

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**El régimen jurídico de responsabilidad aplicable a las
actuaciones del notario en Ecuador**

María Gabriela Vázquez Alcívar

Jurisprudencia

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito para la
obtención del título de Abogada

Quito, 20 de noviembre de 2022

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: María Gabriela Vázquez Alcívar

Código: 00208811

Cédula de identidad: 1726648155

Lugar y Fecha: Quito, 20 de noviembre de 2022

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETheses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone Project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETheses>.

EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD APLICABLE A LAS ACTUACIONES DEL NOTARIO EN ECUADOR¹

THE LIABILITY REGIME APPLICABLE TO THE NOTARY'S ACTIONS IN ECUADOR

María Gabriela Vázquez Alcívar ²
mgabriela.vazquez99@gmail.com

RESUMEN

El notario es un servidor de la Función Judicial quien no tiene un régimen jurídico de responsabilidad claro por el cual responder. Esta problemática causa confusión en el momento de la práctica, por lo que, el presente estudio propuso soluciones a ésta en base a varios tipos de métodos de investigación: explicativo, comparativo y deductivo. De acuerdo con el análisis que se hizo, se determinó que la responsabilidad civil por la que responde el notario tiene varias falencias ya que no atiende a la naturaleza y el ser del mismo; de igual forma se analizó otras vías para determinar responsabilidad patrimonial, sin embargo no atienden de manera correcta a la figura de responsabilidad. Por lo que, se determinó que es necesaria la creación de una regulación independiente que atienda a las necesidades de este servidor dentro del marco de sus funciones.

ABSTRACT

The notary is a servant of the Judicial Function who does not have a clear legal liability regime to answer for. This problem causes confusion at the time of practice, so the present study proposed solutions to this problem based on several types of research methods: explanatory, comparative and deductive. According to the analysis made, it was determined that the civil liability for which the notary is liable has several shortcomings since it does not attend to the nature and being of the notary; likewise, other ways to determine patrimonial liability were analyzed, however, they do not address the figure of liability correctly. Therefore, it was determined that it is necessary to create an independent regulation that meets the needs of this servant within the framework of his functions.

PALABRAS CLAVE

Notario, Derecho Notarial, responsabilidad civil, responsabilidad patrimonial, régimen de responsabilidad

KEY WORDS

Notary, Notarial Law, civil liability, patrimonial liability, liability regime

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogada. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Dunker Morales Vela.

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

SUMARIO

1.INTRODUCCIÓN. - 2. MARCO NORMATIVO. - 3. ESTADO DEL ARTE. - 4. MARCO TEÓRICO
5.- BREVE INTRODUCCIÓN AL DERECHO NOTARIAL. - 6. RÉGIMEN LEGAL DEL SERVICIO
PÚBLICO PARA DEFINIR LA NATURALEZA DEL CARGO DE NOTARIO. - 7.-RESPONSABILIDAD
CIVIL. - 8. RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y RESPONSABILIDAD
EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO. - 9. RESPONSABILIDAD PENAL. - 10. RESPONSABILIDAD
ADMINISTRATIVA. - 11. SEGURIDAD JURÍDICA. - 12. FUNCIÓN PREVENTIVA, SEGURIDAD
JURÍDICA Y CRÍTICA AL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD. - 13. CONCLUSIONES.

1. Introducción:

A lo largo de la historia, el notario siempre se ha posicionado como el responsable ya sea de redactar, salvaguardar y dar forma legal a las voluntades que acuden a él con este fin. Es por esto que su figura ha sido relevante y necesaria a tal punto que el Estado le confiere la potestad de otorgar fe pública a dichos documentos, en base a su conocimiento previo de la Ley.

Para Bécquer, “la necesidad de nombrar Notarios surge del incremento diario en la vida de los negocios, del tráfico jurídico, de las voluntades de las personas, que producen efectos jurídicos vinculantes. Cuando la expresión externa de los acuerdos de las personas se realiza mediante escrito se da nacimiento al documento denominado escritura pública.”³

El notario es un servidor público clave en la vida jurídica de las personas ya que les da certeza sobre todas las intervenciones que estos pudieran necesitar. Su función y responsabilidades han sido previstas por la ley de manera ambigua, e incluso, no se han dejado claros ciertos conceptos como la naturaleza de este, los alcances legales de sus actuaciones y el régimen de responsabilidad que poseen.

En este sentido, el Derecho Notarial ha sufrido varios cambios a lo largo del tiempo en base a las necesidades de las sociedades, por lo que la Ley que lo rige, se ha ido adaptando a las nuevas funciones que se le ha otorgado; sin embargo, como se

³ Flor Becquer Carvajal, *Práctica De Derecho Notarial Y Registral*, (Guayaquil: Editorial Edilex, 2007), 25

observará con posterioridad, no está claro un régimen específico de responsabilidad patrimonial que determine y prevea, verdaderamente, la naturaleza del mismo en conjunto con las situaciones que pueden darse en el ejercicio de la profesión; aquello es alarmante ya que esta situación está ocasionando varios niveles de inseguridad, no solo para quienes acuden a él, sino para el notario mismo.

En base a la preocupación expuesta, nace la interrogante: ¿Cuál es el régimen de responsabilidad adecuado para notarios en el marco del ejercicio de sus funciones? Para poder llegar a una conclusión sobre este problema, este estudio analizará el origen y la naturaleza del notario para establecer su alcance, así como también se examinará cual es el régimen de responsabilidad que responde a las necesidades y al verdadero ser de este servidor.

Para lograr llegar a una correcta conclusión, el presente documento utilizará la siguiente metodología: explicativa, lo que ayudará a entender si el régimen actual de responsabilidad responde a las necesidades del mismo; comparativo, lo que permitirá llegar a una conclusión de cuál régimen debería utilizarse; y deductiva, mediante el análisis normativo que se usará para entender lo general de la materia para llegar a lo particular, así como también permitirá llegar a un análisis profundo de la materia de la Institución Notarial.

2. Marco Normativo:

El Derecho Notarial Ecuatoriano se encuentra regulado por varios Códigos que recogen la normativa relevante para su interpretación. Por ende, para poder aplicar correctamente este derecho, en este apartado se dará un aproximamiento a la normativa vigente que regula a la Función Notarial.

La Constitución de la República del Ecuador⁴, otorga una noción sobre los notarios como depositarios de fe pública, enumera los requisitos para obtener este puesto y establece su forma de organización en cada cantón o distrito metropolitano, así como también menciona a otras normativas que regularán a estos servidores públicos.

Por su parte, el Código Orgánico de la Función Judicial⁵, otorga de manera general los principales lineamientos sobre cómo debe desempeñarse el notario y sus

⁴ Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez en 25 de enero de 2021.

⁵ Código Orgánico de la Función Judicial, COFJ, R.O. 544, 03 de marzo de 2009, reformado por última vez el 22 de agosto de 2022.

dependientes, así como también impone una guía de desenvolvimiento para quienes poseen este cargo; incluso existe un apartado en el Título VI llamado Órganos Auxiliares de la Función Judicial en donde el Capítulo I habla expresamente sobre notarías y notarios.

El Código Orgánico Administrativo⁶, en donde se pueden encontrar lineamientos para explicar los regímenes por los cuales deberían guiarse los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, no solo respecto frente al Estado, sino también para su responsabilidad por actuaciones dañosas.

El Código Orgánico Integral Penal⁷, no aporta directamente al Derecho Notarial, pero tipifica delitos que podrían ser parte de las actuaciones notariales, dentro de los cuales puede incurrir el notario, sus dependientes o incluso quienes acuden a las notarías a requerir servicios.

La Ley Orgánica de Servicio Público⁸, la cual prevé ciertos requisitos para que un funcionario sea considerado como un servidor público y sus efectos.

El Código Civil⁹, si bien no tiene una función directa sobre el ejercicio de funciones notariales, así como el Código Orgánico Integral Penal, prevé ciertas actuaciones sobre las cuales debe existir la función notarial e incluye de manera explícita al notario como parte de ciertos procedimientos del Derecho Civil previstos por la Ley; así como también regula a la responsabilidad civil que será abordada a lo largo del presente trabajo.

Finalmente, pero no menos importante, la Ley Notarial¹⁰, la cual al ser la norma madre del Derecho Notarial, otorga un acercamiento mucho más directo hacia las funciones y deberes del notario, explicando ya, mucho más de cerca, las atribuciones de éste y una esfera de situaciones en las que el servidor deberá intervenir, así como también explica varios lineamientos que se deberán tomar en cuenta antes y después de realizarse las actuaciones notariales.

Todas las normas expuestas anteriormente tienen relevancia para el objeto de estudio ya que componen el campo en el que se desenvuelve el Derecho Notarial y lo

⁶ Código Orgánico Administrativo, COA, R.O. 31, 20 de junio de 2017, reformado por última vez el 21 de enero de 2022.

⁷ Código Orgánico Integral Penal, COIP, R.O. 180, 28 de enero de 2014, reformado por última vez el 22 de agosto de 2022.

⁸ Ley Orgánica de Servicio Público, LOSEP, R.O. 294, 06 de octubre de 2010, reformado por última vez el 01 de septiembre de 2022.

⁹ Código Civil, CC, R.O. 46, 10 de mayo de 2005, reformado por última vez el 14 de marzo de 2022.

¹⁰ Ley Notarial, R.O. 158, 11 de noviembre de 1966, reformado por última vez el 16 de febrero de 2022.

regulan con la finalidad de intentar asegurar el buen funcionamiento de esta institución tan importante para los ciudadanos como para el Estado Ecuatoriano.

3. Estado del Arte:

Este apartado busca abordar una revisión de la literatura sobre el notario como garante de seguridad jurídica en conjunto con el tipo de responsabilidades por las que respondería en caso de no llegar a esta meta o por actuaciones dañosas dentro de sus funciones, enfocándose en la conceptualización de los ítems necesarios, el fin de esta garantía y aquello que intenta impedir. El Derecho Notarial, en conjunto con su función preventiva, han sido expuestas mayormente por juristas en libros o artículos, exponiendo el por qué es necesario implementarlo, aun cuando ésta no ha sido reconocida expresamente en la legislación ecuatoriana.

Para Vallet de Goytisolo, el notario nace a raíz de la necesidades vitales y sociales de otorgar seguridad jurídica mediante dar la forma adecuada a los negocios por celebrarse y, al mismo tiempo, mediar en una sociedad que iba tejiendo su derecho¹¹; lo cual expone la insuficiencia de certidumbre que se vivía previo a la existencia de la función notarial, y asimismo, muestra la importancia de dar la forma adecuada a los negocios jurídicos que buscan realizar las partes; es aquí en donde entra el deber de consejo, ya que se le está otorgando al notario el deber de dar forma al documento correctamente, en base a lo que se le ha sido comunicado por los intervinientes que tengan plena consciencia y capacidad.

Según López Burniol, el último reducto del deber de asesoramiento es la lectura explicativa y comunicativa de la escritura que el notario hace a las partes, adaptando cuidadosamente el tiempo y contenido de tal explicación a la capacidad y cultura de los otorgantes¹²; el acercamiento hecho por el autor es relevante ya que explica que el notario tiene el deber de asegurarse que todos los intervinientes tengan plena consciencia sobre el acto jurídico que se está realizando, incluyendo las consecuencias jurídicas que esto traerá en la práctica.

¹¹ Juan B. Vallet De Goytisolo, “La función del Notariado y la seguridad jurídica”, en Revista de Derecho Notarial Mexicano, (Rosario: 1976), 208.

¹² Juan J. López Burniol, “Función notarial y documento: exigencia en torno al mismo de la función asesora y del control de legalidad”, (Ponencia II del Congreso Notarial Español, Granada, 1993) 191.

El mismo autor expone que el asesoramiento o consejo que preste a los intervinientes jamás debe sugerir fórmulas fraudulentas y que incluso, en caso de duda o sospecha, deberá negarse a intervenir¹³.

Por otro lado, José Castán¹⁴ explica que, para él, no siempre las actuaciones notariales requieren del deber de consejo y que, esta atribución no le corresponde al notario solamente, sino también a otros profesionales jurídicos como los abogados. Bajo este precepto contrario a lo que expone López Burniol y Vallet de Goytisolo, se deben entender varias situaciones; la primera es que, aunque los abogados tengan esta función primordial de asesoramiento, no todas las personas que acuden a realizar actos notariales poseen uno y, el hecho de que un abogado deba aconsejar de manera correcta a su cliente no desmerita el hecho de que el notario también tenga esta función y pueda dotar de más información a las partes.

En base a lo expuesto, se puede entender incluso que, en caso de prestar un servicio de manera errónea gracias a la falta de la función preventiva y el deber de consejo, el notario podría caer en varios tipos de responsabilidad. Para Sergio Alvarado¹⁵, existen varias situaciones en las que el notario puede incurrir en responsabilidad ya sea civil, patrimonial, penal o administrativa por ejercer incorrectamente sus funciones, ya sea por acción u omisión.

En base a lo dicho anteriormente, se entiende que existe una función preventiva que inexcusa al notario por actuaciones erróneas dentro de los actos notariales; y que, en caso de incurrir en ellas existe un régimen de responsabilidad según sea el caso.

4. Marco Teórico:

El Derecho Notarial tiene un impacto importante sobre las actuaciones jurídicas comunes de los ciudadanos y del Estado. El apartado a continuación busca mostrar las diferentes líneas de pensamiento acerca de qué funciones realmente posee el notario y las propuestas sobre las mismas; explicando las diferentes posiciones y enfoques que se le ha dado a este Derecho que es fundamental en la vida jurídica de las personas.

¹³ Juan J. López Burniol, “Función notarial y documento: exigencia en torno al mismo de la función asesora y del control de legalidad”, (Ponencia II del Congreso Notarial Español, Granada, 1993) 191.

¹⁴ José Castan Tobeñas, *Función Notarial y Elaboración Notarial del Derecho* (Madrid: Instituto Editorial Reus) 38.

¹⁵ Sergio Alvarado, “El Notario Público, la naturaleza de su función y los alcances legales de sus actuaciones”, *ECOS SOCIALES* (2019).

Desde el punto de vista de la normativa ecuatoriana, los notarios son aquellos funcionarios quienes son depositarios de fe pública; en este mismo sentido, dentro de la óptica del principio de fe pública, se ha dicho que la función de ellos es otorgar forma legal a la voluntad de las partes para después redactar los documentos adecuados a este fin y conferirles autenticidad¹⁶. Por ende, se concluye que se podría resumir que el Notariado es la función de autenticación otorgada por el Estado mediante la fe pública¹⁷.

Por otro lado, una de las funciones previstas mayormente por la doctrina es la de prevención. La función preventiva dentro del Derecho Notarial se encamina a procurar que los negocios o actuaciones jurídicas, que aparezcan o nazcan a raíz de la actuación del notario, estén libres de vicios e irregularidades¹⁸, lo cual permite dar una mayor seguridad jurídica a quien requiera de estos servicios. En conjunto con esto, se puede afirmar que gracias al sistema cautelar dentro del Derecho Privado se está cautelando la seguridad jurídica por la actividad de los notarios, entre varios otros servidores públicos¹⁹.

Bajo esta misma línea, se puede decir que dentro del deber de consejo se establecen cuatro niveles que conforman a la función, que son: el de información, el de asesoramiento, el de consejo y, finalmente, el de asistencia²⁰; para que se entiendan mejor, se explicará, por ejemplo, que el de consejo se podría decir que se compromete más con la voluntad de las partes, mientras que el de asesoramiento solo les dota de la información necesaria para un correcto desenvolvimiento de la voluntad de las partes.

Por otro lado, para Dermisaky, “la responsabilidad es un concepto legal y moral. Es una obligación inseparable del ejercicio de toda función pública y privada.”²¹ Asimismo, se afirma que “nadie está obligado a soportar un daño en detrimento de su persona o de su patrimonio, sin causa justa, cuando un servidor público cause un daño o perjuicio en ejercicio de sus funciones, incurre en responsabilidad”²². En base a este criterio, nace la responsabilidad de los servidores públicos en el marco de sus funciones.

¹⁶ “Primer Congreso Internacional del Notariado Latino”, Universidad Nacional Autónoma de México, junio 2004. Fecha de acceso 23 de octubre de 2022. <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/podium/cont/29/pr/pr2.pdf>

¹⁷ Miguel Ángel Montiel, “Derecho Notarial Constitucional (En México)”, en *Centenario de la Constitución Mexicana de 1917: Ensayos del Notariado Mexicano*, ed. De Colegio Nacional del Notariado Mexicano (México, 2017)

¹⁸ José Luís Mezquita Del Cacho, *Seguridad Jurídica y Sistema Cautelar* (Barcelona, 1989) 341.

¹⁹ Emilio Garrido Cerda, “Funciones públicas y sociales del Notariado”, (Ponencia en el XXI Congreso de la U.I.N.L. Consejo General del Notariado, 1995) 19.

²⁰ Antonio Rodríguez Adrados, *Reflexiones sobre el instrumento público*, (Est. Jur. Tomo IV) 528.

²¹ Pablo Dermisaky Peredo, “La Responsabilidad de los Servidores Públicos”, en *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho Santa Cruz de la Sierra* (Bolivia, 2011)

²² “Archivos Jurídicos UNAM” Universidad Nacional Autónoma de México, n/d. Fecha de acceso: 15 de noviembre de 2022. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1195/6.pdf>

Dentro de este trabajo se ha optado por tomar el punto de vista que incluye al deber de consejo como necesario para garantizar la seguridad jurídica dentro de las actuaciones notariales como se evidenciará posteriormente; ya que asegura el correcto flujo de negocios jurídicos informados, con la voluntad de las partes llenas de consciencia y que otorga un servicio óptimo. De igual manera, se ha optado por determinar que la responsabilidad es un elemento directamente ligado al servidor público.

5. Desarrollo:

Breve introducción al Derecho Notarial

Desde los tiempos antiguos existe la necesidad de dejar constancia de las actuaciones que pudieran tener una implicación económica o jurídica. Anteriormente, eran las personas letradas quienes ejercían este rol para ayudar al Rey o a algún funcionario del pueblo. En esa época, se conocía al notario como “escriba”, que significa: “Que perteneció a la clase popular y salió de ella sobre la base de inteligencia, esfuerzo y sacrificio, realizando logros y difíciles estudios, generalmente en los aspectos: contable y literario.”²³ Éstos, por su conocimiento, llegaron incluso a ser orientadores para el Rey.

Durante la historia de las sociedades, se desarrolló mucho el rol del notario; sin embargo, la primera actuación notarial registrada en la historia ecuatoriana es la del escribano Gonzalo Díaz quien extendió el acta de fundación de Quito en el año 1534. En el año 1683, en las actas de calificación, hacen su debut la calificación de escribano y notario público; más tarde, en 1937, mediante Decreto Supremo se da el nombre a los notarios y se les otorga la función de dar fe pública extrajudicial y la estadía en sus funciones mientras tengan un buen desempeño. Finalmente, en 1966, el ex presidente Clemente Yerovi, expide la Ley Notarial, la cual forma por primera vez una recopilación de normas que hacen referencia a la función notarial.²⁴

El Derecho Notarial, como se mostró anteriormente, ha tenido una gran trascendencia a lo largo de la historia de las sociedades; constituyéndose el notario, históricamente, como un tercero imparcial que conoce el Derecho y es capaz de razonar sobre la validez de los actos jurídicos a celebrarse frente a él.

En la actualidad, el notario sigue siendo un experto en Derecho quien debe precautelar la seguridad jurídica de los actos a celebrarse y, por ende, la validez de estos.

²³ Enciclopedia Jurídica Omeba, (Editorial Driskill, Buenos Aires, 1990) 579.

²⁴ “RESEÑA HISTÓRICA”. Federación Ecuatoriana de Notarios, 2022. Fecha de acceso: 23 de octubre de 2022. <https://www.fen.com.ec/website/index.php/el-notariado/resena-historica>

La Ley Notarial los define como: “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.”²⁵

Mientras que el Código Orgánico de la Función Judicial, COFJ, lo define como:

(...) 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.²⁶

Asimismo, la Constitución de la República del Ecuador, CRE, expresa que:

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.²⁷

El Estado tiene la necesidad de otorgar legalidad, autenticidad y publicidad a las actuaciones de quienes habitan en él y, el notario público ecuatoriano es la persona profesional en Derecho a quien el Estado, mediante el Consejo de la Judicatura, en base a sus méritos profesionales y, de conocimiento y desempeño, y luego de un concurso público de méritos y oposición, ha dotado y depositado la fe pública como instrumento para otorgar seguridad y certeza jurídica.

²⁵ Artículo 6, Ley Notarial.

²⁶ Artículo 296, COFJ.

²⁷ Artículo 200, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

Régimen Legal del Servicio Público para definir la naturaleza del cargo del notario

El artículo 85²⁸ de la Constitución de la República del Ecuador habla sobre la formulación, ejecución, evaluación y control de los servidores públicos que garanticen los derechos reconocidos por la Constitución, del cual se puede desprender de manera deductiva una de las grandes y más importantes funciones del Derecho: el de hacer efectivo el buen vivir y el goce de todos los derechos previstos para los ciudadanos.

El servicio público ha ido evolucionando y adaptándose a las necesidades de la sociedad, por lo que el Estado ecuatoriano ha creado cinco poderes estatales que buscan garantizar la efectiva prestación de este servicio: la Función Legislativa, Ejecutiva, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social. Todas las funciones o poderes mencionados están conformados por servidores públicos.

En el caso concreto de estudio, se analiza al notario ya que es parte de la Función Judicial. Sin embargo, ciertos autores como Fernandez afirman que el notario no tiene una relación de dependencia o de prestación de servicios con el Estado, por lo que aseguran que sus actuaciones no entran en la esfera de la Administración Pública ni que los servicios que se presten serán tomados como servicios públicos y, deberán ser vistos como servicios profesionales en base a que la retribución la recibe de los particulares.²⁹

En contraposición a la doctrina expresada anteriormente, la misma CRE prevé, en su artículo 199³⁰, que los servicios notariales son públicos y, menciona también que las tasas pagadas por los usuarios serán fijadas por el Consejo de la Judicatura; lo que, en conjunto con la opinión de Valdés Costa sobre la naturaleza jurídica de las tasas que dice: “la tasa es el tributo cuya obligación está vinculada jurídicamente a determinadas actividades del Estado, relacionadas directamente con el contribuyente”³¹, por lo que se podría creer que el notario es un servidor público sin lugar a dudas.

Incluso, en el artículo 225 de la Constitución, en su numeral 3 se enuncia que los organismos y entidades creados por la Constitución o la Ley para la prestación de servicios públicos, entran en este régimen³² y, por ende, se deduce del artículo 38³³ del

²⁸ Artículo 85, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

²⁹ Juan Manuel Fernández Hierro, “Responsabilidad Civil de los Notarios”, *Jado: Boletín de la Academia Vasca de Derecho* (2007) 75.

³⁰ Artículo 199, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

³¹ Ramón Valdés Costa, *Curso de Derecho Tributario* (Buenos Aires – Santa Fe de Bogotá – Madrid: Editora: Depalma, Temis y Marcial Pons, 1996) 143.

³² Artículo 225, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

³³ Artículo 38, COFJ.

COFJ, el cual menciona que el notario es parte de la Función Judicial, que este servidor forma parte del servicio público, ya que se establece explícitamente que el notario es un servidor auxiliar de la Función Judicial.

Sin embargo, sobre el tema de las tasas, la sentencia No. 35-12-IN/20 de la Corte Constitucional ha mencionado que si bien las tasas son cobradas por el notario en base a lo establecido por el Consejo de la Judicatura, el valor total que cobra no es en su totalidad una tasa, ya que debe entenderse que “el financiamiento de la notaría es de exclusiva responsabilidad de las notarias y notarios; y que, los rubros correspondientes a su propia remuneración, así como la remuneración del personal auxiliar no se financian con la participación que le corresponde al Estado”³⁴. Este precepto establecido por la Corte hace que se llegue a la conclusión de que, si bien podría entenderse como servidor público ya que cobra tasas, no entra dentro del régimen enteramente ya que las “tasas” que cobra servirán también para financiar el correcto funcionamiento de la notaría.

Asimismo, aunque el notario es nombrado por el Consejo de la Judicatura mediante acción de personal por un período determinado y esta sujeto al control del mismo organismo, éste no percibe un sueldo determinado del Estado, como se vio en el párrafo anterior, y sus colaboradores son empleados privados y no estatales.

Por estas razones se debe entender que el notario es un servidor público *sui generis*³⁵ ya que, si bien es un funcionario público gracias a que está investido de fe pública y atiende a varios criterios de la Ley Orgánica de Servicio Público para ser un servidor público, tiene varios otros que hacen que no se lo pueda entender totalmente de esta manera.

Bajo los preceptos descritos anteriormente, se entiende que el Derecho Notarial, y el notario, son parte del servicio público en el sentido de estar encargado de la función estatal de otorgar seguridad jurídica a raíz de dar fe y legalizar la voluntad de las partes. Aunque el Derecho Notarial forme parte de la función pública bajo lo que establece la Ley, se puede decir que el Derecho Notarial tiene como objeto contribuir en el derecho privado gracias a su utilidad en la vida económica y social de las personas naturales y jurídicas.

En este mismo sentido, si bien se puede denominar al notario como un empleado o servidor público, también se puede decir que es un profesional de derecho que

³⁴ Sentencia No. 35-12-IN/20, Corte Constitucional, 16 de junio de 2020, párr. 57.

³⁵ Sui generis: Dicho de una cosa: De un género o especie muy singular y excepcional. De: <https://dle.rae.es/sui%20g%C3%A9neris>

interviene, a nombre del Estado, con los particulares para poder ejercer la potestad otorgada a él. Es por esto que, incluso, en principio, se podría creer que tiene una doble vertiente de responsabilidad: como funcionario independiente y como funcionario público³⁶.

El notario, en Ecuador, tiene funciones características que lo otorgan la utilidad descrita anteriormente, como las mencionadas en la Ley Notarial, artículo 18³⁷. Las atribuciones dotadas a él, en base al artículo mencionado, tienen por pilar a los principios que rigen el derecho notarial; entre los más importantes podemos destacar al Principio de Fe Pública, al Principio de Seguridad Jurídica, al Principio de Imparcialidad, al Principio de Inmediación, el Principio de Consentimiento y, el Principio de Publicidad, entre otros.

De acuerdo con las definiciones dadas, en conjunto con los principios expuestos, se puede entender, finalmente, que el notario es el funcionario público quien exterioriza de manera correcta la voluntad de quienes acuden a él; otorgando validez, seguridad jurídica y fe pública a aquellos documentos, creando actos notariales.

Los actos notariales pueden definirse como todas aquellas actuaciones hechas por el notario bajo las funciones que le otorga la Ley Notarial y otras leyes conexas, con el fin de, a petición de parte, crear, otorgar, cambiar, mantener, entregar y transmitir derechos y obligaciones.

Dependiendo del trámite a realizarse, se puede afirmar que los actos notariales se perfeccionan por la actuación del notario, como en el caso de constatación notarial o, por la voluntad de las partes más la actuación y rol del notario, como en el caso de un divorcio por mutuo consentimiento. Pero, ¿cuál es este rol del que se habla? El notario, como se vio anteriormente, es un fedatario público; sin embargo, los artículos 27³⁸ y 28³⁹ de la Ley Notarial expresan los requisitos que debe tomar en cuenta el notario para otorgar una escritura pública, lo cual se configura como parte de sus funciones.

Se puede determinar en base a la lectura de estos artículos que el notario ecuatoriano tiene una función, se puede decir, de asesoramiento, que ayuda a los intervinientes a tener claridad sobre los actos a realizarse frente a él. Pero, ¿cómo puede tener esta facultad, o función, si el derecho notarial se basa en el principio de imparcialidad?

³⁶ Juan Manuel Fernández Hierro, “Responsabilidad Civil de los Notarios”, 75.

³⁷ Artículo 18, Ley Notarial.

³⁸ Artículo 27, Ley Notarial.

³⁹ Artículo 28, Íbid.

Según el artículo 1711 del Código Civil Argentino, la función preventiva “procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible a la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución⁴⁰”; y el principio de imparcialidad, en base a lo expuesto por Stalin Lucas-Baque y José Albert-Márquez, es aquella característica esencial de la actividad que se ejerce ya que sitúa al notario en la mitad de las partes actuantes, quienes se encuentran en la búsqueda de una solución al negocio que desean celebrar⁴¹; por lo que, se puede entender que la imparcialidad del notario hace referencia a no influir en la voluntad de la parte que posee pleno conocimiento sobre el acto a realizarse; y, la función preventiva busca dotar de conciencia, a ambas partes, sobre las consecuencias jurídicas que conlleva el acto que se quiere realizar.

De lo expuesto anteriormente se puede evidenciar el precepto de seguridad jurídica que otorga el notario a los intervinientes de actos notariales; el cual se basa en prevenir de toda forma posible la afectación a los derechos de los intervinientes en los actos realizados. De igual manera, la seguridad jurídica que podría otorgar dicho servidor público se basa en cumplir los requisitos que prevé la legislación competente, manifestando la real voluntad y deseos de las partes en base a sus atribuciones que constan en el art. 18 de la Ley Notarial⁴².

¿Qué conlleva, o qué crea, el notarizar estos actos dentro de estas instituciones públicas? Al ser las notarías instituciones con la capacidad de legalizar, certificar y dar validez a actos y contratos, se entiende que otorgan valor probatorio y valor formal; lo que muchas veces es necesario para el desarrollo de ciertos negocios jurídicos.

La función que ejercen los notarios tiene una importancia ligada o envuelta por las necesidades de quienes acuden a él para recubrir los actos de seguridad jurídica y validez; es por esto que se puede alegar que si no se otorga de manera correcta esta validez y seguridad jurídica, ya sea por acción u omisión del notario, éste deberá responder por la violación al derecho de un tercero.

El hecho de violar el derecho de un tercero, ya sea por acción u omisión, puede acarrear varios tipos de consecuencias: responsabilidad civil, responsabilidad patrimonial, responsabilidad administrativa y responsabilidad penal. Antes de que

⁴⁰ Artículo 1711, Código Civil y Comercial de la Nación, Aprobado por Ley 26.994, Promulgado según Decreto 1975/2014.

⁴¹ Stalin Lucas-Baque y José Albert-Márquez “Los principios notariales como aporte a la justicia preventiva y a la seguridad jurídica” en *Polo del Conocimiento* (2019) 48

⁴² Artículo 18, Ley Notarial.

empiece la discusión de regímenes de responsabilidad notarial, es necesario establecer qué es la responsabilidad. Esta puede definirse como la “obligación de reparar y satisfacer por uno mismo, o en ocasiones especiales por otro, la pérdida causada, el mal inferido o el daño originado”⁴³. En base a esta definición, sabremos que, para que nazca cualquier tipo de responsabilidad, se debe tener como antecedente el cometimiento de faltas a las obligaciones y funciones previstas al notario, o incluso cualquier daño que se cometa contra un tercero dentro del ejercicio de su rol.

Responsabilidad Civil

La responsabilidad civil es la obligación de indemnizar el daño que la conducta de una persona pueda irrogar⁴⁴. Asimismo, Adame establece que la responsabilidad significa “la necesidad de dar cuentas a otro por el incumplimiento de los propios deberes.”⁴⁵ Más específicamente, hablando del notario, se puede decir que La responsabilidad civil de los funcionarios públicos es aquella que “recae personalmente sobre ellos por razón del desempeño de sus cargos y sin que se puedan alegar la absorción característica proveniente de la responsabilidad administrativa.”⁴⁶

Este tipo de responsabilidad tiene un interés privado y netamente patrimonial, es por eso que aparece cuando por acción u omisión, ya sea dañosa o culposa, una persona ha creado un desbalance en el patrimonio de otra; por ende, es aquí es cuando se crea la obligación de indemnizar al afectado gracias al fin resarcitorio de la responsabilidad. Con lo dicho anteriormente, se podría entender que se activa la responsabilidad civil por cualquier acción que realice el notario la cual provoque un detrimento en el interés privado de uno, alguno, o todos los intervinientes dentro del ejercicio de sus funciones.

Para Ballesteros Alonso, los presupuestos requeridos para que se pueda dar una responsabilidad civil por las actuaciones de este servidor público es necesario que se configuren los siguientes requisitos: la acción u omisión culposa, que exista un daño y la relación de causalidad entre la acción y el perjuicio causado.⁴⁷ Sin embargo, y atendiendo a la normativa expresada para este supuesto, se entiende que en el marco normativo

⁴³ Guillermo Cabanellas, *Diccionario Jurídico Elemental*. 191.

⁴⁴ Fernando Vidal, “La Responsabilidad Civil”, *Revista de la Facultad de Derecho PUCP* (2001), 389.

⁴⁵ Jorge Adame, *Filosofía social para juristas*, (México: McGraw-Hill, 1998), 121.

⁴⁶ *Ibid.* 194

⁴⁷ Manuel Ballesteros Alonso, “La Responsabilidad Civil de Registradores y Notarios” en *La Responsabilidad Civil Profesional: Cuadernos de Derecho Judicial* (2003), 109.

ecuatoriano se necesita no solo de éstos presupuestos sino también que se demuestre el incumplimiento a uno de los deberes que ha previsto la ley para este servidor.

Un ejemplo de esto puede verse en la Ley Notarial, artículo 27⁴⁸, en donde se ha establecido un régimen básico en donde el notario deberá tener en cuenta ciertos requisitos dentro de sus actuaciones, para no incurrir en responsabilidad patrimonial, que son: verificar la capacidad de los otorgantes, verificar la libertad con la que proceden, verificar el conocimiento con el que se obligan y verificar el pago de los derechos sujetos al acto o contrato. Otro ejemplo, podría ser el artículo 100 del COFJ en donde hay un resumen de los deberes de las servidoras y servidores de la Función Judicial.

La responsabilidad civil se divide en dos: contractual y extracontractual. La responsabilidad civil contractual es aquella que se da frente al incumplimiento de una obligación exigible contenida en un contrato; y, la responsabilidad extracontractual es aquella que surge a raíz de cualquier otra actividad.

En el Ecuador no se prevé el supuesto de una regulación de responsabilidad civil independiente o especializada para los notarios, por lo que, cuando se quiere imponer alguna acción por responsabilidad civil, hay que decidir si irse por la vía contractual o extracontractual, aún cuando no corresponde hacerlo.

Entre estas dos subcategorías, la más aceptada dentro del Derecho Notarial ecuatoriano es la de responsabilidad civil contractual ya que, se está dando un servicio a cambio de una prestación económica; este argumento toma más fuerza en base a que las obligaciones del notario son de resultado y no de medio.

Bajo la teoría sobre la aplicación de la responsabilidad civil contractual para indemnizar las actuaciones dañosas de un notario o un servidor público, se deberá utilizar al Código Civil como norma rectora y, obviamente, tener en cuenta las demás leyes conexas dentro de la práctica. Sin embargo, y como vimos anteriormente, si se hace un análisis más profundo sobre el ser del notario y su naturaleza, se entenderá que él es una especie de servidor público y, por tanto, no podría entrar enteramente dentro de la esfera de la responsabilidad civil, ya que ésta responde a situaciones de o entre privados.

Incluso, un análisis más a profundidad sobre este tema puede llevar a pensar que, al ser el notario un servidor público, debería regirse mediante lo estipulado por el Código Orgánico Administrativo o incluso directamente al Código Orgánico de la Función Judicial; sin embargo, éstos códigos no preveen materia relevante o aplicable para la

⁴⁸ Artículo 27, Ley Notarial.

resolución de los conflictos que puedan suscitarse alrededor de este concepto; por lo que, direccionan la responsabilidad civil de este servidor hacia el Código Civil, aún cuando el Código Civil no posee un régimen del todo aplicable para servidores públicos tales como el notario.

Igualmente, es importante mencionar que sería ilógico pensar que, en la sociedad moderna en la que vivimos, el notario solamente con su persona puede asumir todo el trabajo que conlleva su profesión, es por eso que tiene empleados que le ayudan a ejercer su rol como son los matrizadores, secretarios, notario suplente, entre otros; por esto, según el Código Civil en su artículo 2220⁴⁹, el notario no responde solamente por sus actuaciones sino por los actos de quienes están a su cargo; atribuyéndosele la responsabilidad de todos los actos notariales llevados a cabo bajo su tutela; esto con la finalidad de crear un tipo de garantía de las actuaciones realizadas dentro de su notaría.

Finalmente, el Código Orgánico General de Procesos, en su artículo 24 sobre documentos públicos falsos, determina que “la falta de declaración de 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” lo que nos guía directamente a enjuiciar al notario por vía civil cuando se presta incorrectamente el servicio. Lo que establece que los actos notariales, como lo son las escrituras públicas, las diligencias notariales o las certificaciones, se deberán impugnar ante un juez de lo civil, quien luego del procedimiento determinará si existió o no una actuación irregular del notario para establecer sus responsabilidades.

Responsabilidad de la Administración Pública y responsabilidad extracontractual del Estado

El notario, como se dijo anteriormente, es una especie de servidor público ya que pertenece a la Función Judicial. Por eso, si se analiza al régimen de responsabilidad de la Administración Pública, hay dos líneas por las cuales se podría regir: primero, la línea contractual, y, finalmente, la línea extracontractual.

La diferencia entre las líneas contractual y extracontractual de la responsabilidad de la Administración nace a raíz de las obligaciones y atribuciones que se les dotan a cada una. La línea contractual está dirigida hacia todos los procesos de contrataciones públicas y deberán regirse por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública,

⁴⁹ Artículo 2220, CC.

LOSNC. Por otro lado, la línea extracontractual hace referencia a todo aquello por lo que responde el Estado en caso de una deficiente prestación de los servicios que presta y garantiza.

Por lo expuesto se puede entender que para accionar la responsabilidad de los servidores públicos se deberá tomar la vía extracontractual que corresponde a cada caso; dentro de la normativa, se puede encontrar a este presupuesto de manera expresa o tácita y se deberá escoger el código rector en base a la naturaleza del servidor público.

Al ser el notario una especie de servidor público se podría creer que, para activar a la responsabilidad patrimonial, se deberá hacerlo mediante los códigos pertenecientes a la Administración pública. En el caso del notario, se podría debatir entre si utilizar el COA o el COFJ.

Este debate se abre gracias a que las disposiciones previstas por el COFJ parecerían ser aplicables solamente a jueces, fiscales y defensores públicos. A continuación, se hará un análisis comparativo entre estos cuerpos legales para determinar si es que alguno es el óptimo para su aplicación.

El Código Orgánico Administrativo prevé a la responsabilidad extracontractual del Estado desde su artículo 330, en donde establece que las instituciones del sector público responden por el daño debidamente calificado provenientes de sus actuaciones u omisiones siempre y cuando el afectado no tenga una obligación jurídica de soportar este daño; asimismo, este artículo desde ya prevé que las instituciones pertenecientes a la Función Judicial están exentas porque su responsabilidad está determinada por su propia ley⁵⁰.

Sin perjuicio de lo que menciona esta norma, y ya que las normas previstas por el COFJ en principio parecen aplicar solamente a jueces, defensores públicos y fiscales, se seguirá con el análisis. El mismo artículo 330 menciona que, en todos los casos de responsabilidad, el Estado ejercerá el derecho de repetición⁵¹. Los requisitos para que se dé la responsabilidad extracontractual son: la falta o deficiencia de provisión de un servicio público al que el usuario tenga derecho, la existencia de un daño calificado y la existencia de un nexo causal entre el daño y la acción u omisión de las administraciones⁵².

Cuando existe una deficiencia en el servicio que se está prestando y este servicio está siendo prestado por un servidor delegado, la responsabilidad será de éste y

⁵⁰ Artículo 330, COA.

⁵¹ Íbid, COA.

⁵² Artículo 331, COA.

subsidiariamente recaerá sobre el Estado; sin embargo, cuando el servicio es prestado directamente por el Estado, la responsabilidad recae sobre el Estado⁵³. En ambos casos, cuando la responsabilidad recae sobre el Estado, y ya que el notario no es un caso de delegación sino que generaría responsabilidad directa del Estado, éste podrá ejercer el derecho de repetición para obligar a quien realmente cometió el daño, pero el artículo 333 menciona que, para ejercer este derecho, habrá que probar la existencia de culpa grave o dolo⁵⁴.

Por ende, se deberá entender que la responsabilidad patrimonial es aquella que se activa mediante la responsabilidad extracontractual del Estado, lo que generará que el Estado active su derecho de repetición en contra del notario; y, la obligación que tendrá el notario ante el Estado será llamada responsabilidad patrimonial.

La reparación por los daños causados previstos por el COA tiene dos vertientes, la de los daños patrimoniales y la de los daños morales. Cuando un daño patrimonial incluya a un daño moral, este podrá ser incluido dentro de la reparación pecuniaria; pero, cuando el caso lo amerite, la administración pública podrá establecer reparaciones no patrimoniales que no generen erogaciones adicionales al Estado ni afecten derechos de terceros⁵⁵.

El Código Orgánico Administrativo establece que, si el daño es causado por varias administraciones públicas, éstas responden de manera solidaria fijando la responsabilidad de cada una en base a su competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención⁵⁶. Finalmente, este Código fija el término de noventa días para proponer su reclamo desde el día siguiente a la acción u omisión que generó el daño⁵⁷.

Sin perjuicio del análisis establecido, se puede afirmar que este Código pertenece a quienes ejercen roles de servidores públicos enteramente y no se podría aplicar a un servidor público sui generis, como lo es el notario, ya que no es su norma rectora y no atiende al real ser de este servidor.

Por su lado, el Código Orgánico de la Función Judicial establece y menciona a la responsabilidad del Estado por actuaciones de sus servidores desde el artículo 15 en donde se dice que “el Estado será responsable en los casos de error judicial, detención arbitraria, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del

⁵³ Artículo 332, COA.

⁵⁴ Artículo 333, COA.

⁵⁵ Artículo 336, COA.

⁵⁶ Artículo 339, COA.

⁵⁷ Artículo 340, COA.

derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.”⁵⁸ Y, que:

Todas las servidoras y servidores de la Función Judicial, cualquiera sea su denominación, función, labor o grado, así como los otros operadores de justicia, aplicarán el principio de la debida diligencia en los procesos a su cargo. Serán administrativa, civil y penalmente responsables por sus acciones u omisiones en el desempeño de sus funciones, según los casos prescritos en la Constitución, las leyes y los reglamentos.⁵⁹

A partir de este artículo nace el Capítulo III del Código, en donde se determinarán las responsabilidades, cómo actuar frente a ellas y todas las reglas que se deben tomar en cuenta. El artículo 32 establece que el Estado podrá ser determinado como responsable en situaciones de error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia⁶⁰, entre otros; igualmente, establece que el legitimado pasivo de cualquier acción a proponerse será siempre el Director o Directora General del Consejo de la Judicatura y las acciones a tomarse podrán incluir la indemnización por daños y perjuicios y/o reparación de daño moral, y éstas deberán presentarse ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de su domicilio en un plazo máximo de cuatro años.

Ya que las acciones que se proponen serán en contra del Director o Directora General del Consejo de la Judicatura, el artículo 33 prevé que el Estado debe ejercer el derecho de repetición sobre lo pagado y que, en caso de existir varios servidores responsables, todos serán solidariamente obligados al reembolso del monto total pagado más los intereses legales⁶¹; lo que significa que responden de manera igual sin tener en cuenta su porcentaje de participación. Asimismo, se dispone que el Consejo de la Judicatura deberá solicitar que se cuente como parte procesal al servidor o servidores involucrados⁶².

Finalmente, el artículo 34 determina lo siguiente:

Las causas que, por indemnización de daños y perjuicios y por daño moral se propongan contra juezas y jueces, fiscales y defensoras y defensores públicos, con fundamento en lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 172 de la Constitución y demás leyes aplicables, se sustanciarán ante la jueza o juez de lo civil del

⁵⁸ Artículo 15, COFJ.

⁵⁹ *Íbid*, COFJ.

⁶⁰ Artículo 32, COFJ.

⁶¹ Artículo 33, COFJ.

⁶² *Íbid*, COFJ.

domicilio de la parte demandada, por la vía verbal sumaria y la acción prescribirá en 4 años desde que se consumó el daño.⁶³

El problema de las disposiciones que emite el COFJ es que aplican únicamente para jueces, fiscales y defensores públicos en base a lo siguiente: el artículo 32 habla sobre la administración de justicia y al notario no le corresponde este supuesto y el artículo 34 incluye a una disposición constitucional, por lo que la norma no podrá ser interpretativa.

Si bien el Estado podría responder de manera subsidiaria, la demanda inicial por actuaciones dañosas deberá hacerse en base a lo que establece la Ley Notarial; en este sentido la sentencia No. 832-20-JP/20 de la Corte Constitucional, bajo la conclusión de que existió una deficiencia en la prestación del servicio público notarial y al haber fallecido el notario suplente quien autorizó la emisión de un acto notarial, se ordena el pago al Consejo de la Judicatura diciendo que: “ (...) si bien el ejercicio de la función notarial es personal, las notarias y los notarios actúan en ejercicio de una potestad pública, por lo que el Estado no puede eludir su responsabilidad de reparar la deficiencia en la prestación de este servicio público.”⁶⁴

Para que finalice este apartado, se aclara que son inaplicables por concepto de responsabilidad civil o patrimonial a las normas previstas en el COA y el COFJ ya que no atienden a las necesidades y al ser del funcionario público; y, aunque las normas establecidas por el CC no son enteramente aplicables al notario, la práctica y la Ley Notarial ha optado por regirse bajo esta normativa, aunque la responsabilidad civil del notario debería tener una disposición particular gracias al régimen especial que nace de la naturaleza del mismo.

Responsabilidad penal

La responsabilidad penal se deriva del cometimiento de un delito tipificado. Según Guillermo Cabanellas, la responsabilidad penal es “la que se concreta en la aplicación de una pena, por acción u omisión dolosa o culposa del autor de una u otra”⁶⁵; este tipo de responsabilidad más específicamente aparece cuando el servidor, en base a las actuaciones hechas dentro de su rol comete, o intenta cometer, delitos que se encuentren tipificados dentro del Código Orgánico Integral Penal, COIP, que afecten a los

⁶³ Artículo 34, COFJ.

⁶⁴ Sentencia No. 832-20-JP/21, Corte Constitucional, 21 de diciembre de 2021, párr. 195.

⁶⁵ Guillermo Cabanellas, *Diccionario Jurídico Elemental*.

involucrados. Este ordenamiento jurídico, en su artículo 34 establece lo siguiente: “Para que una persona sea considerada responsable penalmente deberá ser considerada imputable y actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta”⁶⁶. Entre las actuaciones más notorias en las que podría incurrir el notario bajo esta responsabilidad, se encuentra la falsificación de documentos, tipificada en el art. 330⁶⁷ del COIP o la estafa del artículo 186⁶⁸, entre varios otros.

La responsabilidad penal dentro de la esfera del Derecho Notarial se configura cuando la conducta de dar, hacer o no hacer completa las características de culpable, típica y antijurídica; por lo que, no solo puede recaer en el notario, sino también en los intervinientes del negocio jurídico ya que son ellos quienes, bajo su propia voluntad, están obligándose.

Responsabilidad Administrativa

Para que a alguien se le pueda imputar responsabilidad administrativa el requisito básico, por su propia naturaleza, es el vínculo con la Administración Pública. El Código Orgánico de la Función Judicial expresa que:

Las servidoras y los servidores de la Función Judicial serán sancionados por las infracciones disciplinarias que incurrieren en el ejercicio de sus funciones, de acuerdo con lo regulado en este Capítulo, independientemente de las responsabilidades civiles o penales que hubieren lugar. En cualquier tiempo, de presumirse motivadamente la existencia de un delito de acción pública, se remitirán los antecedentes al Fiscal General del Estado, a los fiscales distritales o agentes fiscales, según corresponda.⁶⁹

Dentro del Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Guillermo Cabanellas explica que la responsabilidad administrativa podrá ser exigida y sancionada solamente por la Administración Pública dentro de un proceso que es distinto dependiendo de cada Estado⁷⁰; en Ecuador, el proceso inicia con la identificación de la actuación que debe estar expresamente prevista en los artículos 107, 108 y 109 del COFJ, para después efectuar el proceso sancionatorio que conlleva las sanciones contempladas por la misma norma o la ratificación del estado de inocencia del notario.

⁶⁶ Artículo 34, COIP.

⁶⁷ Artículo 330, COIP.

⁶⁸ Artículo 186, COIP.

⁶⁹ Artículo 104, COFJ.

⁷⁰ Guillermo Cabanellas, *Diccionario Jurídico Elemental*.

En base a lo expuesto se desprenden tres tipos de sanciones disciplinarias: por infracciones leves, graves y gravísimas, las cuales están previstas en el Código Orgánico de la Función Judicial. Las infracciones leves pueden conllevar la imposición de una amonestación escrita o sanción pecuniaria a juicio del sancionador; las infracciones graves conllevan la suspensión del servidor o servidora público y, finalmente, las infracciones gravísimas pueden terminar en la destitución del cargo que ejerce.

En este mismo sentido, la Ley Orgánica de Servicio Público, en su artículo 41⁷¹ y 42⁷² establece qué es la responsabilidad administrativa y las faltas disciplinarias en las que puede incurrir un servidor público en el marco de sus funciones dividiéndolas en dos: faltas leves y faltas graves. Asimismo, el Código Orgánico Administrativo también prevé un régimen de responsabilidad para quienes son servidores públicos. Esto puede causar confusión, ya que existen tres regímenes que prevén responsabilidad para los servidores públicos, pero, es importante dejar claro que el COFJ y la LOSEP tienen un régimen disciplinario aplicable a todos quienes conforman la Función Judicial.

Seguridad Jurídica

Para Guillermo Cabanellas, la seguridad jurídica es:

La estabilidad de las instituciones y la vigencia auténtica de la ley, con el respeto de los derechos proclamados y su amparo eficaz, ante desconocimientos o trasgresiones, por la acción restablecedora de la justicia en los supuestos negativos, dentro de un cuadro que tiene por engarce el Estado de Derecho.⁷³

La CRE define a este derecho de la siguiente manera: “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”⁷⁴.

La seguridad jurídica es uno de los derechos más relevantes para las actuaciones en las que se mueve el mundo jurídico, ya que otorga a los ciudadanos de la República, validez e integridad sobre sus actos, bienes y demás derechos. Se puede afirmar que ésta dota de certeza sobre el futuro de las actuaciones y garantiza un estado de legalidad para los mismos. Incluso, podría decirse que la seguridad jurídica es uno de los fines del Estado de Derecho en el que vivimos ya que sin ella no podrían existir las garantías y derechos

⁷¹ Artículo 41, Ley Notarial.

⁷² Artículo 42, Ley Notarial.

⁷³ Guillermo Cabanellas, *Diccionario Jurídico Elemental*.

⁷⁴ Artículo 82, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

otorgados a quienes habitan en él. La teoría del derecho natural considera la seguridad jurídica como un derecho natural de seguridad y establece una conexión entre los derechos humanos y la idea de justicia material. La idea positivista de seguridad jurídica escruta y defiende procedimientos y técnicas que aseguren e impliquen garantías para el ciudadano. La seguridad jurídica se entiende como justicia formal o procesal, la justicia material no es materia de derecho. En ese sentido, la idea básica del positivismo presenta la seguridad jurídica en estrecha relación con el sistema jurídico: una concepción sistemática del derecho como un conjunto de reglas. La seguridad jurídica no puede entenderse sin un sistema jurídico u orden legal. Todo sistema jurídico existe por un cierto nivel de seguridad jurídica. Esto es mucha más seguridad del sistema legal, sistema internacional, regional o nacional.

Función Preventiva, Seguridad Jurídica y crítica al sistema de responsabilidad

Como se dijo con anterioridad, el notario público es el profesional investido de fe pública, quien tiene el fin de otorgar seguridad jurídica a todas aquellas intervenciones que realice. Así, Vallet manifiesta lo siguiente al respecto:

El notario es un tercero ajeno al negocio que se va a realizar lo podríamos considerar que es imparcial, es un profesional de derecho que con su conocimiento y experiencia actúa a rogación de parte y vela por la legalidad y seguridad del acto a desarrollarse, las partes acuden a él para que dé certeza, su actuar siempre está encaminado a la defensa de la legalidad “ajustando el negocio al derecho.”⁷⁵

El Estado ha otorgado al notario la facultad de que todo aquel documento que posea su firma, sello, o algo que sea representativo de él, dentro de sus funciones, tenga una presunción *iuris tantum*⁷⁶, lo cual a menos que tenga prueba en contrario, otorga certeza y validez. Esta seguridad jurídica que va de la mano con la función preventiva o deber de consejo se puede expresar como lo hizo Vallet de Goytisoló: “Consiste esa seguridad jurídica en el logro de que el resultado jurídico corresponda, sin engaño, al fin lícitamente propuesto”⁷⁷.

⁷⁵ Juan Vallet De Goytisoló “La Seguridad Jurídica en los Negocios Dispositivos de Bienes Inmuebles”. *Revista de Derecho Notarial* (1980).

⁷⁶ *Iuris tantum*: Presunción solo de derecho que ordena admitir como probado en juicio un hecho, mientras no se tenga prueba de lo contrario. De: <https://dpej.rae.es/lema/iuris-tantum>

⁷⁷ Juan Vallet Goytisoló “La Seguridad Jurídica en los Negocios Dispositivos de Bienes Inmuebles”. *Revista de Derecho Notarial*, (1980). 77

Para José Castán “los efectos de la función notarial se sintetizan y resumen en la producción del instrumento público”⁷⁸, lo que nos puede dar a entender que se tiene un deber meramente de asegurar que los documentos sean entregados correctamente para producir el instrumento público; sin embargo, según González Barrón, la función ejercida por el notario no puede meramente reducirse a la verificación de la autenticidad sobre los convenios o actos privados, sino que es imprescindible que el notario realice la función de asesoramiento o consejo para poder brindar un apoyo jurídico para que el consentimiento que otorguen las partes sea informado⁷⁹.

Frente a estas dos posturas, hay que entender lo siguiente dentro de la legislación sobre el derecho notarial en Ecuador: no hay un artículo que expresamente hable sobre el deber de consejo o la función preventiva, sino que la Ley Notarial lo manifiesta de la siguiente manera:

Art. 27.- Antes de redactar una escritura pública, debe examinar el notario: 1.- La capacidad de los otorgantes; 2.- La libertad con que proceden; 3.- El conocimiento con que se obligan; y, 4.- Si se han pagado los derechos fiscales y municipales a que está sujeto el acto o contrato. La omisión de este deber no surtirá otro efecto que la multa impuesta por la Ley al notario.⁸⁰

Y, a su misma vez, manifiesta:

Art. 28.- Para cumplir la primera obligación del artículo anterior, debe exigir el notario la manifestación de los comprobantes legales de la capacidad y estado civil de los comparecientes, si la hacen a través de apoderado, cumplirá igual formalidad, constando las facultades del mandato. Si son interesados menores u otros incapaces, deberá constar su representación con el instrumento público correspondiente, verificando la identidad de dicho representante legal. Para cumplir la segunda, el notario examinará separadamente a las partes, si se han decidido a otorgar la escritura por coacción, amenazas, temor reverencial, promesa o seducción. Para cumplir la tercera, examinará si las partes están instruidas del objeto y resultado de la escritura.⁸¹

⁷⁸ José Castan Tobeñas, *Función Notarial y Elaboración Notarial del Derecho* (Madrid: Instituto Editorial Reus) 38.

⁷⁹ Gunther Gonzalez Barron, *Derecho Registral y Notarial* (Lima: Editora y Distribuidora Ediciones Legales, 2015)

⁸⁰ Artículo 27, Ley Notarial.

⁸¹ Artículo 28, Ley Notarial.

Estos artículos reflejan, hasta cierto punto, que el notario no debe actuar solamente con la finalidad de producir un instrumento público, sino con la finalidad de perfeccionar la voluntad informada de las partes dentro de un instrumento público que les otorga certeza, seguridad y confianza de que lo pactado tiene validez. El notario y jurista español, Juan Vallet de Goytisolo, menciona que “esta labor de alumbramiento, viene a ser algo así como un presupuesto previo de la tarea que nosotros debemos realizar de dar traducción jurídica a las voluntades empíricas de las partes”⁸².

Esta función preventiva tiene por sujeto activo a la persona o servidor quien se encuentra en condiciones de prevenir la producción, repetición o agravamiento de un daño posible en base al orden normal y natural de las cosas; y se puede hacer valer contra la persona que no ha generado directamente el daño, pero sin embargo puede ayudar a evitarlo o apaciguarlo⁸³.

Pero, ¿Hasta qué punto puede tomar acciones el notario, como asesorar o aconsejar a los intervinientes, con la finalidad de prevenir actuaciones perjudiciales para ellos? ¿Hasta qué punto se extiende el deber de consejo y cómo puede el notario evitar caer en cualquier tipo de responsabilidad? Se debe hacer énfasis en la responsabilidad civil y la patrimonial ya que es la menos clara dentro de la legislación ecuatoriana y se podría pensar que la más accionada en contra de estos servidores públicos.

Poniendo como base todo lo expuesto hasta ahora, se podría entender que una forma de sancionar las actuaciones dañosas, entendiéndose por ellas todas las actuaciones que causen un daño y que no tengan por objeto el materializar la seguridad jurídica preventiva, son los tipos de responsabilidad que pueden serles atribuídas. La posición de servidor público y el deber legal que le otorga la Ley al notario configuran la naturaleza de la responsabilidad por la que responde; por ende, si no se cumple lo dispuesto por la Ley y los Principios básicos y generales del Derecho Notarial, el notario estaría incumpliendo su deber de dar seguridad jurídica preventiva.

Los notarios están expuestos a caer en demandas civiles e incluso acciones constitucionales por sus actuaciones aún cuando no existe una legislación que prevea un régimen específico para su desenvolvimiento; ya que, si bien las atribuciones otorgadas al notario son deducibles de la Ley, éstas no son previstas específicamente para toda la

⁸² Juan Vallet Goytisolo “La Seguridad Jurídica en los Negocios Dispositivos de Bienes Inmuebles”. *Revista de Derecho Notarial*, (1980). 71

⁸³ Claudio Fabricio Leiva, “La delimitación de la función preventiva de la Responsabilidad Civil en el Código Civil y Comercial Argentino”. *Revista IUS*, (2020). 243-268.

función que conlleva ser notario. No existe disposición expresa alguna que determine las circunstancias que dan lugar a que se cree ni la conducta que genere responsabilidad civil o patrimonial, ni tampoco el grado de responsabilidad que podría generarse.

De igual forma, el régimen de responsabilidad civil general no es suficiente ni toma en cuenta la naturaleza de este servidor para preveer de manera correcta el funcionamiento efectivo de las sanciones que debería dársele en caso de faltar a sus deberes. El rol del notario ecuatoriano como garante de seguridad jurídica preventiva se basa en la confianza que tienen las personas de que serán asesoradas correctamente y su voluntad se verá perfeccionada en el acto notarial; el origen de este rol, su impacto en la sociedad y una de las causas para la delegación continua de más y nuevas atribuciones, se basa justamente en el valor de la confianza que ha ganado a lo largo de los años.

Por lo que, si existe alguna falta que genere responsabilidad civil o patrimonial, debería estar regulada de forma clara, precisa y que prevea las causales para que se de; así como también ésta debería entender la realidad y el origen de la función y profesión notarial.

En este mismo sentido, la responsabilidad específica para notarios por actos dañosos ni si quiera ha sido prevista por la legislación como un tipo de responsabilidad distinta a la responsabilidad civil. Es importante que exista esta diferenciación ya que, al ser distintos tipos de responsabilidades, deberían acarrear distintos procesos y consecuencias, que en la práctica actual, no sucede. El marco de responsabilidades en el que se desenvuelve el notario ecuatoriano está lleno de confusiones y se presta para interpretaciones que no siempre son correctas y dejan en una total área gris a este servidor público.

6. Conclusiones:

El objeto de este estudio consiste en definir la naturaleza jurídica de la actividad notarial en Ecuador y, sobre esa base, determinar el régimen aplicable a la responsabilidad derivada de sus actuaciones.

Primero, se concluyó que, el entendimiento adecuado del régimen jurídico aplicable permite inferir que los notarios son servidores públicos sui generis categorizados como auxiliares de la estructura de la Función Judicial; por tanto, pertenecen al servicio público. En este mismo sentido, su rol no se limita a la de fedatarios públicos pues conlleva todas las actividades necesarias para configurar un acto notarial e incluyen un conjunto de responsabilidades para asegurar un efectivo cumplimiento de su

rol. En este contexto, adquiere particular relevancia el deber de consejo, como función intrínseca a la naturaleza del rol notarial que permite, en ciertos casos, no solo el aseguramiento sobre los requisitos normativos del acto sino la verificación de que los intervinientes expresan consentimiento libre y voluntario.

Con esta base se determinó que el actual régimen de responsabilidad civil que se utiliza para imputarle al notario la obligación de compensación a un tercero, es insuficiente y no prevé la realidad del rol que tiene este funcionario en la sociedad.

Se verificó que la diferencia entre la responsabilidad civil y la responsabilidad patrimonial no es solamente los códigos normativos que las rigen, sino también su forma de activarse y cómo se da en la práctica cada una.

Se determinó que ninguno de los regímenes actuales de responsabilidad civil y responsabilidad patrimonial son verdaderamente aplicables, por lo que debería crearse normativa independiente para la aplicación de responsabilidad por actuaciones dañosas del notario, o en su defecto, adecuar claramente la normativa establecida por los cuerpos normativos. Otra alternativa sería determinar que, ya que es un servidor público sui generis, posee responsabilidad como servidor público y como funcionario independiente, lo que haría aplicables a los regímenes analizados en este trabajo.

Se logró verificar que, aun que lo previsto por la normativa ecuatoriana referente a responsabilidad administrativa y responsabilidad penal no es tan extensa, es suficiente para lograr un efectivo marco de seguridad en donde se mueve este funcionario y sus dependientes.

Se demostró que, si bien el Estado puede responder de manera subsidiaria por actuaciones dañosas del notario, esto no nace gracias a su naturaleza sino a la necesidad de no dejar sin reparación al afectado.

Un apropiado régimen de responsabilidad debería ser generado en base a lo propuesto en este documento, el cual deberá contemplar todo aquello que engloba la profesión; y, la legislación no se debe conformar con intentar moldear las leyes a criterio de jueces o autoridades competentes.

La pregunta de investigación fue ¿Cuál es el régimen de responsabilidad adecuado para notarios en el marco del ejercicio de sus funciones? Y se respondió a lo largo del presente estudio ya que se determinó que no existe una vía adecuada y que se utilizan alternativas que no correspondería; por lo que se debe crear legislación especializada.

Finalmente, se logró establecer una relación directa entre la función preventiva y la seguridad jurídica que el notario otorga a quienes acuden a él por sus servicios, lo que

crea un marco de seguridad para quienes acuden a sus servicios y, genera al mismo tiempo, un deber mediante el cual debe guiarse el notario para no crear situaciones dañosas por las que deberá responder.

Las limitaciones que este trabajo posee son las respectivas a que no se ha estudiado la institución de la responsabilidad patrimonial y/ o civil del notario de manera adecuada o de forma exhaustiva, por lo que no existe mucha literatura que prevea lo dicho anteriormente; al mismo tiempo, este trabajo dota al lector de propuestas nuevas e innovadoras sobre este tema tan relevante tanto para la teoría como la práctica, incluyendo el origen de la responsabilidad, sus presupuestos, la forma de accionarlo y una visión distinta a la Ley actual reguladora.