar, que el notario debe excusarse de actuar ante situaciones que van en contra de las normas vigentes del lugar donde se actúa, de esta manera el notario es el encargado de buscar un equilibrio al momento de celebrar actos y contratos, buscando siempre la justicia, y por ende, la seguridad jurídica.

En cuanto al campo de estudio, la **responsabilidad del Estado frente a la actuación del notario** es un tema que debe tratarse y proponerse para su aplicación en nuestra legislación, por cuanto al ser el notario considerado como

funcionario público, debe tratarse como tal en todos los ámbitos de su actividad, incluido en temas de responsabilidad y su reparación. Para poder exigir que el Estado intervenga debe haber una vinculación entre la actuación del notario y el perjuicio causado, al respecto Pizarro (2016), señala que debe existir una “relación causal adecuada entre la función y el daño para que se configure la responsabilidad personal del funcionario público y también la responsabilidad directa del Estado por el hecho de quienes lo dirigen o administran y de sus dependientes” (367).

Los notarios deben ser diligentes y cuidadosos en el ejercicio de sus funciones, ya que en caso de cometer faltas, por mínimas que sean, deberán responder de manera personal. La legislación francesa castiga las faltas cometidas por el notario al momento de brindar sus servicios como profesional de manera muy severa, así se trate de errores leves o mínimos. Se debe crear conciencia, respecto a que muchas veces son los ciudadanos los que concurren a solicitar servicios notariales con mala fe, tratando de hacer que el notario incurra en un error, no se debe olvidar que el notario es un ser humano, a quien se puede engañar, pese a que su actuación sea diligente y de buena fe.

Es fundamental para evitar incurrir en un cuadro de responsabilidad, que el notario sepa realizar un correcto análisis de la capacidad, libertad y conocimiento de las partes que ante él concurren, solicitando los respectivos documentos de identificación y en caso de dudas, haciendo preguntas de rigor para confirmar el estado mental que los comparecientes. Posteriormente, analizar la legalidad del acto o contrato que se pretende celebrar, verificando que tengan objeto y causa lícita.

Las atribuciones del notario son conferidas por la ley, por ende su actuación es controlada al margen de las atribuciones y prohibiciones conferidas por la legislación correspondiente. Los notarios son elegidos mediante concurso de méritos y oposición, tomando en cuenta su probidad notoria y buenas referencias en el ejercicio de su profesión, sumando otros requisitos de forma que la ley exige, por ende su actuación debe llevarse bajo esos parámetros, no permitir que ante su despacho se celebren actos o contratos que contravengan la legislación vigente o las buenas costumbres y moral. No aprovecharse de su cargo para promover actos contrarios a la ley.

No solo los notarios, sino cualquier profesional debe estar al tanto de los procedimientos y requisitos que se llevan en el ejercicio de sus funciones, ya que el desconocimiento acarrea responsabilidad, siempre y cuando el daño causado tenga relación directa con la actuación del notario, cumpliéndose el requisito de relación de causalidad. En caso de confirmarse la causalidad entre la actuación y el daño causado, se procederá con el cálculo de daños y perjuicios irrogados a fin de que se haga efectiva la reparación del daño.

El **problema científico de investigación** se da por cuanto la legislación Ecuatoriana, califica al notario como un funcionario público, sin embargo en temas de responsabilidad derivada de la actuación del notario, el Estado no tiene ningún tipo de participación. En casos de responsabilidad de funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, el Estado es el encargado de responder por sus errores, con el derecho de repetir contra ellos; sin embargo, el notario responde de manera personal. El notario es calificado como funcionario público para ciertas actuaciones y para otras, entre ellas la manera de ser sancionado se lo considera funcionario privado.

La doctrina no es unánime al momento de calificar al notario como funcionario público o privado, una corriente señala que efectivamente es un funcionario público y la otra indica que es un profesional del derecho que actúa de manera independiente brindando un servicio público. La falta de precisión respecto a la participación del Estado en temas de responsabilidad notarial puede generar inconvenientes e irregularidades, vulnerando la seguridad jurídica de los procedimientos a seguir. El notario en Ecuador trabaja rindiendo cuentas al Consejo de la Judicatura, que es el órgano de gobierno, administración, vigilancia y disciplina de los órganos que conforman la Función Judicial, conforme lo estipula la Constitución de la República.

Como ya se mencionó, es fundamental la existencia de relación de causalidad o nexo causal entre el daño o falta ocasionado por una mala práctica en el ejercicio de la profesión, caso contrario no podría exigirse al notario ningún tipo de reparación por concepto de daños y perjuicios. En la legislación ecuatoriana en temas de responsabilidad notarial, le toca responder al notario de manera personal siempre que la falta haya sido en el ejercicio de sus funciones, y el tema de investigación busca que sea el Estado quien responda en estos casos por considerarlo funcionario público.

La responsabilidad del notario va más allá de su actuación de manera personal, ya que incluye también a sus empleados bajo relación de dependencia. Por la carga de trabajo el notario necesita empleados, los cuales deberían ser de confianza absoluta para él, el desempeño de las funciones del empleado serán el reflejo del conocimiento del notario, ya que está encargado de capacitar a su personal respecto a las nuevas tendencias y requisitos para brindar el servicio requerido y no cometer errores que puedan comprometer su seguridad.

En el desempeño de la actividad notarial, se actúa ejerciendo aquella potestad fedataria otorgada por el Estado, pero también se debe actuar como un profesional del derecho, lo cual constituye una carga más para el notario. El actuar como profesional de derecho implicará dar consejos con conocimientos y bases legales para evitar caer en actuaciones fraudulentas. La doctrina discute si el notario está obligado a atender a todos los usuarios que se presenten en su despacho, alegando que si es funcionario público no se podría oponer, sin embargo para los que lo consideran privado indican que la prestación de su servicio es del mismo carácter y podría excusarse de su atención, este es otro tema con vacío legal.

El tema del resarcimiento o reparación de los perjuicios ocasionados en caso de incumplimiento por parte del notario es otro tema que debería estar regulado, no solo en el caso de notarios sino de todos los funcionarios, por cuanto el tema de la reparación se ha dejado a criterio subjetivo de quien la alega, dejando espacio a abusos por parte de quienes lo solicitan y de sus abogados patrocinadores. Para beneficio del Estado, de los funcionarios y de la ciudadanía en general debería delimitarse un parámetro de cálculo para temas de indemnización, por cuanto este derecho se está convirtiendo en un arma para atentar contra la seguridad jurídica de los ciudadanos.

Corresponde entonces, plantearse la siguiente pregunta de investigación **¿Tiene el estado responsabilidad en las actuaciones notariales dada la connotación del notario como funcionario público?**

Para contestar esta pregunta, corresponde plantearse la siguiente **Premisa:** Sobre la base de la fundamentación doctrinal de la actividad notarial y de la responsabilidad del Estado frente a la actuación del notario y el análisis documental de la Constitución de la República del Ecuador en sus artículos 199 y 200, Código Orgánico de la Función Judicial en sus artículos 38 #5, 296 y

302, Ley Notarial en su artículo 27, Código Civil en sus artículos 29, 2220 y 143. Se propone la aplicación del derecho de repetición por parte del Estado en contra del notario en temas de responsabilidad notarial de conformidad con el artículo 11 numeral 9 de la Constitución de la República.

Para el efecto, se plantea el siguiente **Objetivo General**: Demostrar que al ser el notario funcionario público de conformidad con la legislación ecuatoriana, le corresponde al Estado la reparación del daño, con derecho de repetición contra el notario.

Como **Objetivos Específicos**, se propone: Fundamentar los presupuestos teóricos de la responsabilidad del Estado frente a la actuación del notario. Analizar la Constitución de la República del Ecuador, el Código Orgánico de la Función Judicial, la Ley Notarial y Código Orgánico General de Procesos COGEP, en lo referente a la actividad notarial como parte de la función pública. Proponer la participación activa del Estado en temas de reparación de perjuicios en temas de responsabilidad notarial.

Para construir el marco teórico encontramos el detalle de los **métodos teóricos** empleados en la presente investigación, que son: el Método histórico lógico, método de sistematización jurídico doctrinal y método jurídico comparado. Por su parte el **método empírico** utilizados en la presente investigación es el análisis documental.

Por lo tanto, al calificar al notario como funcionario público e incluso ser controlados por el Estado a través del Consejo de la Judicatura, se debe aplicar el trato de funcionario público en todos los ámbitos de su actuación siempre que se esté en el ejercicio de su profesión, la propuesta como **Novedad Científica** consiste en aplicar en el derecho notarial el artículo 11 numeral 9 de la Constitución de la República, de tal manera que sea el Estado quien responda por temas de responsabilidad notarial, con derecho de repetición contra el notario implicado.

Desarrollo

La actividad notarial

La actividad notarial se encuentra en la actualidad en permanente debate sobre la calidad del notario como funcionario público o privado. En Ecuador, el notario es calificado como un funcionario público al colocarlo como órgano auxiliar de la Función Judicial. La presente investigación tiene como objeto de estudio un análisis de la figura del notario, su naturaleza jurídica y su vinculación con la función pública desde el punto de vista doctrinal y normativo. El campo de estudio está dirigido al análisis de la participación que debe tener el Estado Ecuatoriano frente a temas relacionados con la responsabilidad notarial; así mismo en base a lo contemplado en nuestra legislación vigente.

Definición de Notario. La figura del notario a lo largo de la historia ha incrementado su importancia y necesidad a fin de otorgar legitimidad y dar forma jurídica a determinados actos y contratos requeridos por la sociedad, necesarios para el desenvolvimiento de negocios jurídicos. La figura del notario ha ayudado al progreso del desarrollo de actividades sociales y económicas en el derecho privado. Gattari (2011), define al notario como aquel “profesional del derecho investido por el Estado para el ejercicio de la función pública notarial” (p. 244). A su vez, Helling (2007), otorga la siguiente definición de notario:

Profesional del derecho, que después de sustentar diversos exámenes, tanto de aspirante como de oposición, ejerce la carrera u oficio notarial con objeto de brindar seguridad jurídica y certeza en las transacciones de las que da fe, siempre con un alto nivel de profesionalismo, de independencia frente al poder público y los particulares, una completa imparcialidad para sus clientes y una autonomía en sus decisiones, las cuales solo tiene por límite el marco jurídico y el estado de derecho. Se encarga de interpretar la voluntad de las partes y plasmar ésta en un documento público y autentico, que puede ser una escritura pública si se trata de dar fe de un acto jurídico (p. 47).

En el sistema de notariado latino que es el que rige en el Ecuador, y que será analizado más adelante en la presente investigación, el notario debe ser un profesional en derecho. La fe pública es otorgada por el Estado al notario y es la que le permite otorgar la validez y legalidad que brindan seguridad jurídica a los actos y contratos ante él celebrados. En Ecuador, los notarios deben pasar por un concurso de mérito y oposición para obtener el nombramiento de notario, de conformidad con lo estipulado en la Constitución de la República. El autor Sánchez (1994), define al notario como:

El funcionario público, que jerárquicamente organizado y obrando por delegación del poder del estado, y por lo mismo revestido de plena autoridad en el ejercicio de su función, autentica las relaciones jurídicas normalmente creadas por la libre voluntad de las personas jurídicas, dándoles carácter de verdad, certeza y permanencia, previo el estudio, explicación y aplicación del Derecho positivo, a cada uno de los actos jurídicos de carácter normal en los cuales interviene (p.102).

No es motivo de discusión el hecho de que los notarios públicos tienen la capacidad de otorgar fe pública ante los actos y contratos que ante él se celebran por cuanto el Estado es quien les otorga esta facultad. Así mismo, coinciden los autores en el hecho de que el notario no debe tener una actitud pasiva ante los requerimientos solicitados, tiene el deber de asesorar, guiar y encaminar los negocios jurídicos para que operen en favor de los intereses de los peticionarios. Al respecto Pérez (1999), señala que la función del notario consiste en “recibir, interpretar, y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad, conservar los originales de estos, y expedir copias que den fe de su contenido” (p.19).

El notario tiene el deber de conservar los instrumentos que ante él se otorgan de manera cronológica en los distintos libros que conforman el archivo notarial. Este deber de conservación contribuye con la seguridad jurídica de los actos y contratos celebrados, por cuando cuentan con un respaldo legítimo y verificable a cargo de un funcionario investido de fe pública que es el notario. Urrutia (2015), señala lo siguiente respecto a la actividad notarial:

Cuando la ley dispone que el notario es el único autorizado para dar fe de los actos y contratos que se realizan en su presencia y demás actos extrajudiciales, le confiere esa autoridad de fe pública al contenido de los documentos en que interviene (p. 22).

El Estado ha delegado en el notario la facultad de que todo lo que exprese en los documentos bajo su firma, signo, sello y rubrica, se tiene por cierto, por la fe pública de la que se haya investido, el notario no tiene que probar la veracidad de los documentos otorgados ante él, ya que es una presunción *juris tantum* que traslada el peso de la prueba al que cuestione la fe pública notarial. Cada palabra que el notario expresa en un documento tiene que ser fiel a la verdad. El almacenamiento de los documentos permite que subsista la legitimidad del documento así cambie el notario ante quien se otorgó.

Es importante recalcar que sobre el notario recaen gran cantidad de responsabilidades, ya que asume personalmente todas las atribuciones inherentes a las potestades de su función, incluso responden directamente por las actuaciones de sus dependientes. Por lo que el notario deberá actuar con la debida diligencia y cuidado en el ejercicio de su actividad. Diariamente son entregados a su pericia, consejo, discreción y buena fe, diferentes trámites, actos y contratos que podrían ser desbaratados por una actuación imprudente o maliciosa del profesional. En tal supuesto, la ley carga las máximas responsabilidades sobre el notario.

Sistemas Notariales. Existen dos grandes sistemas que analizan la figura del notario desde distintas perspectivas, el sistema latino y el anglosajón. Los sistemas notariales señalan los requisitos necesarios para el ejercicio de la actividad notarial, así como el alcance de sus actividades y atribuciones, los mismos que se han adoptado en los distintos países acorde a sus necesidades sociales. Doctrinariamente existen más tipos de sistemas, tales como el inglés, alemán, latino, judicial, administrativo soviético; para efectos de la presente investigación se analizarán el anglosajón o inglés y el latino.

Sistema Notarial Anglosajón o Inglés. Este sistema notarial es aplicado en países como Estados Unidos, Gran Bretaña, Dinamarca, Canadá y este sistema no considera al notario como funcionario público. Al respecto Reyes (1990), indica las características de sistema anglosajón:

- a) El notario es un profesional privado.
- b) No existe la institución notarial como un cuerpo unitario, orgánico o independiente, y con funciones específicas determinadas por la ley.
- c) El documento es solo un principio de prueba que necesita la convalidación judicial, y por ende, como obra de funcionario fedante carece de valor específico en el orden procesal.

En concordancia con los principios que informan su contratación, no existe función solemnizadora notarial, pues la redacción del documento no exige autor calificado profesionalmente (p. 32).

El notario sajón no cuenta con la atribución de dar fe pública, simplemente autentica firmas de los documentos que le son exhibidos, más no guarda estos documentos en un protocolo que brinda la seguridad jurídica de legitimidad, perdurabilidad y publicidad al documento. Así mismo, al no ser necesariamente un profesional del derecho no puede calificar la legalidad del contenido de los documentos, ni brindar una asesoría de tipo legal y procedimental. Para poder ejercer la actividad notarial en el sistema sajón solo se debe realizar un curso donde se obtiene un título que habilita el ejercicio de la actividad notarial.

Sistema Notarial Latino. El sistema notarial latino es el más utilizado en los países del mundo; sus orígenes derivan desde la era cristiana pero ha evolucionado a lo largo del tiempo para adaptarse a las necesidades de la sociedad que requiere sus servicios. Este sistema es el aplicado en Ecuador, donde se requiere que el notario sea un profesional del derecho, a quien el Estado lo ha investido de la potestad de otorgar fe pública a los actos y contratos que se celebran en su presencia. Albán (2010), define al notario latino como:

Un profesional del derecho encargado de una función pública, consistente en decir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad, conservar los originales de esto y expedir copias que den fe de su contenido (p. 28).

La importancia de que el notario público sea un profesional en derecho radica en el hecho de que no debe ser un simple oidor y redactor, su intervención ante los ciudadanos que solicitan sus servicios es la de un asesor legal; es el encargado de recepcionar la información y analizar su legalidad, dando forma jurídica

a las pretensiones de los requirentes. Así mismo debe calificar la capacidad, libertad y conocimiento de los intervinientes respecto de los actos y contratos a celebrarse; siempre debe mantener una actitud imparcial pero sin dejar de lado la asesoría y dirección del negocio jurídico.

El Notario y la Función Pública. La relación del notario con la función pública es innegable, por cuanto la potestad de otorgar fe pública solo se la puede otorgar el Estado; sin embargo, la calidad de funcionario público o privado del notario es algo que doctrinariamente se encuentra en debate y en las legislaciones de cada país no hay un criterio unánime al respecto. El autor Pérez (2008), señala que el notario:

Tiene un componente público y privado que se expresa en una perfecta relación cuyo fin es la tutela de los intereses privados como parte de la necesidad de garantizar la credibilidad y autenticidad de cuantas transacciones se ejecutan en la vida privada, pero desde el desempeño de una función pública (p. 8).

Según la definición de Pérez, el notario está entre un punto medio respecto a la calificación de público o privado, sin embargo la corriente mayoritaria señala al notario como funcionario público. El autor Pina (1980), indica que “el notario es el titular de la función pública, consistente de manera esencial en dar fe de actos jurídicos que ante él se celebran” (p.335). Efectivamente el notario ejerce una función pública a ruego de los particulares que solicitan sus servicios es por esto que el Estado debe tener una participación activa en cuestiones de responsabilidad que involucren al notario. Pizarro (2016), indica que:

El escribano es un funcionario público cuya actuación compromete la responsabilidad estatal. Quienes siguen estas ideas se basan en que los notarios son nombrados y removidos por el Poder Ejecutivo, administran los registros públicos de contratos que son propiedad del Estado y tienen atribución de dar fe de la verdad de lo que afirman pasado en su presencia, todo lo cual constituye una delegación del Estado, relacionada con su soberanía. De acuerdo con otra orientación, el escribano no es funcionario público, sino un profesional liberal que ejerce una función estatal (pp. 354-355).

El proceso de elección de los notarios públicos en Ecuador es mediante concurso de méritos y oposición, y el organismo encargado de la convocatoria y

proceso de elección es el Consejo de la Judicatura, el mismo que lleva el control disciplinario de los notarios elegidos. El notario es funcionario público si nos basamos en su proceso de elección, además del hecho de rendir cuentas al Estado de sus ingresos y llevando a cabo el ejercicio de su profesión atados al sistema notarial implementado por el Consejo de la Judicatura para llevar un mejor control de los mismos, lo cual restringe el ejercicio de la fe pública al ingreso de los diferentes actos y contratos celebrados al sistema cuya finalidad es de carácter tributario. Hinostriza (2006), señala lo siguiente respecto a la calidad del notario como funcionario público:

Sobre la calidad de funcionario público del notario y como se lo debe de considerar como un funcionario público especial por cuanto éste no percibe remuneración del Estado sino más bien lo recibe directamente por sus usuarios. A este comentario se agrega la resolución del pleno de la Corte Superior de Justicia de fecha 17 de mayo 1995, donde mencionan que el notario es un funcionario especial. Cabe aclarar que la fecha de la declaración data de la época en donde todavía no estaba definida la función notarial como parte de la función judicial. Luego, con la expedición del Código Orgánico de la Función judicial del año 2009 se dejó claro que los notarios forman parte de la Función Judicial y se reforma incluso la Ley Notarial (Vargas, 2006).

En cuanto a la remuneración del notario, es un tema que permite defender la teoría de que el notario no es un funcionario público, por cuanto su remuneración no depende del Estado, sino de los ingresos resultantes de su ejercicio laboral cada mes. Sin embargo, hay una limitación en cuanto al valor de las tasas notariales, ya que estas son establecidas por el Consejo de la Judicatura y ningún notario podrá cobrar valores distintos a los establecidos so pena de destitución. El notario debe rendir cuentas al Estado mes a mes y otorgar un porcentaje de los ingresos conforme lo establecido en el Código Orgánico de la Función Judicial, los ingresos que recibe el notario por parte de los particulares se consideran fondos públicos, por cuanto no declararlos de manera real es un delito contra el Estado.

Para ser considerado funcionario público, se debe depender del Estado y este no es el caso del notario público, por cuanto para poder brindar su servicio debe

hacerlo por sus propios medios. El Estado no les brinda instalaciones, equipos de oficina ni personal, todo esto corre por cuenta del notario; por lo tanto, en este ámbito su ejercicio profesional es el de un funcionario privado que debe realizar una inversión para ejercer su profesión, así mismo queda obligado de manera personal frente a sus empleados ya que debe cumplir con obligaciones patronales que incluyen todos los beneficios de ley. Por estas discrepancias parte de la doctrina lo denomina como un funcionario especial, ya que el ámbito de su actuación y ejercicio profesional no se adecúa a una postura determinada.

Analizando la normativa ecuatoriana, se puede concluir que se le da al notario la calidad de funcionario público. Doctrinariamente no existe un consenso entre autores, ya que para una corriente el notario es un funcionario público por cuánto el Estado es quien le otorga la fe pública; por otro lado hay autores que defienden la calidad de profesional del derecho que brinda un servicio público, más no es funcionario público y finalmente la corriente ecléctica, que mantiene un criterio intermedio, aceptando que es un profesional del derecho que debe rendir cuentas al Estado por la fe pública de la que se encuentra investido.

El Código Orgánico de la Función Judicial sitúa la actividad notarial dentro de los órganos que conforman la función judicial. Los órganos de la función judicial son los encargados de ejercer la jurisdicción que es “La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial” (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009). Al determinar que la función judicial es la encargada de administrar justicia podemos determinar que es un error incluir la actividad notarial en este sector, por cuanto el notario no tiene la potestad de administrar justicia, sin embargo en la actualidad se le ha conferido la atribución de conocer trámites de jurisdicción voluntaria. La Constitución de la República también establece que la actividad notarial es órgano auxiliar de la función judicial y en su artículo 199 señala lo siguiente:

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 (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

La jurisdicción voluntaria no debería tener esa denominación, por cuanto en esos casos no cabe la administración de justicia por cuanto no hay conflicto que resolver. Sin embargo al notario se lo califica como órgano auxiliar de la función judicial, encargado de dar fe pública a los actos y contratos que se celebren, por ende es considerado funcionario público. La fe pública es la “Facultad con la que están investidos determinados agentes para certificar que los hechos que les constan son verdaderos y auténticos” (Real Academia Española, 2019). El notario no es el único funcionario que puede otorgar fe pública, por ejemplo el secretario judicial es otro funcionario que puede dar fe de determinados actos. Gattari (2011), señala lo siguiente respecto a la función pública del notario:

La corriente doctrinaria que piensa que el notario es un funcionario público se apoyan en la delegación que el Estado hace de la función fedataria; otros ponen de relieve la profesionalidad, negando que el notario sea funcionario público por cuanto le faltan los caracteres que generan dicho carácter. Por último, la tesis sostenida por la mayoría y que aparece como intermedia, sin haberlo sido en la realidad, pues antecedió a alguna de las anteriores, entiende que el notario latino es un profesional de derechos que cumple una función pública (pp. 245-246).

La actividad notarial es un servicio que se ha vuelto indispensable para materializar los negocios jurídicos que la sociedad requiere, sin duda está brindando un servicio público por cuanto atiende necesidades sociales, así mismo se ha ido actualizando y modernizando el servicio notarial en favor de la ciudadanía. En el año 1966 en Ecuador se expide la Ley Notarial, creando de esta manera una ley especial para la actividad notarial, la misma que ha tenido diversas reformas a fin de determinar las atribuciones del notario de manera específica, hasta finalmente atribuirle funciones exclusivas. Alterini (2012), en su obra Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario, señala los requisitos para que el escribano asuma categoría de funcionario público:

1. Vinculación constante con el Estado en la gestión de la cosa pública. 2. Remuneración por el Estado. 3. Representación del Estado, y 4. Responsabilidad del Estado por los actos del escribano (p. 201).

De estos requisitos podemos determinar que el notario efectivamente se encuentra vinculado con el Estado, ya que su actividad se encuentra controlada por el órgano de control que es el Consejo de la Judicatura. El notario no ejerce una representación directa del Estado, si bien brinda un servicio público, la participación del Estado en su actuación es la de aquel organismo que le otorga la potestad de poder dar fe pública de los actos que ante él se celebran. Y, finalmente en el tema de la responsabilidad del Estado frente a la actuación notarial, que constituye el campo de estudio de la presente investigación, se debe analizar las diferentes posturas doctrinarias para su análisis; aunque en la práctica, el notario es quien debe afrontar de manera personal cualquier tipo de reclamo o denuncia frente a su actuación. A continuación se abordará el tema de la responsabilidad notarial y estatal.

Responsabilidad del Estado frente a la actuación del Notario.

Del análisis de la actividad notarial conforme lo establece la normativa ecuatoriana se concluye que el notario efectivamente es un funcionario público; sin embargo, en varios aspectos del ejercicio de la actividad notarial se lo trata como un funcionario privado, de las cuales se ha mencionado el espacio físico donde funciona la notaría, cómo se puede considerar que se habla de una institución pública si el lugar debe ser elegido y acondicionado directamente por el notario. El personal que trabaja en la notaría es responsabilidad directa del notario, quien será el encargado de cumplir con las obligaciones patronales de manera personal y la notaría por sí sola no es una persona jurídica, por lo que en caso de controversias quien responde es directamente el notario. A pesar de todas estas contradicciones el notario es un funcionario público y el Estado debe tener participación activa en temas de responsabilidad.

Responsabilidad Notarial. El notario, como cualquier funcionario o profesional en el ejercicio de sus atribuciones debe ejercer su actividad con la debida diligencia y cuidado, esto es, conforme a los parámetros establecidos por la ley, evitando que su actuación se vea inmersa en temas de responsabilidad, que pueden comprometer su patrimonio e integridad física y moral. Para entrar en materia de responsabilidad, trataré conceptos de responsabilidad y posterior la responsabilidad en la que incurre el notario en sus funciones: Alicia Fernández (s.f.), define la responsabilidad como:

La norma jurídica, moral o religiosa que indica la conducta a seguir conforme al orden en que cada una de ellas se encuentre. Si no se la observa se origina la sanción que mantendrá el carácter de la norma transgredida. En general, la responsabilidad es el estado al que se halla sometido un individuo por la obligación de reparar o satisfacer, por sí o por otro, las consecuencias derivadas de un daño o perjuicio (p. 8).

Esta definición no limita el tema de la responsabilidad al ámbito normativo o legal, debemos considerar que hay un ámbito moral y ético que sobrepasa el ámbito coactivo que tiene la norma para obligar su cumplimiento. Este ámbito moral debe estar en la esencia de la actividad de cualquier individuo, sin embargo, ante las necesidades de la sociedad a medida que evoluciona el legislador se ve obligado a limitar de alguna manera los actos de los ciudadanos con la finalidad de buscar una armonía social cuidando de los intereses de manera global. Gattari (2011), define la responsabilidad como:

La aptitud que tiene el sujeto de conocer, aceptar las consecuencias dañosas de sus actos; por ello, la ley lo sanciona. El único fundamento de la responsabilidad es el deber jurídico. Porque nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda; el deber surge de una norma jurídica que prescribe al individuo una conducta determinada y vincula una sanción a la conducta contraria. A su vez el deber jurídico es una obligación que impone un lazo de derechos el cual nos constriñe por necesidad a pagar una cosa según el derecho de la ciudad (pp. 240-241).

El presupuesto indispensable del deber u obligación es la libertad, que posibilita escoger entre cumplir y no cumplir; en realidad no existe sino una sola libertad, la de cumplir la obligación, la cual, como hecho voluntario, requiere discernimiento, intención, libertad y autodeterminación. Las acciones u omisiones ejercidas por el notario que generen algún tipo de perjuicio deberán ser objeto de las acciones pertinentes a fin de obtener la reparación del daño, el ámbito de responsabilidad abarca varios campos que serán analizados posteriormente. Gattari (2011), establece los presupuestos para que exista responsabilidad:

1. Conducta antijurídica que infrinja alguna norma del ordenamiento, conocida como tal.
2. El daño causado, que debe ser injusto o ilícito, ya que puede haberlo legal y aun contractual, siendo entonces un daño justo. El daño provoca un perjuicio, menoscabo, detrimento, dolor, aflicción en la persona o bienes por acción de otro. El daño es directo o indirecto, según lo sufren las cosas o la persona en sus derechos y facultades; actual o futuro, si necesariamente ocurrirá; y eventual; patrimonial si es susceptible de apreciación pecuniaria, o moral que provoca aflicción o dolor al espíritu, el cual no se resarce, pero da lugar a una satisfacción pecuniaria por el agravio.
3. Relación causal o conexión entre la infracción y el daño; se llama antecedente al hecho generador y consecuente al hecho generado, pero puede ser concomitante. La concatenación causal no tiene límites temporales, pero su lejanía a veces impide la vinculación.
4. La imputabilidad; es la relación que la norma jurídica establece entre acto ilícito y sanción (pp. 245-246).

Cuando hablamos de responsabilidad en general, para que surja la obligación de reparar un daño por el causante del mismo es necesaria la existencia del nexo causal adecuado entre el hecho dañino y el perjuicio; aspectos sobre los cuales debe existir plena certeza, bien porque el demandante los demostró, como en derecho ha de acontecer en principio, o también porque en ocasiones la propia ley o la interpretación jurisprudencial los presume. El perjuicio debe ser objeto de análisis bajo los parámetros de la sana crítica a fin de evitar incurrir en casos de abuso del derecho. Errazuriz (1986) indica los elementos que tiene la responsabilidad:

a) esenciales, aquellos que sin los cuales no nace a la vida del derecho o degenera en otro distinto, así por ejemplo, no puede faltar la voluntad. Si no hay voluntad no hay acto jurídico; b) naturales, aquellos que sin ser esenciales, se entienden incorporados a un acto jurídico sin necesidad de condiciones especiales; y, c) accidentales, aquellos que las partes introducen a un acto jurídico mediante cláusulas especiales y que están destinados a modificar sus efectos naturales en cuanto a su nacimiento, ejercicio o extinción (pp. 105-106).

Es importante distinguir los conceptos de imputabilidad y responsabilidad. Imputabilidad es la posibilidad de adjudicar a alguien la comisión de un hecho y responsabilidad es accesorio de la imputabilidad. No existe responsabilidad si es que no se adjudica el hecho a una persona determinada. En el derecho romano la responsabilidad era objetiva, no se determinaba si había culpa o no, se presentaba como la reacción de la víctima contra la causa aparente del daño. Posteriormente con la humanización del derecho aparece la responsabilidad subjetiva, afirmándose en el concepto de culpa. Más adelante se tratará el tema de las faltas que puede cometer el notario en el ejercicio de sus funciones, Gattari (2011), señala que algunas infracciones de los deberes notariales pueden ser:

Daños emergentes de su negativa a prestar servicio, cuando no fuera fundada; falta de imparcialidad, fallas en el asesoramiento funcional; estudio de títulos cobrado, con fallas en antecedentes; violación del secreto profesional a causa de exhibir el protocolo a quien no compete, como por lo conocido fuera de protocolo con motivo del acto notarial; omisión de comunicar la existencia de testamentos que autorice o reciba como depositario (p. 253).

Así como hay factores que atribuyen responsabilidad al notario en el ejercicio de sus funciones, la ley determina varios factores que pueden eximir o liberar al funcionario de responder frente a estos reclamos. Abeliuk (2001), numera los eximentes de responsabilidad de la siguiente manera: “1. Ausencia de culpa y caso fortuito; 2. Estado de necesidad; 3. El hecho del tercero; 4. La culpa de la víctima y 5. Eximentes de responsabilidad en especial en relación con las de orden

penal” (p. 178). Tamayo (2015), señala causales de exoneración, cesación o limitación de la responsabilidad del notario:

1. Que el perjuicio haya ocurrido por culpa de la víctima; 2. Que la causa del daño haya sido una fuerza mayor, y 3. Que se haya debido a la intervención de un tercero. En todos los eventos la causa del resultado no fue la acción u omisión del inculpado o demandado sino una causa extraña exterior y ajena al extremo pasivo del proceso. El notario quedará exonerado de responsabilidad cuando el perjuicio cuya reparación reclama el usuario, tenga otra causa distinta a su conducta notarial (p. 231).

Tipos de Responsabilidad Notarial. El Notario al ejercer su actividad, se ve expuesto ante la posibilidad de incurrir en un tema de responsabilidad, como ya se aclaró, para que haya lugar a una reparación, el perjuicio debe ser causado directamente como consecuencia de la falta cometida por el notario. Así mismo, se debe analizar en caso concreto para determinar que no haya alguna causal de exoneración de responsabilidad. La responsabilidad notarial abarca varias áreas, al respecto el autor Virviescas (2005) indica que “estas responsabilidades son de carácter civil, penal disciplinario, tributario y laboral” (p. 196). Las cuales serán tratadas a continuación:

Responsabilidad Penal. El notario puede incurrir en responsabilidad de carácter penal, cuando su actuación está dirigida a cometer un daño o perjuicio, cuando hay intención o dolo, según lo establece el Código Orgánico Integral Penal hay sanciones privativas de libertad en caso de mala práctica profesional. Si hay dolo en la actividad notarial sin duda será atribuible el perjuicio cometido a la actuación por parte del notario, cumpliéndose el requisito del nexo causal. González (2008) indica que “la responsabilidad penal se produce cuanto el notario dolosamente incurre en alguna de las conductas tipificadas en la legislación penal” (p. 739). A su vez, Virviescas (2005) indica que

El delito, al igual que para cualquier persona, implica para el notario responsabilidad penal pero con el agravante, apenas lógico, que le corresponde en aquellos hechos punibles en lo que por su calidad fedante o de autoridad documentaria es guardián de la ley en esos aspectos específicos (p. 206).

Sin duda es un agravante el hecho de que un funcionario encargado de otorgar fe pública atribuyendo legitimidad, certeza, validez jurídica y publicidad a los diferentes actos y contratos que requiere la ciudadanía sea capaz de incurrir en un delito, por cuanto la figura del notario debe ser la de una persona con probidad notoria en su ejercicio profesional. Entre los delitos que puede cometer el notario, tenemos aquellos cuyo bien jurídicamente tutelado es la administración de justicia y la fe pública, como el peculado y la falsedad en documentos públicos. Fernández (s.f.) señala que “La responsabilidad penal tiene un carácter aflictivo, con finalidades preventivas o intimidadoras. La falsedad de un documento puede ser total o parcial. La adulteración de un documento guarda estrecha relación con la falsedad parcial” (p. 10).

La falsedad de un documento será material cuando se altere un documento público que ya se encuentra celebrado y falsedad ideológica es alterar el contenido del mismo. En el derecho Argentino, se tipifica la falsedad material, así como también se tipifica la falsedad ideológica, en el artículo 293 del Código Penal Argentino, que prescribe “Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años el que insertare o hiciere en un instrumento, declaraciones falsas, concernientes a un hecho que el documento debe probar, de modo que pueda resultar perjudicioso” (Código Penal de la Nación Argentina, 1984). Respecto a la falsedad ideológica, Fernández (s.f.), señala que:

Hay falsedad ideológica cuando el escribano asiente falsamente en el documento una cláusula que no se ha dicho delante de él y, que una vez asentada, forma parte del documento. Se denomina a esa falsedad ideológica porque la materialidad del documento existe. La falsedad ideológica es solamente punible cuando se produce en instrumentos públicos. Otros delitos en los que puede verse incurso el notario en razón de su profesión son: 1. Cuando produjere calumnias o injurias; 2. Delito de defraudación; 3. Incendio de los protocolos; 4. Abandono de funciones (pp. 28-29).

El notario debe reflejar la realidad de los hechos que está presenciando en los instrumentos públicos a su cargo, alterar su contenido a sabiendas es actuar con mala fe, por ende sería objeto de responsabilidad. Esta alteración puede generar perjuicios a una persona que estará en la libertad de demandar la reparación del daño más una indemnización por daños y perjuicios. El ejercicio de la actividad

notarial no tiene un horario establecido, por lo tanto el notario debe estar disponible para el ejercicio de sus funciones cuando la situación lo amerite, al respecto la Ley Notarial establece que “Para el ejercicio de la función notarial son hábiles todos los días y horas del año” (Ley Notarial, 1966). El autor Gattari (2011), define la responsabilidad penal como:

Aquella en que incurre el oficial público cuando comete o intenta cometer delitos atinentes a su profesión, unificados por la norma común, la cual lo sanciona para satisfacer a la sociedad que lo ha elegido. El notario es sujeto activo del delito y pasivo de la sanción no en cuanto tal, sino como persona común. Los delitos más cercanos al notario en su función específica son: delitos contra la fe pública y violación de secreto. Y establece tipos de falsedad: Falsedad material o corporal consiste en la falsificación de los signos sensibles que acreditan al instrumento notarial como tal y a la genuinidad. Comprende dos aspectos: elementos materiales y autoría. Los actos de falsedad material son dos: 1. Adulteración de los elementos materiales, supresión del instrumento por destrucción u ocultamiento. 2. Expedición de copia de matriz inexistente o por quien no tiene autoridad para hacerlo, todo lo cual también, puede ser apto para defraudar (p. 255).

Se incurre en delito de falsedad ideológica si el notario identifica a un compareciente sin conocerlo ni cumplir los mínimos recaudos para individualizarlo, dando lugar a que el firmante constituyera una burda imitación de los signos de la persona existente, este delito vulnera lo que la doctrina llama la fe de conocer. La fe de conocer consiste en la obligación del notario de establecer la identidad de la persona que se presenta ante él a celebrar un determinado acto o contrato, a quien debe realizar el examen de capacidad, libertad y conocimiento. Así mismo, debe comprobar la veracidad de los datos otorgados por los comparecientes solicitando los respaldos correspondientes; esta actuación diligente por parte del notario genera seguridad jurídica respecto a los contratantes.

Responsabilidad Disciplinaria. Los notarios deben adecuar su actividad de conformidad con los preceptos y ordenanzas que regulan el ejercicio de sus funciones. Incurrirán en responsabilidad disciplinaria si contravienen estas

disposiciones; el organismo de control que es el Consejo de la Judicatura, es el encargado de atender y recibir reclamos de carácter disciplinario por parte de quien se considere afectado por parte del notario, tomando las medidas necesarias como el inicio de un proceso sumario a fin de determinar si hay responsabilidad y sus consecuencias. González (2008) indica que:

La responsabilidad disciplinaria, o profesional, emerge por el incumplimiento de los notarios de los deberes de actuación funcional regulados en la legislación notarial, o por transgresiones a la ética profesional, o por infracción a los deberes corporativos; e incluso se consideran como faltas ciertos actos que conciernen a la vida privada del notario (p. 735).

Virviescas (2005), indica que “La responsabilidad disciplinaria no exige que se haya producido juicio por el acto del notario, pues solo surge por el hecho de que haya cometido una irregularidad en la prestación del servicio” (p. 197). En efecto, para incurrir en responsabilidad disciplinaria no es necesaria la intervención judicial, como se ha manifestado el órgano encargado de dar trámite a estos imprevistos es el Consejo de la Judicatura, claro está que de determinarse que la actuación del notario generó daños sujetos a reparación se acudirá a la vía judicial para su cálculo y ejecución. Virviescas (2005) señala los tipos de sanciones a aplicarse al notario:

1. Destitución: para el caso de faltas gravísimas realizadas con dolo o culpa gravísima; 2. Suspensión en el ejercicio del cargo: para las faltas graves realizadas con dolo o culpa y las gravísimas diferentes a las anteriores; y, 3. Multa: para las faltas leves dolosas (pp. 210-211).

Para poder determinar el tipo de sanción a aplicarse se debe analizar el trasfondo de la actividad del notario ante el hecho que se le imputa de manera específica para cada caso. La destitución es la penalidad de carácter profesional con mayor impacto para el funcionario, esto sin perjuicio de las acciones legales que se toman en su contra. Si hay dolo, hay una intención de causar un perjuicio, este no se presume, la parte afectada deberá determinar su existencia. Si hay culpa, esta

puede ser grave, leve y levísima, que de igual manera no se presume, debe probarlo la parte afectada. Alicia Fernández (Fernández), señala que:

Esta responsabilidad tiene por objeto mantener el orden interno de la función, reprimiendo las faltas a los deberes que ella impone. La responsabilidad disciplinaria del escribano es la del agente que resulta obligado como consecuencia de violar aquellos deberes que tienen por objeto guardar el orden interno del servicio, inherentes a la propia organización profesional (p. 10).

El Estado tiene el deber de garantizar a la ciudadanía seguridad jurídica en todos los ámbitos del desenvolvimiento social, es por esto que a través de sus organismos debe brindar las facilidades para la ejecución de los negocios jurídicos que desea ejecutar. La figura del notario existe por cuanto la sociedad necesita de un funcionario que brinde seguridad a sus relaciones jurídicas, ayudando de esta manera a mantener el orden social y la seguridad jurídica. Por lo tanto el notario debe mantener su postura como agente imparcial cuya actuación goza de legitimidad por la fe pública de la que se encuentra investido, más no generar inseguridad, vulnerando la normativa vigente del país. Gattari (2011), define la responsabilidad disciplinaria como:

Aquella en que incurre el notario, cuando por infringir normas profesionales, éticas y deontológicas produce daños que la ley o el cuerpo castigan para mantener el orden exterior e interior, y la imagen ideal del oficial público, del servicio y del cuerpo. El sujeto pasivo es el notario; se infringen normas que las leyes especiales instituyen para sus regidos, las cuales, como las éticas, pueden surgir de la ley, reglamentos, disposiciones colegiales y de las experiencias de la jurisprudencia de los órganos disciplinarios. De lo anterior podemos definir que la responsabilidad disciplinaria tiene lugar cuando hay incumplimiento por parte del notario de normas profesionales, éticas y deontológicas, la cuales están impuestas por la ley que la reglamenta y por las resoluciones que se dicten para el mejor desenvolvimiento de la función notarial (pp. 263-264).

Responsabilidad Fiscal. El notario no recibe una remuneración por parte del Estado, sin embargo, los fondos recaudados resultantes luego del pago de obligaciones como empleador y de la parte que no es de participación del Estado,

por la prestación de sus servicios son considerados fondos públicos y cada mes deben cumplir con un aporte al Estado conforme lo establece el Código Orgánico de la Función Judicial. Así mismo, al ser el notario responsable con sus empleados de manera personal, adquiere obligaciones de empleador, obligándose con instituciones como el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Virviescas (2005) señala que en cuanto a la responsabilidad fiscal o tributaria, el notario tiene una doble responsabilidad:

1. De sujeto pasivo de los diferentes impuestos, tasas y contribuciones, como cualquier persona vinculada con el país, el departamento y la ciudad correspondiente, y 2. Como colaborador del Estado en gestiones de recolector o retenedor de impuestos (p. 216).

El notario público debe realizar sus declaraciones al Servicio de Rentas Internas como cualquier persona natural, esto sin vinculación con el ejercicio de la profesión sino más bien como cualquier ciudadano que debe declarar sus ingresos y gastos. En el ejercicio de sus funciones, la Ley Notarial señala que el notario debe verificar que se cumplan con todas las obligaciones de carácter fiscal respecto a los contratos que se celebren en su despacho, es decir, todos los impuestos deben ser liquidados y pagados para poder celebrar contratos, inclusive se autoriza al notario para recaudar estos valores y realizar los pagos de manera personal a fin de garantizar su cumplimiento. Fernández (s.f) al respecto señala que:

Con esta responsabilidad se trata de asegurar la eficacia de la colaboración notarial, en la percepción de los impuestos. Así mismo indica que el escribano se halla sometido a deberes y obligaciones fiscales, determinados por las leyes impositivas, que configuran sanciones, a veces demasiado severas (p. 10).

El notario debe velar por el pago íntegro de los impuestos requeridos para la ejecución de los diferentes actos y contratos a celebrarse. La responsabilidad notarial, por omisión e infracción a sus deberes fiscales no solo alcanza al campo patrimonial; es decir, no solo se trata de los impuestos o tasas que se debieran aplicar en el acto en que intervino el notario, así como las multas que la ley sanciona a esa obligación incumplida; sino que puede afectarle profesionalmente, siendo

susceptible de remoción o suspensión de sus funciones, por infracción a sus deberes profesionales. Bernal, (2013), señala lo siguiente:

La Ley Notarial Ecuatoriana establece que los impuestos a pagarse no son de obligación directa del Notario, sino de los usuarios del servicio notarial, la responsabilidad del Notario radica en la exactitud de la determinación legal del valor de los mismos, de acuerdo a la cuantía del acto o contrato que las partes realicen; y sobre todo, en exigir su cumplimiento (p. 258)

Responsabilidad Laboral. El notario público, entre las responsabilidades que le toca asumir como si se tratase de un empleado privado es en la contratación de su personal, el Código Orgánico de la Función Judicial establece que “Quienes presten sus servicios en las notarías serán trabajadores dependientes de la notaria o el notario, sujetos al Código del Trabajo” (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009). Según Virviescas (2005), “Aquellos notarios que tienen la calidad de empleadores o patronos, asumen deberes y obligaciones de carácter laboral para con sus trabajadores en la notaría” (p. 217).

El notario asume todas las responsabilidades de un empleador privado para con sus empleados, debe pagar remuneraciones, décimos, afiliación y demás beneficios de ley. Así mismo, en caso de salir un empleado deberá liquidarlo conforme lo establece el Código de Trabajo. Esta responsabilidad genera una gran carga de manera personal para el notario, ya que mantener y cumplir con las obligaciones laborales de un ciudadano puede ser un gasto representativo para el notario y como su remuneración depende de sus ingresos debe limitarse al momento de contratar, pudiendo el empleado tener una sobrecarga laboral por no contar con el apoyo del Estado para la contratación pública en las notarías.

Responsabilidad Civil. González (2008) señala que el notario incurre en responsabilidad de tipo civil “cuando la intervención del notario causa daño a los usuarios en virtud al incumplimiento de alguno de los deberes señalados en la ley, y siempre que exista relación de causalidad entre el daño y el incumplimiento del deber” (p.737). Para incurrir en responsabilidad civil el notario debe actuar con impericia o culpa en el ejercicio de sus funciones, generando algún tipo de perjuicio a los ciudadanos que requieren sus servicios. Virviescas (2005), manifiesta en cuanto a la responsabilidad civil lo siguiente:

Cuando el notario ejerce su tarea tendrá las precauciones necesarias para que con su actividad no se violen reglas legales que por su inobservancia vayan a causar daños o perjuicios a los propios usuarios o a terceros, porque ello lo podría involucrar en un proceso de carácter civil cuya demanda se le exija el resarcimiento de los perjuicios ocasionados con su desatino profesional (p. 199).

Es de suma importancia que el notario actúe con la debida diligencia y prudencia en el ejercicio de su actividad, debe tener un pleno conocimiento de la normativa que rige respecto de los diferentes actos y contratos que se celebran ante su autoridad. En caso de incurrir en responsabilidad civil esto implica la obligación de reparar el perjuicio causado a un sujeto de derecho. Fuera de las acciones que se pueda seguir para reparar daños y perjuicios. El notario debe evitar contratiempos, preparando y capacitando a sus colaboradores y a su notario suplente también porque los errores de sus dependientes también generan responsabilidad al notario. Gattari (2011), señala que:

En la XXVI Jornada Notarial Bonaerense, Tandil se define la responsabilidad civil como aquella en la que, el notario, faltando a los deberes propios de su actividad, incumpliére obligaciones que tengan origen convencional o legal por acción u omisión, culposa o dolosa, productora de un daño que le sea imputable según las reglas de la causalidad (p.244).

El notario responde en todos sus actos de ejercicio por los vicios extrínsecos, o de forma, que puedan provocar nulidades o anulabilidades y por los vicios extrínsecos, conectados con el asesoramiento funcional. Cabe distinguir entre asesoramiento y consejo. Asesoramiento se pide al notario como tal; el consejo lo ofrece el notario como persona. En consecuencia, es lícito responsabilizarlo por el asesoramiento técnico, si es que las partes fueron inducidas por él a seguir uno de varios caminos, pero no si ellas eligieron camino equivocado, a pesar de las advertencias. Más no puede responsabilizárselo por el consejo.

Responsabilidad Contractual. El lazo que se establece entre el notario y el cliente, hace nacer una relación contractual. Se solicita de él la concreción de un trabajo, aparece allí la denominada obligación de resultado, la obligación de concluir la actividad requerida. Puede que lo solicitado por el cliente sea solo la utilización de un servicio, en razón de la seriedad que su investidura le sugiere: tal

es el caso de dejar en la escribanía sumas en depósito, encargar el diligenciamiento de algún trámite, o simplemente pedir un asesoramiento, un consejo para la solución de un problema. En este caso la relación no deja de ser contractual, en ningún momento; cumplido con el cometido se cumplió con el contrato, que entre ellos existía (Fernández).

Aparece el segundo de los supuestos, cuando el fin del contrato significa tramitar y otorgar una escritura pública, donde de por sí y por el solo hecho de la firma de la misma y su autorización por parte del escribano, hace nacer otros tipos de responsabilidades. Concluye indicando que la relación con los particulares siempre será contractual y la relación con el Estado da origen a responsabilidad fiscal, disciplinaria y civil extracontractual. El aspecto contractual precisamente deriva del carácter de profesional del derecho del notario, que es lo que lo diferencia del notario sajón y aun del administrativo. Luego no se podría admitir que, siendo dicho carácter la esencia de la función en ámbito entroncado con el antiguo tabelión romano, cuya característica es el asesoramiento, al que se sobreañadió la fe pública durante la Edad Media, su responsabilidad no sea otra cosa que contractual (Virviescas, 2005).

La responsabilidad es contractual si el notario actúa como profesional del derecho. Gattari (2019), se suma a quienes piensan que la responsabilidad civil del notario es contractual. Tamayo (2015), indica respecto de la responsabilidad contractual que según este planteamiento entre el notario y quienes concurren a solicitar sus servicios existe un contrato desde el momento en que el primero accede a su prestación a la cual está obligado, ya que no puede negarse a ello, sino cuando la ley se lo permita.

La responsabilidad entre el notario y el requirente es contractual. La doctrina no es unánime respecto a la naturaleza de este contrato por el cual el notario se obliga a completar la tarea encomendada y el requirente a pagar como contraprestación los honorarios correspondientes. Para algunos se trata de un mandato; para otro es una locación de servicios, y finalmente hay quienes consideran que el notario y el recurrente están ligados por una locación de obra intelectual. Quien pretenda que la responsabilidad sea de tipo contractual, tiene la carga de probar la existencia de un contrato de tipo determinado (Urrutia, 2015).

En este tipo de responsabilidad existen dos clases de indemnización: la compensatoria que equivale a la obligación principal y la moratoria, cuando corresponde únicamente a los perjuicios ocasionados por la mora.

Responsabilidad Extracontractual. La ley Notarial Peruana, en su artículo 16-c, establece que el notario está obligado a prestar sus servicios profesionales a cuantas personas se lo requieran. Se trata, evidentemente, de un servicio público obligatorio y continuo en beneficio de la comunidad, si bien ejercido por un particular. Siendo ello así, y al no existir libertad de contratar entre el usuario y el notario, pues este se encuentra obligado a realizar el servicio, entonces se colige que estamos ante obligaciones de carácter legal y no convencional, por lo que nos inclinamos a pensar que la responsabilidad civil del notario será siempre de carácter extracontractual (Gonzales, 2008).

Solimena y Chironi señalan que la responsabilidad solo puede ser extracontractual, ya que existe una relación obligatoria entre notario y cliente, fundada en la ley. Los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual del notario son: a) La existencia de un incumplimiento del deber; b) La culpa o dolo; c) El daño sufrido, y d) La relación de causa adecuada entre el daño y el evento. Para quienes definen al notario como funcionario público la responsabilidad civil, en el ejercicio de su función fedante, es siempre extracontractual y responde el Estado (Virviescas, 2005).

La relación del notario con el Estado es de derecho público y extracontractual. La relación del notario con el requirente es extracontractual cuando aquel ejerce su actividad de dar fe. Si bien la ley autoriza la inserción de cláusulas limitativas de las responsabilidades por culpa, estas solamente serán viables en tanto no se vulnere el interés público ínsito en la función notarial. Tamayo (2015), indica respecto de la responsabilidad extracontractual o aquiliana, que el notariado es un servicio público, la responsabilidad del notario podría asimilarse a la del funcionario público y por lo mismo la responsabilidad en que incurran es extracontractual y compromete al Estado. En general, hay consenso en la doctrina al considerar que el daño que el notario cause a terceros, no usuarios del servicio, se ubica en el campo de la responsabilidad extracontractual. La responsabilidad extracontractual, siempre que la labor del notario se haga limitada

a la esfera de sus deberes como funcionario. Se presume primeramente la responsabilidad extracontractual del notario (Urrutia, 2015).

Derecho de repetición contra el Notario. El notario público responde ante una serie de factores que pueden surgir en sus actividades diarias en el ejercicio de su profesión, sin embargo, a pesar de tener una ley especial para su función, que es la Ley Notarial, no hay un catálogo de acciones consideradas contrarias a la normativa que debe seguir cada notario. Existen sanciones, más no están claramente determinadas en la ley las causales de responsabilidad notarial, obligando a los funcionarios a acudir a otras leyes para su procedimiento. Pizarro (2016), indica que “Solo un sistema que consagre un régimen adecuado y estricto de responsabilidad del funcionario público es compatible y coherente con el objetivo de garantizar la mayor calidad del servicio” (p. 363).

La actividad notarial tiene un vacío en cuanto al procedimiento de las diversas atribuciones que le ha dado el legislador, por lo que deben remitir su actuación a leyes supletorias para poder ejecutar su actividad conforme a derecho. Su actuación debe siempre remitirse a la Ley y no puede de ninguna manera utilizar criterios subjetivos o suposiciones para el ejercicio de su profesión ya que puede caer en faltas en su actividad. Al respecto Pizarro (2016), indica que “era menester el cumplimiento irregular de las obligaciones legales por parte del funcionario, que éste hubiese actuado en el ejercicio de la función, que haya dañado, relación causal adecuada y factor de atribución” (p. 363).

El autor recalca la importancia del nexo de causalidad que debe existir entre la actuación del notario y el daño causado. Como se ha manifestado hay causales de extinción de responsabilidad, que libran al notario de la reparación de los daños. La propuesta de la presente investigación es que en casos de responsabilidad el Estado tengo un papel activo en cuanto a su seguimiento y reparación. Se debería demandar no al notario como persona natural, sino más bien al Consejo de la Judicatura que es el órgano de control, y luego el Estado repetir contra el notario implicado. Pizarro (2016), indica lo siguiente:

Cuando el funcionario público comete un daño en ejercicio, con motivo o en ocasión de sus funciones, pueden surgir distintas responsabilidades según los casos.

- 1) Si el daño es causado por el funcionario actuando de modo regular, o sea, sin incumplir con sus obligaciones legales, solo el Estado es responsable.
- 2) Si el menoscabo es causado por el obrar irregular del funcionario, en análogas circunstancias, ambos responden concurrentemente frente a la víctima, sin perjuicio de las acciones de regreso que puedan corresponder.
- 3) Si el daño es causado por el funcionario, actuando fuera del ejercicio de la función encomendada o, lo que es igual, cuando el menoscabo no es producido en ejercicio, con motivo o en ocasión de las funciones, sólo aquel responde a título personal (pp. 381-382).

Esta determinación de a quien le corresponde responder es lo que debería aplicarse en la legislación ecuatoriana y en todos los países donde funcione el sistema de notariado latino. Tampoco se busca que al notario se lo libere de una carga de responsabilidad directa abriendo camino a actos de corrupción, el notario como funcionario público debe dar una buena impresión de su actividad y brindar seguridad jurídica a los actos y contratos celebrados. No se pretende deslindar de responsabilidad al notario, sino que el Estado participe no solo como órgano de control y recaudador sino también en casos de responsabilidad así sea respondiendo junto con el notario de manera parcial. En caso de determinarse efectivamente la responsabilidad del notario en un caso concreto, se debe reparar el daño fuera de la posibilidad de ser demandado por daños y perjuicios adicionales. Pizarro (2016), define la responsabilidad de la siguiente manera:

La reparación constituye, desde una perspectiva netamente jurídica, el restablecimiento del equilibrio preexistente alterado por el daño y, al mismo tiempo, una exigencia de estricta justicia y de equidad. Mediante ella se procura reponer al damnificado en la situación en la que se encontraba antes del hecho dañoso, en cuanto sea posible, desmantelando de tal modo los efectos pasados, presentes y futuros del ilícito (p. 393).

La finalidad de la reparación es completar el vacío que ha causado el daño, es decir resarcir el daño. En la actualidad, el tema de reparación es objeto de constantes abusos por parte de quienes lo solicitan. La reparación debe ir al mismo

nivel del estado del bien o derecho tal como estaba antes de verse afectado, cualquier sobrevaloración subjetiva va en contra de la seguridad jurídica. Se debe velar por los derechos tanto de la ciudadanía como la de los funcionarios públicos y el Estado en general. Abogados faltos de probidad y ética han hecho de la petición de reparación de daños y perjuicios una fuente de ingresos como cualquier otra, dejando de manera subjetiva su cálculo.

El deber de reparación de un daño o perjuicio debe ser exigible en cualquier situación y por quien se haya realizado, sea un funcionario privado o funcionario público, ya que de esta manera se garantizan los derechos y principios que la Constitución de la República consagra a favor de toda la ciudadanía, sin distinción alguna. Pizarro (2016), señala que “La responsabilidad del funcionario público aparece, de tal modo, también como un instrumento eficaz de control del poder y del buen funcionamiento de los servicios públicos, con lo cual se satisface el principio constitucional de eficacia” (p. 345).

Si bien en la práctica el notario público ejerce su profesión en nombre propio, el servicio brindado es público y basándonos en la normativa tiene la calificación de funcionario público, por lo tanto en casos de responsabilidad por su actuación el Estado debe tener una participación, al menos un tipo de corresponsabilidad. El notario tiene una carga de responsabilidad que supera la de un funcionario público tradicional, ya que debe responder por sus actos y por los de su personal y notario suplente, personas que deberían tener la calidad de funcionarios bajo relación de dependencia del Estado, quien debería asumir así mismo su remuneración, ya que se cae en una contradicción de lo que establece la ley y lo que se hace en la práctica. Tamayo (2015), indica que:

Hay quienes sostienen que el Estado es responsable del perjuicio que cause el notario en ejercicio de sus funciones. Los sostenedores de esta tesis la fundamentan en diversos criterios, unos consideran que el notario es funcionario público; otros, por cuanto entienden que si bien el notario no es funcionario, sí está encargado de un servicio público a cargo del Estado, servicio que el Estado ha delegado en el notario (p. 214).

Metodología

Enfoque de Investigación cualitativa. El presente trabajo analiza la problemática planteada desde un punto de vista cualitativo, mediante el análisis de las consecuencias jurídicas de la falta de determinación de las actuaciones por las cuales el notario incurriría en casos de responsabilidad y la influencia que tiene este vacío legal al momento de iniciar acciones y exigir reparaciones en casos de responsabilidad notarial. Así mismo, se busca determinar que el Estado debe tener una participación activa en temas de reparación en los casos de responsabilidad notarial, por cuanto de conformidad con la normativa vigente el notario es considerado funcionario público en Ecuador.

Alcance de la investigación. El alcance de la investigación realizada en el presente trabajo es de carácter exploratorio, descriptivo y explicativo, las cuales se analizarán a continuación. Es de carácter exploratorio por cuanto se ha realizado un análisis doctrinal respecto a la actividad notarial y la responsabilidad del Estado frente a la actuación del notario que constituyen el objeto y campo de estudio a analizar, determinando los tipos de responsabilidad en los que puede incurrir el notario y los casos en que debería participar el Estado. Analizando el vacío legal e incluso la discusión doctrinaria existente respecto a la categorización del notario como funcionario público o privado y la falta de determinación de los actos considerados como faltas en el ámbito notarial. Para analizar estos aspectos se ha recurrido a doctrina de varios autores a fin de poder realizar un análisis comparativo de las diferentes posiciones doctrinarias respecto al tema.

El carácter de descriptivo del presente trabajo conlleva la caracterización de todos los instrumentos de estudio, en la presente investigación se ha recurrido a un análisis documental y doctrinario respecto a la calidad del notario como funcionario público y la responsabilidad del Estado frente a la actuación del notario. Todo esto, con el fin de crear una armonía entre los recursos obtenidos en la presente investigación, a fin de poder concluir con una premisa que pueda ser materializada en la práctica, de tal manera que sea una propuesta posible de alcanzar, a fin de mejorar la problemática analizada en el presente trabajo.

Finalmente, el alcance explicativo de la presente investigación está presente en los diferentes argumentos personales y capacidad de síntesis utilizado por la autora. Este análisis realizado se realiza tomando en cuenta todos los aspectos y

medios utilizados en el desarrollo de la presente investigación, para poder realizar comparaciones y llegar a conclusiones coherentes. Es fundamental el análisis comparativo de las diferentes doctrinas y legislaciones porque de esta manera podemos recurrir a soluciones que han rendido frutos en otros países y aplicarlo de manera progresiva en nuestra sociedad.

Categorías, dimensiones, instrumentos y unidades de análisis.

Tabla 1

Métodos empíricos

Categorías	Dimensiones	Instrumentos	Unidades de análisis
La actividad Notarial	Responsabilidad del Estado frente a la actuación del notario	Análisis documental	Constitución de la República del Ecuador artículos 11 numeral 9, 199 y 200. Ley Notarial artículos 6, 22, 44, 20 numerales 3 y 4 y 46 Código Orgánico de la Función Judicial artículos 38. 296, 301A, 304 y 33. Código Orgánico General de Procesos

		Derecho Comparado	COGEP artículo 214 Argentina y Chile
--	--	-------------------	---

Criterios éticos de la investigación. La presente investigación que como ya se mencionó es de carácter cualitativo, se realiza conforme a los criterios éticos de la investigación. Esto significa que la misma se ha realizado conforme a criterios y conclusiones de su autora, tomando como base el análisis documental y doctrinario. Se han aplicado criterios éticos, evitando atribuirse créditos respecto de pensamientos o conclusiones de otros autores, realizando las respectivas referencias y citas correspondientes. Los fines a alcanzar en la presente investigación van dirigidos a la propuesta de un cambio en beneficio del ejercicio de la actividad notarial, sin perjudicar a ningún funcionario, institución u órgano estatal.

Resultados

En la presente investigación se ha realizado un análisis documental de diferentes cuerpos legales respecto a temas de la actividad notarial y la responsabilidad del Estado frente a la actividad notarial que constituyen el objeto y campo del presente instrumento. A continuación se numerarán los artículos estudiados en la legislación ecuatoriana.

Constitución de la República del Ecuador artículos 11 numeral 9, 199 y 200.

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... (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

La Constitución de la República contiene todos los derechos a los que puede acceder la ciudadanía siempre que se encuentre cumpliendo sus obligaciones en orden de mantener una estabilidad y evitar conflictos entre particulares. El Estado está obligado a respetar y hacer cumplir todas las garantías contempladas en la ley; en casos de que la falta provenga de un funcionario público el Estado es el encargado de dar la cara frente a esta situación, reparando para luego repetir contra el funcionario, todo sin dejar de lado la posibilidad de que el funcionario público tenga que responder de manera personal si su actuación encuadra en temas de responsabilidad civil, penal o de otra materia.

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 (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

La Constitución de la república, califica como público al servicio notarial, más no al funcionario en sí. Es por esto que es un servidor público. Así mismo, el dinero que recauda el notario en el ejercicio de su actividad es considerado público, por provenir de la contraprestación del servicio público y cada mes el notario debe otorgar al Estado un porcentaje de los ingresos recaudados al Consejo de la Judicatura. El notario es responsable de la recaudación y declaración de los valores

obtenidos en el ejercicio de sus funciones, ya que de dar declaraciones falsas al respecto estaría cometiendo un delito contra el Estado.

Art. 200.- Las notarias y notarios son depositarios de la fe pública; serán nombrados por el Consejo de la Judicatura previo concurso público de oposición y méritos, sometido a impugnación y control social. Para ser notaria o notario se requerirá tener título de tercer nivel en Derecho legalmente reconocido en el país, y haber ejercido con probidad notoria la profesión de abogada o abogado por un lapso no menor de tres años. Las notarias y notarios permanecerán en sus funciones seis años y podrán ser reelegidos por una sola vez. La ley establecerá los estándares de rendimiento y las causales para su destitución (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Se reitera el concepto de notario en el sentido de ser un depositario de fe pública, más no un funcionario público determinado. Los aspirantes a notario son sometidos a concurso de mérito y oposición para la obtención del cargo; una vez elegidos se someten a los lineamientos y controles del órgano controlador que es el Consejo de la Judicatura, en cuestiones disciplinarias, económicas y procedimentales.

Ley Notarial artículos 6, 22, 44, 20 numerales 3 y 4 y 46.

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 (Ley Notarial, 1966).

En las distintas definiciones de notario otorgadas por los diferentes cuerpos legales se califica al notario cómo un funcionario cuya capacidad de otorgar fe pública es otorgada por el Estado. La corriente de la legislación ecuatoriana califica al notario como un servidor público, por lo que en el análisis de la responsabilidad notarial que es objeto del presente trabajo de investigación se debe considerar la participación activa del Estado al momento de presentarse un caso específico demandando la responsabilidad civil del notario.

Art. 22.- Los protocolos se forman anualmente con las escrituras matrices y los documentos públicos o privados que el notario autoriza e incorpora por mandato de la Ley o por orden de autoridad competente o a petición de los interesados.

Los protocolos pertenecen al Estado. Los notarios los conservarán en su poder como archiveros de los mismos y bajo su responsabilidad (Ley Notarial, 1966).

El caso del archivo notarial, que se conforma por los libros de arrendamiento, protocolo, diligencias y otros son responsabilidad del notario que lleva a cargo la representación de la notaría en el ejercicio de sus funciones. Pese a que este archivo es propiedad del Estado por tratarse de documentos públicos su cuidado y conservación es responsabilidad del notario, quien podrá otorgar las copias que le soliciten a petición de parte, salvo excepciones puntuales que la ley determina.

Art. 44.- La infracción de los ordinales 3 y 4 del Art. 20 determina la nulidad de la escritura y el notario será destituido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales a que hubiere lugar (Ley Notarial, 1966).

En caso de no cumplir con los lineamientos que la ley establece para el ejercicio de un cargo, la autoridad competente tiene la potestad de retirar de su cargo a dicho funcionario. El ejercicio de la actividad notarial tiene un órgano de control que es el Consejo de la Judicatura, ente al que debe rendir cuentas de su actividad e ingresos. En caso de incurrir el notario en faltas disciplinarias o contrarias a la ley se inicia un sumario en su contra para proceder con las penalidades del caso o hasta la destitución del mismo. Todo esto, sin perjuicio de los procesos civiles o penales que los afectados pueden iniciar en contra del notario.

Art. 20.- Se prohíbe a los Notarios:

3.- Autorizar escrituras de personas incapaces, sin los requisitos legales; o en que tengan interés directo los mismos notarios, o en que intervengan como parte su cónyuge o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad;

4.- Otorgar, a sabiendas, escrituras simuladas;... (Ley Notarial, 1966).

La referencia que hace el artículo 34 respecto a una causal de nulidad de escritura, es decir, declarar inválido el acto o contrato contenido en la escritura pública celebrada ante el notario; se refiere al deber del notario de analizar capacidad, libertad y conocimiento de las partes que ante él concurren y abstenerse de celebrar escrituras a parientes consanguíneos o de afinidad según los grados estipulados en la ley. Así mismo, debe abstenerse de celebrar actos o contratos de carácter simulado, es decir, que no buscan cumplir con la naturaleza del contrato a celebrarse, sino que son actos escondidos detrás del formalismo de la escritura pública pero con otro tipo de finalidad.

Art. 46.- La omisión de la formalidad establecida en el Art. 25 para los testamentos cerrados será penada con la destitución del notario quien además será responsable de los perjuicios (Ley Notarial, 1966).

Hay determinados actos o contratos que la ley ampara que se realicen bajo reserva de su contenido, es decir que nadie conocerá que contiene sino solo la persona que lo ha elaborado. El ejemplo más representativo es el testamento cerrado, cuyo contenido solo lo conoce el testador, sin embargo, por el hecho de tratarse de un documento reservado no significa que pierda el beneficio que la ley le otorga de ser solemnizado. En este caso particular, el notario no puede negarse a darle validez y legitimidad a este tipo de actos por medio de la fe pública de la que se encuentra investido, es así que debe incorporar en su protocolo la portada del mismo, dejando constancia de su existencia y legitimidad. En caso de negarse incurrirá en responsabilidad, teniendo que responder incluso por daños y perjuicios.

Código Orgánico de la Función Judicial artículos 38. 296, 301A, 304 y 33.

Art. 38.- CONFORMACION DE LA FUNCION JUDICIAL.-
Integran la Función Judicial y se denominan, en general, servidores de la Función Judicial:

5. Las notarias 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, (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009).

Art. 296.- NOTARIADO.- El Notariado es un órgano auxiliar de la Función Judicial y el servicio notarial consiste en el desempeño de una función pública que la realizan las notarias y los notarios, quienes son funcionarios investidos de fe pública para autorizar, a requerimiento de parte, los actos, contratos y documentos determinados en las leyes y dar fe de la existencia de los hechos que ocurran en su presencia. 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 (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009).

El notariado forma parte de los órganos que conforman la función judicial con carácter de órgano auxiliar. Las atribuciones otorgadas al notario a lo largo de la historia han permitido quitar carga procesal a los jueces que debían conocer tanto cuestiones contenciosas como voluntarias. Se les ha atribuido a los notarios una serie de atribuciones exclusivas que conllevan dar trámite a asuntos no contenciosos o de los llamados casos de jurisdicción voluntaria, lo cual permite mayor celeridad al momento de resolver trámites solicitados de manera voluntaria por parte de la ciudadanía.

Art. 301A.- Notarias y notarios suplentes.- Cada notaria o notario titular contará con una o un notario suplente, quien debe reunir los mismos requisitos que el titular y lo reemplazará en casos de ausencia temporal. Para el efecto, la notaria o notario titular remitirá a la Dirección Provincial del Consejo de la Judicatura el nombre de

su notaria o notario suplente, que no podrá ser su cónyuge o conviviente o pariente hasta el segundo grado de consanguinidad ni primero de afinidad, y los documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos. La falsedad de los documentos o información remitida ocasionará la destitución de la notaria o notario titular.

La notaria o notario titular será solidariamente responsable civil y administrativamente por las actuaciones de la notaria o notario suplente en el ejercicio de sus funciones.

En ningún caso, la notaria o notario suplente reemplazará al titular cuando la ausencia se deba por suspensión o destitución de la notaria o notario titular como consecuencia de una acción disciplinaria (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009).

El notario no responde únicamente por sus actos, también es responsable de los actos realizados por sus dependientes o empleados y por su notario suplente. La elección del personal y notario suplente queda a total discreción del notario, quien deberá escoger trabajar preferentemente con gente de su confianza ya que por las faltas que cometan responderá directamente el notario.

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

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

El Estado recibirá, según lo determinado en el siguiente esquema, un porcentaje del ingreso bruto percibido por la notaria o notario (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009).

El notario pese a ser considerado funcionario público por la legislación ecuatoriana, debe asumir muchas cuestiones relacionadas con el ejercicio de sus funciones de manera personal. El notario debe adecuar la oficina donde va a funcionar su despacho, debe contratar empleados a nombre propio ya que él es el único que responderá frente a cualquier falta. El Estado no reconoce estos gastos extraordinarios en los que debe incurrir el notario en el ejercicio de su cargo y de lo recaudado se destina un porcentaje al Consejo de la Judicatura sin tomar en cuenta deducciones por los factores antes detallados.

Art. 33.- REPETICION DE LO PAGADO POR EL ESTADO.- En los casos contemplados en el artículo anterior, el Estado ejercerá en forma inmediata el derecho de repetición contra las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades, administrativas, civiles y penales. De haber varios responsables, todos quedarán solidariamente obligados al reembolso del monto total pagado más los intereses legales desde la fecha del pago y las costas judiciales.

Una vez citada la demanda al Consejo de la Judicatura, éste pedirá al juzgado de la causa que se cuente como partes procesales con las servidoras o servidores que hayan intervenido en los actos que se alegan fueron violatorios de los derechos del perjudicado, y que se les cite en sus domicilios o en sus lugares de trabajo. Las servidoras o servidores tendrán las más amplias garantías para ejercer su derecho a la defensa, pero están en la obligación de comparecer a juicio y aportar toda la prueba de que dispongan a fin de demostrar que los actos que originaron los perjuicios no se debieron a dolo o negligencia suya, sino a caso fortuito o a fuerza mayor. No se admitirá como causa de justificación el error inexcusable ni la existencia de orden superior jerárquica.

Si en la sentencia ejecutoriada se declara que las servidoras o los servidores no han justificado su conducta, se dispondrá que el Estado pague la indemnización por daños y perjuicios y por daño moral, y que de inmediato el Consejo de la Judicatura inicie el procedimiento

coactivo contra las servidoras o los servidores responsables para el reembolso de lo que el Estado deba pagar al perjudicado (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009).

La autora de la presente investigación mantiene la convicción de que el Estado debería tener participación activa en casos de responsabilidad notarial. Si el notario es una fuente de ingresos públicos debería haber una responsabilidad compartida por parte del Estado, ejerciendo el derecho de repetición descrito en el artículo en mención. No se busca eximir al notario de responsabilidades, pero la carga que maneja el notario no está definida respecto a su carácter público o privado, por ende no se puede exigir al Estado su participación activa sin antes reformar la ley.

Código Orgánico General de Procesos COGEP artículo 214

Art. 214.- Documento público falso. Es documento falso aquel que contiene alguna suposición fraudulenta en perjuicio de tercero, por haberse contrahecho la escritura o la suscripción de alguno de los que se supone que la otorgaron o de los testigos o del notario por haberse suprimido, alterado o añadido algunas cláusulas o palabras en el cuerpo del instrumento, después de otorgado y en caso de que haya anticipado o postergado la fecha del otorgamiento.

La falta de declaración de la falsedad de un instrumento público no impedirá el ejercicio de la acción penal. Pero iniciado el enjuiciamiento civil para tal efecto, no se podrá promover proceso penal hasta la obtención de dicha declaración (Código Orgánico General de Procesos COGEP, 2015).

El notario puede incurrir en varios tipos de responsabilidad como se ha analizado en el presente trabajo, es así que la responsabilidad en caso de falsedad del instrumento público es de carácter penal, sin embargo indica el artículo que se puede acudir a la vía civil a que se declare falso el documento para posterior ejercer la acción penal pertinente o en su defecto, acudir directamente a esta vía. Esto sin perjuicio de la acción que se puede interponer para exigir indemnización por daños y perjuicios.

El notario en Argentina. En Argentina funciona de igual manera el sistema de notariado latino, es decir, que es un profesional del derecho que ejerce la profesión de notario y se lo considera funcionario público, por cuanto la potestad es otorgada por el Estado, su actividad es controlada por el Poder Ejecutivo y colegios de escribanos. Se considera que el hecho de poder dar fe pública es posible únicamente por la atribución otorgada por el Estado, por lo tanto es un representante del mismo. En temas de responsabilidad se dice que responde de manera contractual si los daños son irrogados a las partes que solicitan sus servicios y hay responsabilidad extracontractual si el daño es causado a terceros, siempre que los daños sean causados por faltas en el ejercicio de su profesión.

El notario en Chile. En Chile los notarios tienen un oficio público, por lo que depende del notario la búsqueda de su oficina y contratación de personal, por lo tanto son profesionales del derecho a cargo de un servicio público. El tema de responsabilidad notarial en Chile es un ámbito no reglado tal como en nuestro país, deben remitirse a otras leyes para la determinación de la responsabilidad de los notarios en Chile. Por lo que al igual que en Argentina se aplica la responsabilidad contractual y extracontractual. El Notario Chileno debe rendir una fianza para responder en caso de multas, costas e indemnizaciones.

Discusión

La situación del notario respecto a la calificación como funcionario público o privado ha sido objeto de análisis a nivel de doctrina desde el surgimiento de esta figura y en la actualidad aún no se llega a un consenso al respecto. En el Ecuador el Notario es un funcionario público, por cuanto el Código Orgánico de la Función Judicial ubica a la actividad notarial como un órgano auxiliar de la función judicial, por lo tanto son funcionarios públicos. Sin embargo, en la práctica no se lo trata como funcionario en todos los ámbitos que abarca el ejercicio de su profesión, empezando por su remuneración, la cual no depende del Estado, al contrario, el notario debe otorgar una participación mensual de lo recaudado al Estado.

Así mismo, las instalaciones donde funciona la notaría no son otorgadas por el Estado, el notario debe con su patrimonio propio pagar un alquiler y adquirir todos los equipos de oficina para el funcionamiento de su despacho notarial. El personal auxiliar del notario debe ser contratado a nombre del notario como persona

natural y deberá cumplir con todas las obligaciones de un empleador con su patrimonio personal. El notario suplente no debe pasar por un concurso público, el mismo es elegido por el notario titular y así mismo el tema de remuneración corre por cuenta del notario.

Pese a todas estas circunstancias donde el notario actúa como un funcionario privado que debe realizar una constante inversión para mantener en funcionamiento su oficina, el notario es un funcionario público ante el Estado. El dinero recaudado por concepto de servicios notariales se considera fondos públicos, “Es atribución del Consejo de la Judicatura establecer, modificar o suprimir mediante resolución las tasas por servicio notarial, fijar sus tarifas y regular sus cobros” (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009). Le corresponde a un órgano estatal establecer las tasas y regular su cobro, por lo tanto el notario rinde cuentas al Estado de manera mensual por el dinero recaudado en la prestación de su servicio.

Si el Estado no contribuye de ninguna manera al funcionamiento del despacho notarial, pero considera funcionario público al notario, debería tener una participación activa respecto a casos de responsabilidad que involucren al notario titular. Así como el Estado responde por faltas cometidas por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, aplicando luego el derecho de repetición contra el funcionario, debería aplicarse la misma regla con el notario público, ya que de igual manera le toca responder con su patrimonio propio ante cualquier caso de responsabilidad en su contra.

Del análisis de la doctrina y de los artículos vigentes en nuestra legislación que tratan la figura del notario, su calificación como funcionario público y el derecho de repetición, se puede establecer la posibilidad de que el Estado tenga una participación activa al momento de resarcir en los casos de responsabilidad notarial declarada. La Carta Magna señala que “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución” (Constitución de la República del Ecuador, 2008). Por lo tanto, el Estado debe tener participación activa en los casos donde se vean involucrados los funcionarios públicos o instituciones públicas, entre estos se encuentra situado el notario Ecuatoriano.

La XXVI Jornada Notarial Bonaerense, Tandil (1978), recomienda que el Estado provea al notariado de los medios idóneos para poder cumplir la función con la eficacia que caracteriza al cuerpo, específicamente con respecto a los sistemas recaudatorios de tributos. En la legislación argentina, el notario es un agente del fisco, obligado a percibir todos los tributos relacionados con los actos notariales, impuestos, tasas y contribuciones, por ser persona que participa en la formalización de actos u operaciones que las leyes especiales consideran como hecho imponible o servicios retributivos o beneficios (Gattari, 2011).

En Ecuador el notario no está obligado a recibir los tributos, solo debe verificar que se cumpla con la obligación de pagar los impuestos y tasas correspondientes al celebrarse un acto o contrato que así lo requiera, ya que puede incurrir en responsabilidad el notario y el Registrador de la Propiedad conforme lo establece el Código Orgánico Organización Territorial Autonomía Descentralización. Más la determinación y recaudación de los mismos le corresponde a la autoridad competente. En caso de dejar pasar por alto el pago de tributos el notario puede incurrir en un tema de responsabilidad por su negligencia o inobservancia. El Estado debe proveer a los notarios de las herramientas necesarias para el cumplimiento de las funciones y obligaciones que se les impone, la exigibilidad y la contribución debería ser de carácter igualitario.

La carga de responsabilidad que conlleva el ejercicio de la actividad notarial implica una mezcla entre obligaciones de funcionarios privados y públicos, ya que responde ante el Estado en determinados aspectos y responde de manera personal en otros. La participación del Estado en casos de responsabilidad notarial contribuiría al ejercicio de la seguridad jurídica plena ante situaciones de faltas o imprevistos por parte del funcionario a favor de la parte afectada. Los notarios deben comprometer su patrimonio ante estas situaciones, sin olvidar que lleva a la vez obligaciones de tipo patronal y de mantenimiento de la oficina donde ejerce sus funciones.

Propuesta

A pesar de no haber consenso doctrinal ni legal respecto al carácter de funcionario público o privado del notario, es necesario determinarlo de manera más clara en la ley, ya que a pesar de que luego del análisis normativo se puede concluir que el notario ecuatoriano es un funcionario público en la práctica no se lo trata como tal, generándose de esta manera una contradicción que puede vulnerar garantías y derechos tanto al funcionario como a los particulares en general. El Estado debería tener una participación activa en cuanto a los casos de responsabilidad notarial, no debe limitar su participación en el ejercicio de la actividad notarial como un ente de control y recaudador de fondos.

Con esta propuesta no se pretende deslindar a notario de su obligación de obrar conforme la ley manda, el juicio por reparación de un daño causado por mala práctica profesional por parte del notario busca sanear ese perjuicio tratando de mantener el estado en el que se encontraba ese bien material o inmaterial antes de producirse el daño, sin embargo, esta acción es sin perjuicio de las acciones civiles o penales en las que se puede demandar al notario a título personal. Los funcionarios en general deben obrar con rectitud y diligencia para evitar contratiempos que puedan poner en riesgo su integridad laboral y patrimonial.

Conclusiones

El ejercicio de la actividad notarial es aquella delegación por parte del Estado, a quien se le ha otorgado la Fe Pública, con la finalidad de otorgar seguridad jurídica y perfeccionamiento del tráfico jurídico. La discusión doctrinaria respecto al carácter de funcionario público del notario fue analizada, estableciendo que quienes están a favor de la corriente que opina que sí es funcionario se justifica manifestando que el notario es instrumento del Estado para brindar seguridad jurídica a los diferentes actos, y la fe pública comete su objetivo gracias a la potestad del Estado en el notario. Por otro lado quienes manifiestan que no es funcionario, indican que es un profesional del derecho que está ejerciendo su profesión y que tiene fe pública, más no dependencia con el Estado.

En Ecuador, como se prescribieron algunos artículos de nuestra legislación, si se encasilla al notario como servidor auxiliar de la función judicial y reconocen a la función notarial como una función pública. Sin embargo en la práctica, el notario es independiente, ya que por sus propios medios debe buscar oficina, personal, pagar salarios y pagar una contribución al Estado a través del órgano de control que es el Consejo de la Judicatura. La carga de responsabilidad del Notario es muy pesada, ya que al ser independientes deben contratar a su propio personal y a su notario suplente y como la fe pública es indelegable, este responde personalmente por las faltas de sus dependientes, por lo que debe actuar con mucha diligencia.

Se debería crear un organismo de control independiente para los notarios, que determine los tipos de responsabilidades tratados en el presente trabajo. La creación de un reglamento o manual que tipifique los casos en los que el notario incurriría en actuaciones que perjudiquen al público en general; librando de esta manera al notario de muchas cargas que no le deberían corresponder. Y en caso de verificarse un caso de responsabilidad, el Estado debe estar presente de manera activa y responder, luego ejerciendo el derecho de repetición contra el notario.

Recomendaciones

El notario al ser considerado funcionario público en Ecuador debe ser tratado como tal en todos los ámbitos que abarca el ejercicio de su profesión. No solo considerarlo como un agente recaudador de fondos públicos que debe rendir cuentas al Estado, sino brindándole todos los medios para el desenvolvimiento de su actividad notarial. Es decir que el Estado debería proveer al notario de instalaciones y personal para el ejercicio de su actividad.

De igual forma, los temas de responsabilidad notarial se encuentran en un campo abierto, debería delimitarse los casos de responsabilidad a través de una ley o reglamento para evitar abusos de derecho, ya que muchas veces los usuarios son lo que concurren ante el notario con mala fe y luego el afectado y quien responde con su patrimonio propio es el notario. Por lo tanto, si se lo considera funcionario público, el Estado debe responder en casos de resarcimiento por temas de responsabilidad notarial, para luego ejercer el derecho de repetición contra el notario.

Bibliografía

- Abeliuk, R. (2001). *Las Obligaciones*. Santiago de Chile: Ediar Editores Ltda.
- Abella, A. (2005). *Derecho Notarial, derecho documental, responsabilidad notarial*. Buenos Aires: Editorial Zavalia.
- Albán, M. (2010). *El Notario Y Sus Atribuciones*. Quito: Imprenta Riera.
- Alterini, J. (2012). *Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario*. Buenos Aires: Fondo Editorial de Derecho y Economía.
- Asamblea Nacional Constituyente. (1966). *Ley Notarial*. Registro Oficial 158.
- Asamblea nacional constituyente. (2008). *Constitucion de la Republica*. Montecristi: Registro Oficial 5465.
- Asamblea Nacional Constituyente. (2009). *Código Orgánico de la Función Judicial*. Registro Oficial Suplemento 544.
- Asociación de Escribanos del Uruguay. (2015). *Código de Ética*. Montevideo: Mastergraf SRL.
- Bernal, O. T. (2013). *Práctica Notarial y Registral*. Cuenca: Librería y Editorial Jurídica Carrión.
- Código Orgánico Integral Penal del Ecuador. (2014).
- Código Penal de la Nación Argentina*. (1984). Ley 11.179.
- Errazuriz, M. (1986). *Manual de Derecho Romano*. Santiago de Chile: Editorial Juridica de Chile.
- Fernández, A. (s.f.). Responsabilidad Notarial. *Ediciones de Revista NOTARIAL*, 8.
- Gattari, C. (2011). *Manual de Derecho Notarial*. Buenos Aires: AbeledoPerrot.

- Gomá, J. (2011). *Derecho Notarial*. Barcelona: Editorial Bosch S.A.
- Gonzales, G. (2008). *Introducción al Derecho Registral y Notarial*. Lima: Jurista Editoriales E.I.R.L.
- H. Congreso Nacional. (2005). *Código Civil*. Registro Oficial Suplemento 46.
- Helling, J. (2007). *La práctica del Derecho Notarial*. Mexico: McGraw-Hill.
- Jaramillo, F. (1988). *La Responsabilidad Civil derivada del ejercicio profesional del derecho*. Bogotá - Colombia.
- Nacional, H. C. (27 de Octubre de 1999). *Estatuto del Funcionario Público*. Recuperado el 03 de octubre de 2019, de http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_blv_ley_2027_sp.pdf
- Pérez, B. (1999). *Doctrina Notarial Internacional*. México: Porrúa.
- Pérez, L. (2008). *El Notario: Función Pública*. Sinaia: Viii Congreso De Los Notarios Públicos Rumania.
- Pérez, L. (2015). *Derecho Notarial De La Administración Pública*. Guayaquil: Universidad Católica Santiago de Guayaquil.
- Pina, R. d. (1980). *Diccionario de Derecho*. México: Ed. Porrúa.
- Pizarro, R. (2016). *Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*. Buenos Aires: Editorial Astrea SRL.
- Real Academia Española. (2019). *Diccionario del español jurídico*. Obtenido de <https://dej.rae.es/lema/fe-p%C3%BAblica>
- Reyes, V. (1990). *Derecho Notarial*. La Habana, Cuba: Pueblo Y Educación.
- Rodríguez, P. (1999). *Responsabilidad Extracontractual*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile.
- Romero, H. (2000). *Responsabilidad civil general y del notario*. Santa Fe de Bogotá: D.C. Colombia.

- Romero, H. (2000). *Responsabilidad civil general y del notario. Doctrina y jurisprudencia: Aspectos notariales y procesales*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.
- Sanahuja, J. (1945). Definiciones del Notario. *Revista hispanoamericana de cultura*, 21-22.
- Sanchez, F. (1994). *Fundamentos de Derecho Notarial*. México: Sista.
- Tamayo, J. (2015). *Tratado de Responsabilidad Civil*. Bogotá.
- Tarragón, E. (2011). *Derecho Notarial*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Uberos, B. (2006). *Derecho Notarial tomo I*. La Habana: Felix Varela.
- Urquiza & Asociados. (14 de marzo de 2014). *Aula Derecho*. Recuperado el 03 de octubre de 2019, de <https://auladerecho.blogspot.com/2014/03/diferencia-entre-el-derecho-notarial.html>
- Urrutia, C. (2015). *Derecho Notarial*. Puerto Rico: Ediciones SITUM.
- Vargas, L. (2006). *Práctica Forense Civi*. Quito: Pudeleco editores S.A.
- Virviescas, A. (2005). *Principios del Derecho Notarial*. Bogotá: Edición Nueva Jurídica.

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, Ivett Isabel Calle Prado, con C.C: # 0922641238 autora del trabajo de componente práctico de examen complejo: *Responsabilidad del Estado frente a la actividad notarial, derecho de repetición contra el notario*, previo a la obtención del título de **Magister en Derecho Mención Derecho 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 titulación 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 titulación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, 16 de enero de 2020

f. _____

Nombre: Ivett Isabel Calle Prado

C.C: 0922641238



REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE GRADUACIÓN

TÍTULO Y SUBTÍTULO:	Responsabilidad del Estado frente a la actividad notarial, derecho de repetición contra el notario.		
AUTOR(ES) (apellidos/nombres):	Ab. Calle Prado Ivett Isabel		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES) (apellidos/nombres):	Dra. María Isabel Nuques Martínez, PhD Dr. Francisco Obando Freire, Mgs		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
UNIDAD/FACULTAD:	Sistema de Posgrado		
MAESTRÍA/ESPECIALIDAD:	Maestría en Derecho Mención Derecho Notarial y Registral		
GRADO OBTENIDO:	Magíster en Derecho Mención Derecho Notarial y Registral		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	16 de enero del 2020	No. DE PÁGINAS:	52
ÁREAS TEMÁTICAS:	Derecho Notarial y Registral		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	Funcionario público, responsabilidad notarial, responsabilidad del Estado, derecho de repetición		
RESUMEN/ABSTRACT:			
<p>La actividad notarial en el Ecuador se encuentra situada dentro de la función judicial como órgano auxiliar, conforme lo establece el Código Orgánico de la Función Judicial. Al situar a los notarios dentro de la función judicial se les otorga la calificación de funcionarios públicos, a pesar de no ser considerados como tales en todos los aspectos que abordan la actividad notarial, entre estos aspectos, los casos de responsabilidad notarial. El notario público debe asumir de manera personal y responder con su patrimonio respecto de los casos donde se determina responsabilidad del notario por una falta en su actuación y el Estado no tiene ningún tipo de participación en estas causas. Luego de realizar un análisis doctrinario y normativo se determina que el notario en Ecuador es un funcionario público, al estar situado dentro de la función judicial y darle la atribución de conocer temas que carecen de conflicto, a pesar de que en la práctica corren por su cuenta las instalaciones, equipos y materiales de oficina y contratación de personal auxiliar para poder ejercer su actividad, inclusive la remuneración mensual del notario no depende del Estado, sin embargo, al brindar el notario un servicio público y ser generador de fondos públicos, además de ser regulado por el Consejo de la Judicatura que es el órgano de control se propone mediante el presente trabajo de investigación la posibilidad de que el Estado responda en los casos de faltas en el ejercicio notarial, con la posibilidad de repetir contra el notario involucrado.</p>			
ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO	
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: +593-993855272	E-mail: ivett2005_cp@hotmail.com	
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN:	Nombre: María Auxiliadora Blum Moarry		
	Teléfono: +593-969158429		
	E-mail: mariuxiblum@gmail.com		