



Universidad del Azuay

Facultad de Filosofía, Letras  
y Ciencias de la Educación

Carrera de  
**Derecho**

**TÍTULO DEL TRABAJO**  
**El Documento Público Notarial, el Principio de**  
**Inmediación y Unidad de acto Notarial:**  
**Su incorporación a las nuevas tecnologías.**

Autor:  
**Pedro Sebastián Rodríguez Arce**

Director:  
**Dr. Eduardo Esteban Palacios Sacoto, Abogado.**

**Cuenca – Ecuador**  
**2021**

## **DEDICATORIA**

Dedico este trabajo de titulación a mis padres Marco Rodríguez y Patricia Arce, por haberme dado la vida que hoy tengo, por su apoyo incondicional en todos mis proyectos, también lo dedico a mis hermanos por ser mis más grandes compañeros y amigos. En especial dedico este trabajo a mi abuelo que me guía desde el cielo.

## **AGRADECIMIENTOS**

Agradezco a Dios primeramente por darme las bendiciones que hoy tengo, mis padres, mis hermanos, mis amigos mis compañeros, por haber hecho parte de esta gran institución, por haberme formado como el profesional que soy. Agradezco a cada uno de mis profesores, los cuales formaron en mi no solo conocimientos, si no que me permitieron a través de ellos, crecer como persona, como profesional y como un futuro servidor a la sociedad.

## ÍNDICE DE CONTENIDO

<b>DEDICATORIA .....</b>	<b>II</b>
<b>AGRADECIMIENTOS .....</b>	<b>III</b>
<b>RESUMEN .....</b>	<b>VI</b>
<b>ABSTRACT .....</b>	<b>VII</b>
<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>VIII</b>
<b>CAPÍTULO I .....</b>	<b>9</b>
<b>GENERALIDADES DEL DERECHO NOTARIAL .....</b>	<b>9</b>
<b>1.1.1. Historia.....</b>	<b>9</b>
1.1.2. Fuentes del Derecho Notarial.....	11
1.2.3. La Ley .....	12
1.2.4. Jurisprudencia .....	12
1.2.5. Doctrina.....	12
1.1.3. Clasificación del Derecho Notarial.....	13
<b>1.2. Importancia del Derecho Notarial.....</b>	<b>14</b>
1.2.1. Trascendencia del derecho notarial .....	14
1.2.2. Finalidad del Derecho Notarial.....	15
<b>1.3. La Función Notarial en el Ecuador.....</b>	<b>16</b>
1.3.1. La comparecencia a los Actos notariales y su importancia.....	16
1.3.2. El notario y su deber de reconocer la capacidad y consentimiento.....	17
1.3.3. El servicio notarial y la preparación de actos y contratos.....	19
<b>CAPITULO II.....</b>	<b>21</b>
<b>EL DOCUMENTO PÚBLICO Y PRINCIPIOS NOTARIALES.....</b>	<b>21</b>
<b>2.1. El Documento Público.....</b>	<b>21</b>
2.1.1. Historia del Documento Público.....	21
2.1.2. Evolución del Documento Público.....	22
2.1.3. Diferencia con el Instrumento Público.....	23
2.1.4. El valor Probatorio del Documento Público.....	24
<b>2.2. Los Principios en el sistema notarial.....</b>	<b>25</b>
2.2.1. El principio de Inmediación.....	25
2.2.2. El principio de Unidad de Acto.....	26
2.2.3. El principio de Consentimiento.....	28
<b>2.3. Sistema virtual y su relación con el derecho.....</b>	<b>34</b>
2.3.1. El uso de tecnologías actuales en la función notarial.....	34
<b>CAPÍTULO III .....</b>	<b>37</b>
<b>LA IMPLEMENTACIÓN DE NUEVAS TECNOLOGÍAS PARA EL DERECHO NOTARIAL.....</b>	<b>37</b>
<b>3.1. Documento físico vs. documento digital.....</b>	<b>37</b>
3.1.1. Conceptos.....	37
3.1.2. Principio de Equivalencia.....	39
<b>3.1.3. Diferencia entre documento físico y documento digital.....</b>	<b>40</b>

<b>3.1.4. Proceso de Automatización en el Ecuador .....</b>	<b>42</b>
<b>3.1.5. Regulación de documento físico y digital. ....</b>	<b>43</b>
3.1.6. Materialización de documentos electrónicos.....	44
<b>3.2. El Sistema Eufides.....</b>	<b>44</b>
3.2.1. Concepto .....	44
3.2.2. Desarrollo en Europa.....	45
3.2.3. Su posible implementación en Ecuador. ....	46
<b>3.3. Reformas de la Ley Orgánica del Código Orgánico de la Función Judicial.....</b>	<b>48</b>
<b>3.4. Reformas a la Ley Notarial Comparecencia Telemática .....</b>	<b>49</b>
<b>3.5. Estructura Tecnológica Idónea para garantizar seguridad jurídica.....</b>	<b>52</b>
3.5.1. Seguridad jurídica: .....	52
3.5.2. Competencia Notarial en los medios telemáticos.....	53
3.5.3. Necesidad de una reforma integral a la ley notarial. ....	54
<b>3.6. La viabilidad del uso de las tecnologías de la información en la función notarial.....</b>	<b>56</b>
3.6.1. Principio de Inmediación Notarial .....	56
3.6.2. Realidad en Ecuador.....	57
<b>CAPÍTULO IV.....</b>	<b>58</b>
<b>CRÍTICAS Y RECOMENDACIONES A LA LEY NOTARIAL .....</b>	<b>58</b>
<b>4.1. Uso de los medios telemáticos en la legislación ecuatoriana.....</b>	<b>58</b>
<b>4.2. El principio de Unidad de Acto por Unidad de Consentimiento.....</b>	<b>59</b>
<b>4.3. El principio de Inmediación Presencial por el principio de Inmediación Virtual. ....</b>	<b>60</b>
<b>4.4. Implementación de medios tecnológicos para brindar seguridad jurídica en los actos y contratos. ....</b>	<b>61</b>
<b>CONCLUSIONES Y RECOMEDACIONES .....</b>	<b>66</b>
<b>Conclusiones .....</b>	<b>66</b>
<b>Recomendaciones .....</b>	<b>67</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>69</b>

## RESUMEN

La presente investigación es un análisis que nos permite fundamentar las razones suficientes frente a la modalidad de complementar las acciones de la función notarial, en un mundo cada día mas virtual, gracias al advenimiento de las tecnologías de la información para las comunicaciones. Esto pone a la función notarial a la vanguardia de las telecomunicaciones, por lo que esta investigación inicia con la pregunta acerca de la viabilidad de la implementación de la virtualidad en la función notarial, sin que se afecten los principios rectores como la inmediación, la seguridad, garantizando el bienestar de las partes intervinientes.

Analizando toda la normativa existente actualmente, y además, revisando casos de éxito en distintos países. Buscamos con esta investigación aportar de forma analítica esa cooperación tecnológica en el acceso a los servicios del Estado para con sus ciudadanos, especialmente en el servicio y prestación de la función notarial.

**Palabras clave:** función, notaria, derechos, servicio, principios, documentos, archivos, tecnología, intermediación, seguridad, premisa, telemática, electrónica, fe, público, escritura, comparecencia,

ABSTRACT

This research consists of an analysis to support enough evidence about complementing actions of the notarial function in an increasingly virtual world, due to the advent of information technologies for communications. This landscape puts the notarial function at the forefront of telecommunications. Therefore, this research begins with the question of feasibility by implementing it within virtuality without affecting its guiding principles such as immediacy, security, and ensuring the welfare of all involved parties. By analyzing all existing regulations and reviewing successful cases in different countries, this research pretends to contribute analytically to this technological cooperation State services accessibility to its citizens, especially on providing accessible notarial function services.

Keywords: function, notary, rights, service, principles, documents, archives, technology, immediacy, security, premise, telematics, electronics, faith, public, deed, appearance.

Translated by



Sebastián Rodríguez

## INTRODUCCIÓN

El Derecho notarial, ha adquirido una gran importancia como herramienta fundamental en cuanto a que le provee a la sociedad, elementos y criterios tales como, la legalidad, la legitimidad, solemnidad, y a las relaciones de carácter patrimonial, que se realizan día a día. En todas las regiones y Estados del mundo, el reconocimiento de la función notarial ha sido dado como un medio sustancial, que garantiza la transparencia, de todos los actos jurídicos que se lleven a cabo entre las diferentes partes. De tal forma que, la seguridad jurídica, viene a ser el principio rector de la vida en sociedad, y esta regulada bajo las instancias estatales, que lo integran.

Por lo cual, resulta de gran importancia, que todo el andamiaje de la función notarial se desarrolle, bajo la lupa de la Ley, por lo que es necesario la existencia de normas previas, claras, y precisas y loables, que marquen la ruta a seguir en los servicios notariales para con los usuarios. Manteniendo siempre el elemento sustancial de la seguridad jurídica como estandarte de servicio. De tal forma que los usuarios al momento de adelantar acciones gocen de la conformidad de que sus derechos están siendo debidamente protegidos. La presente investigación, se desarrolla en el marco de la función notarial y su acercamiento en la virtualidad como una simbiosis de posibilidad jurídica. Por lo que las tecnologías de la información para las comunicaciones es un elemento fundamental, en esta nueva relación.

Esta investigación nos permitirá obtener información relevante, con la cual podemos determinar la viabilidad del uso de las Tecnologías de la información para la comunicación en la función notarial, basándonos en leyes como: La Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, de igual forma, Ley Notarial, la Ley de Comercio Electrónico, El Código Orgánico de la Función Judicial, la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, entre otras. Para lo cual, se requiere de un análisis de la institución notarial ecuatoriana en su totalidad y, para así proceder a exponer una crítica a la normativa actual, en la cual debe primar que su contenido se reglamente conforme a la instrucción notarial internamente, estableciendo parámetros de funcionamiento, competencias y tramite de procesos.



# CAPÍTULO I

## GENERALIDADES DEL DERECHO NOTARIAL

### 1.1.1. Historia.

La constatación de hechos, así como las necesidades de la sociedad concentrada en los grupos sociales remotos, constituyen sin duda, el punto de partida donde se da el surgimiento de la función notarial. Es en este punto inicial donde se abordan los aspectos generales en cuanto a los referentes históricos del Derecho notarial, los cuales sirvieron de base a la colectividad de hoy en día conocida como la institución del notariado. Por consiguiente, es importante hacer mención que el Derecho Notarial se ha ido adaptando a las necesidades surgidas en las diferentes etapas históricas y al lugar en que nacen. El notariado en sus inicios no se consideraba como una figura jurídica, de tal modo que ni siquiera contaba con fe pública; ésta la adquirió a través del tiempo y por las diversas necesidades del momento. Quienes empezaron a ejercer dicha función eran aquellas personas que sabían leer y escribir, y; quienes de alguna forma ayudaban al Rey o algún funcionario de un pueblo para redactar los diversos textos. Al notario, antiguamente se lo conocía como ESCRIBA cuya acepción significa "Que perteneció a la clase popular y salió de ella sobre la base de inteligencia, esfuerzo y sacrificio, realizando largos y difíciles estudios, generalmente en los aspectos: contable y literario, "contadores y copistas." (Albán Núñez, 2010)

El estudio de la institución notarial implica conocer su historia en tres puntos importantes, es decir, la edad antigua, la edad media y la edad moderna. Ya que su inicio es tan antiguo como la humanidad misma y ella se ha mantenido con los mismos fundamentos casi similares durante todo un periodo extenso hasta nuestros tiempos.

“La historia del escribano se remonta a tiempos de los antiguos egipcios es decir la edad antigua que comprende aproximadamente desde el siglo XIII A.C hasta la ocupación del pueblo romano en donde el faraón tenía un único súbdito de la plebe que realizaba actos de funcionario y se lo conocía como el escriba egipcio y el único documento conocido fue uno realizado por el faraón Ramsés II en piedra caliza que es una especie de minuta, ya que lo que era más común que se realizaba

eran contratos de forma verbal hasta que la escritura fue perfeccionándose a medida que las civilizaciones iban evolucionando”. (Eiclopedia Jurídica Omeba, 1990, p. 579).

Con el advenimiento de los escribanos en la antigua Grecia, estos tenían otro nombre, se les denominaban los Apógrafos o Singrafos, y tenían la tarea de redactar todas las peticiones en un documento, realizando así desde escritos de contabilidad que incluso eran del mismo Estado entre otros actos como hechos históricos, acontecimientos y como se estructuraba el gobierno, lo hacían con el mayor de los detalles para guardar una seguridad al momento de ser leídos, ahí nace esa seguridad que brindan los notarios en la actualidad.

En Roma el escribano debía poseer ciertas aptitudes ya que debía tener un amplio conocimiento de los temas que se suscitaban en aquel imperio, sobre todo conocer de las leyes que regían al momento y posterior a ello cumplían una misma actividad como la de los escribas en Grecia, es decir, reducir a un documento escrito todo lo solicitado por los ciudadanos o las autoridades del Estado.

“Es aquí donde por primera vez se expresa de forma escrita el “Unitas Actius”<sup>1</sup> lo cual tiene mucha relación en la actualidad ya que, si se realizaba una compraventa y alguna de las partes no se encontraba, dicho contrato era nulo. Ellos se basaban en el derecho justiniano, una posición que se asemeja a los notarios en la actualidad, ya que debían ser juristas los cuales ponían sus servicios a disposición de la ciudadanía con autorización del Estado”. (Albán Núñez, 2010)

En la edad media con la caída del imperio de occidente entre los siglos V y XV se caracteriza por la inexistencia de información de los escribas como los que se conocieron en el imperio romano. Es aquí donde surgen una nueva ramificación del notariado que tiene origen público y privado, esto surge de la mano con los dos poderes más representativos que era el de la iglesia y de los monarcas, es así como los ciudadanos que necesitaban redactar un testamento y formalizarlo acudían al poder eclesiástico y para documentos netamente comerciales se ponían en manos del escribano de la realeza. En este periodo estos documentos ya mantenían la característica de auténticos, ser públicos

---

<sup>1</sup> **Unitas actus:** es un término latino que significa unidad de acción o un solo acto. Se utiliza en la ejecución de un testamento. En ejecución de un testamento se presume que la ejecución no debe ser interrumpida por ningún acto intermedio. **Fuente:** <https://definitions.uslegal.com/u/unitas-actus/>

y estar revestido de plena fe.

En el Ecuador el derecho notarial tiene su nacimiento en 1492 con el derecho de las Indias, que no es más que aquel que tuvo nacimiento luego del descubrimiento del continente americano, en el cual se fusiono en derecho Canónico, el derecho español y demás normas que iban surgiendo en la medida de que las necesidades surgían en los nuevos territorios.

En 1937 ya en la era de República el gobierno de turno oficializa el nombre de notarios dejando a un lado a los conocidos escribanos a quienes se les otorga la autorización de dar fe<sup>2</sup>; y, en 1966 con el presidente Yerovi Indaburu se redacta la ley notarial dando vida una nueva institución jurídica e independiente con diversos aspectos y funciones sobre el notario. En Ecuador existe un primer registro notarial realizado por Gonzalo Díaz de Pineda, quien otorgó el acta de fundación de Quito en el año 1534 y posterior a ella la definitiva en 6 de diciembre. Además, existe la constancia de que los notarios eran nombrados como los son ahora, de manera determinada y de acuerdo con su ubicación territorial. Por otro lado, en Guayaquil existen algunas actuaciones notariales como las de Francisco de Heres que se cree fue el primer escribano de esta ciudad y la representación de Cabildo en 1541. “durante el incendio, que sucedió en la ciudad de Guayaquil en el año 1632 no existe constancia real de el notario y su actividad, se tiene conocimiento de que la primera acta de la que se tiene registro esta del 4 agosto de 1634”, (Eiclopedia Jurídica Omeba, 1990).

### **1.1.2. Fuentes del Derecho Notarial.**

Las fuentes del derecho notarial son las mismas que se estudian en el derecho civil, en tal sentido son entre otras la ley, jurisprudencia, doctrina, principios generales del derecho, como principios específicos del derecho notarial, la manifestación de voluntad, la realidad social, entre otros, es decir, no son las únicas, sin embargo, las citamos porque son las más importantes y de esta forma poder estudiar las mismas de manera más detallada para poder conocer las mismas de manera más amplia. Cabe mencionar, que la costumbre no se determina como una fuente en el derecho notarial,

---

<sup>2</sup> **La Fe Pública**, por lo expuesto podría definirse como la verdad oficial, la que tiene como respaldo la actuación o intervención del Notario como delegado oficial del Estado para autorizar los actos, contratos, y hechos que solemniza con su presencia. **Fuente:** <https://www.derechoecuador.com/>

debido a que se conserva como un elemento social, mas no como sustento en la instrucción notarial.

En el caso de Guatemala, en donde se considera que solo existe una fuente del derecho notarial, en la cual resulta ser la Ley, tomando a las otras fuentes como elementos para nutrirse en sus actuaciones, lo que estipula que los notarios solo deben actuar bajo lo que la Ley les permite. Esto es gracias a que la función pública es un servicio que se presta y por consiguiente no se puede contrariar la libertad de acción regulada en la Constitución Política, de que toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no prohíbe es para personas particulares.

### **1.2.3. La Ley**

“El notariado público es la función pública ejercida privadamente. Por medio de ella, el funcionario habilitado asesora a las personas sobre la correcta formación legal de su voluntad en los actos o contratos jurídicos y da fe de la existencia de los hechos que ocurran ante él”, (Cabanellas, 2008).

### **1.2.4. Jurisprudencia**

Se entiende por jurisprudencia las reiteradas interpretaciones que hacen los tribunales de justicia en sus resoluciones de las normas jurídicas, y puede constituir una de las Fuentes del Derecho, según el país. “También puede decirse que es el conjunto de fallos firmes y uniformes dictados por los órganos jurisdiccionales del Estado. Esto significa que para conocer el contenido cabal de las normas vigentes hay que considerar cómo se vienen aplicando en cada momento”, (Cabanellas, 2008).

### **1.2.5. Doctrina**

“Existen diversidad de definiciones y conceptos sobre el notariado. Algunos autores opinan que al definir al Notariado se puede definir al mismo tiempo al notario, ya que éste es quien ejerce la función notarial. Genéricamente el notario es conocido como un fedatario público, es decir, aquella persona que otorga su fe en determinados actos. Más adelante se detalla en qué consiste la fe pública”, (Ecioplopedia Jurídica Omeba, 1990).

La fuente quiere decir que es la vertiente de donde se origina una idea en este caso de la teoría del derecho notarial para poder conocer cómo se fue conformando para poder ser objeto de estudio. García Máñez manifiesta que las fuentes formales son "procesos de manifestación de normas jurídicas"; de fuentes reales como "los factores y elementos

que determinan el contenido de tales normas"; y de fuentes históricas para referirse a los documentos que encierran el texto de una ley o conjunto de leyes, (García Máñez, 2016).

Dentro de las fuentes del derecho notarial encontramos una clasificación en Material y Formal. La primera hace referencia a según Abelardo Torré, "son los factores y elementos que determinan el contenido de tales normas. Estos factores son las necesidades o problemas (culturales, económicos, gremiales, etc.) que el legislador tiende a resolver, y, además, las finalidades o valores que el legislador quiere realizar en el medio social para el que legisla, es decir que aquí el elemento de razonamiento se convierte en el concepto o noción primordial del derecho notarial. Seguido encontramos la fuente formal y Bonnecase define las fuentes formales como "las formas obligadas y predeterminadas que ineludiblemente deben revestir los preceptos de conducta exterior, para imponerse socialmente, en virtud de la potencia coercitiva del derecho", (Bonnecase, J., 2000).

En el caso del Ecuador, podemos determinar que las fuentes del derecho notarial, se tienen el conjunto de normas jurídicas, así como también los actos y contratos de particulares, las sentencias y resoluciones que se suscitan por las autoridades competentes. Por lo anterior es importante en el desarrollo de esta investigación, reconocer las instancias del derecho notarial, desde sus características propias.

### **1.1.3. Clasificación del Derecho Notarial.**

Para poder establecer una clasificación es importante antes mencionar que, el Derecho Notarial es uno solo, pero para efectos de estudio y comprensión se establece la siguiente clasificación dividido en tres grandes ramas, que son:

**Público.** - En el cual se ubica el Derecho constitucional, procesal, administrativo, político, tributario, aduanero, registral, notarial, penal, internacional público, financiero, municipal, derecho de integración, de comunicaciones, sanitario, penal militar, electoral, seguridad social, consular, diplomático, parlamentario, marítimo, aéreo y espacial, entre las más importantes.

**Privado.** - “En el cual se ubica el derecho civil, comercial, sociedades, cambiario, industrial, minero, internacional privado, bancario, bursátil, entre otras”, (Gimenez, 2008).

**Social.** - “En el cual se ubica el derecho de familia y laboral, entre otros. Cabe mencionar entonces que el Derecho notarial es una rama del Derecho público, en el cual los abogados en libre ejercicio profesional juegan también un papel importante de conformidad a lo establecido en el primer inciso del artículo 48 de la Ley de Federación de Abogados del Ecuador”, (Albán Núñez, 2010)

## **1.2. Importancia del Derecho Notarial.**

Es cierto que todas las profesiones, requieren de un claro sentido de la moral y la ética, en el caso de los notarios, tiene especial importancia, debido al tipo de función que estos desarrollan, si bien es cierto que, a demás de consejero de los intervinientes, y como redactor, es el notario el depositario de la verdad legal. Por consiguiente, la madurez, la conducta, su trayectoria al igual que sus antecedentes, la preparación técnica y jurídica, de todos aquellos que deseen convertirse en notarios, son aspectos fundamentales ha tomarse en cuenta por los legisladores, con el fin de garantizarle a los ciudadanos que la función notarial se lleve a cabo dentro de un marco de total moralidad, eficiencia y por supuesto de legalidad. La obra del Notario es confiable por su contenido y por la certeza jurídica que brinda.

“En casi todos los países contemporáneos, se otorga a su palabra pleno valor probatorio. No olvidemos que la institución notarial no debe su efectividad y valor a coyunturas o accidentes actuales, sino a que es producto de una larga y firme evolución”, (Gardó, A. F., 2019)

### **1.2.1. Trascendencia del derecho notarial**

Cabe recalcar que el derecho notarial es sin duda alguna un espacio brindado a los distintos sectores de la sociedad, desde lo público, pues el mismo consta en todo acto o negocio jurídico realizado en nuestra vida cotidiana, es tal su importancia que si un acto o contrato es realizado debemos seguir un procedimiento ante notario para elevar a escritura pública y de esta manera nuestros actos jurídicos gozan de autenticidad respaldado con la fe pública y sólo así en caso de existir alguna controversia poder oponer a terceros. (García Máñez, 2016)

Si esta institución del derecho no existiera todo el mundo jurídico conocido se mantendría en un limbo, ya que el notario cumple con la función de brindar esa seguridad jurídica a las personas que pretendan autenticar sus documentos y hacer constar hechos jurídicos como verídicos. Es importante además, que una rama del derecho se dedique exclusivamente al estudio y regulación de la actividad de los notarios, a los procesos y trámites que se deben llevar y el análisis correspondiente de los instrumentos con los que se deben trabajar para el correcto manejo de sus funciones que el Estado les otorga para poder así brindar lo que ya se mencionó, la seguridad jurídica y que las partes intervinientes puedan prevenir controversias en el futuro y que los actos o contratos sean eficaces.

### **1.2.2. Finalidad del Derecho Notarial.**

La finalidad del Derecho Notarial es la creación de un instrumento público, con el objeto de brindar seguridad, y a su vez garantizar que los actos o contratos que se desarrollen cuenten con la presencia de un notario, el cual ha sido investido con fe pública. Según Otero, (1993) señalan que “el fin del derecho notarial es garantizar los procedimientos solemnes para observar el Derecho y conseguir la adaptación de conductas libres y justas al ordenamiento jurídico”. (p. 56)

Por lo anterior, podemos asegurar que, al adecuar las conductas de las personas, con respecto al derecho, se estaría cumpliendo con lo que dispone la Ley, esto con el fin de salvaguardar su integridad y derechos. El Derecho Notarial, nos invita a que todos sus participantes, dispongan de las directrices que lo reglamentan, esto con el fin de obtener mejores resultados en su desarrollo. Para lo cual es importante repasar algunos aspectos fundamentales sobre la finalidad del derecho notarial. Ahora bien, en relación con la finalidad del derecho notarial, se han planteado algunas ideas las cuales hacen mención de que este no es único, por lo tanto, se abordan dos teorías fundamentales; por una parte, los instrumentalistas sostienen que el objeto, o la finalidad se basa en el documento o escritura notarial, como documento esencial; y, por otro lado, los teóricos, también ubican al Derecho Notarial, como objeto de la función y figura del notario en cuanto a su actuar porque para ellos todo lo referente al Derecho Notarial tiene gran relación con las funciones y responsabilidades del notario. También es importante resaltar que, en cuanto a la doctrina, algunos autores consideran al Derecho Notarial como una institución

notarial, dado que no solo se trata del conjunto de las normas que lo componen, sino que también se fundamenta en la función y las características del documento público.

### **1.3. La Función Notarial en el Ecuador**

#### **1.3.1. La comparecencia a los Actos notariales y su importancia.**

La unidad del acto constituye un ordenamiento del conjunto de requisitos, dentro del ámbito de la actividad notarial, la cual se integra mediante la simultaneidad de las circunstancias que, desde un momento determinado han de concurrir en el otorgamiento de la escritura pública y responde a un medio de conjunción para elaborar un todo que se manifiesta en la unidad de acción, de tiempo y personas. (Pelosi, 1980).

Es relevante reconocer en este punto lo referente a la “Unidad de Acto”, entendiéndose como la ejecución de un acto jurídico sin interrupción en su realización desde el momento de su iniciación al de conclusión, exigida expresamente en el otorgamiento del testamento público abierto. La unidad de acto es así la última garantía de la integridad del documento, al impedir toda modificación del mismo entre acto consentido y su autorización documental; y puede escribir que la unidad de acto “se llama integridad del texto y contexto auténtico, integridad de la fe pública”. Este es el verdadero fundamento de la exigencia de la unidad de acto, y no la “conveniencia de que la percepción del Notario sea directa en el espacio e inmediata en el tiempo de recibirla y de reflejarla” ya que en las escrituras el texto documental está previamente redactado, aunque sujeto a las incidencias del acto del otorgamiento, (Albán Núñez, 2010).

Para la realización de toda escritura, la comparecencia es la primera fase para que esta tome forma, en donde las partes intervinientes deben estar presente, todo esto tiene su importancia porque es la antesala para las menciones preliminares que debe hacer el notario como mencionar el lugar y fecha de otorgamiento, datos de los comparecientes que son de mención obligatoria como nombres y apellidos, edad, profesión, estado civil, nacionalidad, domicilio y si existe una persona que actúa en representación de otra, se deberá señalar los motivos que identifiquen a la representada y al representante.

Una de las principales características de los notarios es ser un guardián de la fe pública, misma que es otorgado por el Estado, de ahí surge su primera tarea que es la



dación de fe,<sup>3</sup> donde podemos observar cómo se hace tangible al momento de reconocer la ya mencionada identidad de las partes y deben asentarlos en un instrumento de su protocolo, cumplida esta etapa el notario debe ser asistido por el Estado para que le otorgue más herramientas para poder verificar de manera inequívoca la identidad de las partes en las escrituras públicas, por lo que es su vital importancia realizar copias de documentos de identidad en los correspondientes archivos de protocolización para que se garantice la seguridad jurídica y validez del negocio jurídico, (Gimenez, 2008)

### **1.3.2. El notario y su deber de reconocer la capacidad y consentimiento.**

Uno de los problemas más importantes que plantea el artículo del que parte la presente reflexión, es el enlace entre el ámbito eminentemente psicológico de la persona, con la manifestación que busca tener relevancia y consecuencias en el contexto de las relaciones jurídicas y legales, es decir, consistencia objetiva precisa y determinable, esto es, la manifestación comprensible de su decisión interna. En efecto, la palabra consentimiento se puede dividir en dos unidades que tienen en sí mismas una altísima complejidad: consentir. El prefijo es una preposición que expresa una interacción de elementos discretos, es decir separados, reconocibles, describibles que, eventualmente, se unirán y tendrá una función significativa inseparable. (Larrea Holguin, 2008)

Hablar, por tanto, de consentimientos unilaterales, es una inexactitud que debe tratarse como mucho cuidado, pues se está planteando en este punto una confusión que hace inexacta la expresión y desconoce no solo ese aspecto lingüístico que se acaba de señalar, sino también un importante aspecto filosófico, es más, de carácter eminentemente metafísico que puede conferir actividad a todo los involucrados o solo a una parte. No se debe confundir el acuerdo respecto a la interacción que es propiamente el consentimiento y, por tanto, producto de una deliberación previa con el rol que cada parte involucrada debe cumplir. El primero siempre exigirá al menos dos voluntades; el segundo, puede hacer que una parte sea activa y la otra sea pasiva, o que las dos sean activas. (Larrea Holguin, 2008)

---

<sup>3</sup> La dación de fe consiste en la narración que emite el notario a requerimiento de parte, rogación referida a hechos propios y comportamientos ajenos.

El notario, por tanto, se debe plantear la pregunta que establece el enlace entre el consentimiento y su condición de posibilidad, a saber: ¿Cómo llegan los interesados a consentir, es decir, a confluir en un lugar lingüístico en el que ambos se sienten cómodos de estar con el otro en una interacción competente y plena desde lo legal? Es el proceso que Habermas llama “deliberación”: Habermas convierte en una cuestión inmanente a los asuntos lingüísticos humanos lo que desde Kant sólo puede presentarse con vistas en lo trascendente y dominado por una regla incondicional que los seres humanos pueden quizá comprender, pero que les es imposible acatar, (Ponce, 2008)

El consentimiento es una característica muy general, que existe no solo en el Derecho civil, sino en todo el ámbito de lo jurídico. De ahí que toda subordinación o subconjunto temático que plantea la normativa y la doctrina, hacen que este aspecto que, como se ha visto, funciona de puente entre el aspecto íntimo de la persona y su entrada en relaciones civiles deba ser considerado, y en la mayoría de las ocasiones, tal consideración se manifiesta como una restricción. Es decir, que mientras más específico es el conjunto normativo, más concreta es la función del consentimiento y, por ende, menos autónomo será. El contrato es una especie dentro del negocio jurídico, el cual, a su vez, es una especie dentro de los actos jurídicos. De ahí que, visto desde el acto jurídico, el consentimiento tiene unas manifestaciones mucho más amplias que las que se han visto desde el negocio jurídico. La restricción más severa se encuentra cuando los doctrinantes insisten en la especie contractual: “Los elementos esenciales propios de todo contrato son el consentimiento o acuerdo de voluntades, la capacidad de las partes, el objeto, la forma y la causa. Faltando cualquiera de ellos, no hay contrato posible”, (Pelosi, 1980)

Al consentir se aspira a satisfacer las consecuencias prácticas de ese consentimiento. Consentir es el resultado de un complejo proceso deliberativo resultado de la coincidencia de las voluntades, o al menos de lo que las voluntades expresan lingüísticamente. Pero es también anterior a los procesos jurídicos y negociales. Por lo cual es efecto de las voluntades manifiestas y causa de la interacción jurídica.

### **1.3.3. El servicio notarial y la preparación de actos y contratos.**

El artículo 6 de la Ley Notarial ecuatoriana, señala que los notarios son aquellos funcionarios, a quienes se les presenta la formalidad de actos, contratos, dado que, bajo su investidura de fe pública, determinan bajo juicio, y que gozaran de fuero de la Corte.

Mientras que el artículo 296 del Código Orgánico de Función Judicial se refiere al notario como órgano auxiliar.

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

Para Gimenez, (2008) "El Notario es un profesional del Derecho que ejerce una función para robustecer, con una presunción de verdad, los actos en que interviene, para colaborar en la formación correcta del negocio jurídico y para solemnizar y dar forma legal a los negocios jurídicos privados, y de cuya competencia solo por razones históricas están sustraídos los actos de la llamada jurisdicción voluntaria". (pág. 67)

Cuando se preparan los actos o contratos existe una asesoría notarial y esto ocurre en la etapa pre documental, donde el funcionario es solicitado para aconsejar o responder consultas a los intervinientes sin que estas resulten en cumplir con obligaciones pecuniarias para los mismos. Esto no quiere decir que las consultas deban llevarse a la actuación obligatoriamente, ya que la misión es obtener una igualdad entre las partes negociantes, es decir que en el mundo del derecho notarial las asesorías son iguales a otorgar vida a la norma y que vaya de la mano con la ética y moral. Entonces el primer paso que es la asesoría dependerá del servicio que se solicita e ira documentando lo que escucha y ve sobre el acto que está de por medio. La voluntad de las personas queda plasmada en el instrumento público, posterior a ello el notario debe involucrarse en todas las tareas conducentes a la formación del instrumento público, es decir, debe realizar una calificación del acto y observar el cumplimiento de los requisitos legales, se debe extender la escritura cuando esta ha sido leída y firmada por los intervinientes, el notario y si

existen, los testigos., para que posterior a ello se lo debe incorporar en el protocolo a su cargo.

"El Notario tiene el encargo técnico de velar por el cumplimiento de las leyes en las relaciones pacíficas del Derecho, purificar con su ciencia y experiencia esas relaciones individuales de defectos, tanto en su forma como en su fondo, para darles el carácter permanente, evitando contiendas y dudas en la aplicación de lo convenido y el encargo jurídico público de dar a esas relaciones credibilidad, y, por tanto, autoridad pública por medio de la fe que le ha investido" (García, 2009)

No obstante, existen determinados actos que no necesitan el cumplimiento de requisitos y solemnidades para que tengan validez y eficacia, y al no requerirlos no son instrumentos públicos sino son considerados como documentos privados por lo que no todo acto notarial tiene que ser un contrato, ya que puede ser que se traten de hechos que no crean o extinguen derechos y obligaciones, sino que solo se establecen como hechos del ser humano. El artículo 26 de la Ley Notarial, expresa que se otorgarán por escritura pública los actos y contratos o negocios jurídicos ordenados por la ley o acordados por voluntad de los interesados.

“En tal caso, la preparación de los actos notariales son las actuaciones, autorizaciones o intervenciones que realiza el notario, esto es conforme a lo que establece la ley notarial en sus artículos mencionando a sus deberes, atribuciones y prohibiciones de las que se encuentra revestido, dichas actuaciones se las pueden llevar a la vida jurídica solo a través de la petición de la parte interesada, con el único fin de conservar, crear, modificar transferir obligaciones y derechos ya que no está facultado para poder actuar de oficio” (DE SANTO, 2005).

Este capítulo nos permite interpretar que la función notarial se ejerce direccionándola hacia la protección, primero, de los intereses generales de la sociedad; y seguidamente, de los intereses de los particulares que requieren del ministerio del notario. El ingreso a la función notarial se hace a través de concurso público abierto de mérito, los principios que rigen la función notarial son enunciados teóricos, que permiten desarrollar con propiedad aquellos aspectos del ministerio notarial que no están taxativamente enunciados en la norma jurídica.

**CAPITULO II**  
**EL DOCUMENTO**  
**PÚBLICO Y**  
**PRINCIPIOS**  
**NOTARIALES.**

**2.1. El Documento Público.**

**2.1.1. Historia del Documento Público.**

Para el desarrollo de esta temática es preciso abordar la historia del documento público de una forma etimológica, por consiguiente, cabe mencionar que las palabras “Instrumento” y “Documento” son términos similares, puesto que la palabra documento deriva del latín documentatum, y está, a su vez, de docere, que equivale a enseñar. La definición de documento como los comprendemos actualmente tuvo su origen en 1786 que pasó de “lo que sirve para enseñar”, para luego entenderlo como “escrito que contiene información” y por último como “escrito que contiene información fehaciente”. Es decir, el documento como aquello que “da fe o que prueba algo”. Desde la perspectiva del derecho, Calvo, (2005) citando a Couture define al documento “como aquel instrumento escrito, donde contiene (alguna cosa apta) que permitirá dejar en claro un hecho o en donde se deja constancia de una voluntad que producirá efectos legales”. En este sentido el término documento es sinónimo de instrumentos, títulos escritos y escrituras, para Borjas, “al contar un hecho o una actuación cualquiera”. Esta afirmación sobre lo que se entiende por documento lo afirma Feo al considerarlos “equivalentes”. Sin embargo, Hugo Alsina, considera que, “son vocablos diferentes a pesar de que las leyes hablan como si fueran los mismos”. (p. 76)

En este sentido, Calvo considera el término documento en sentido estricto como “aquel escrito ya sea documento privado o documento público en donde se contiene algo”. En sentido amplio, “se puede hablar de documento escrito que representa de forma objetiva un pensamiento de forma material o literal”. Cuando se habla de documento material tenemos las marcas, signos, contraseñas etc., y cuando se refieren a un pensamiento literal se habla de escrituras que serán determinantes para la comprobación de una relación jurídica y se les llama instrumentos. En resumen, el documento representa el género, y el instrumento la especie.

A lo largo del tiempo cuando se buscaba realizar un documento, este se lo hacía mediante pactos verbales que se celebrará entre parientes de diferentes familias o de los mismos intervinientes de las sociedades nacies, ya que en ese momento no se conocía la escritura, en Roma surge el concepto de “obligatio verbis contrahitur”, es decir, que toda celebración entre personas se lo debía hacer de forma verbal y con cinco testigos presentes, una persona ajena a las partes se encargaba de llevar una balanza para determinar cómo se entregaba y la cantidad de lo que se pactaba o prestaba. Entonces al final lo único que tenían los contratantes para poder reclamar era la palabra del otro.

“Posterior a que la escritura y su expansión por el mundo, todo aquello que en materia de contratos fueron plasmadas en documentos que ya representaba parte objeto de prueba para el contrato. Contenían la fecha, el lugar donde fue pactado, el objeto de contrato y las firmas de los intervinientes y de los escribas en ese entonces”, (Calvo García, 2005, pp. 44 - 50).

### **2.1.2. Evolución del Documento Público.**

A lo largo de los siglos XIV y XV, los poderes se centralizan, los órganos administrativos se especializan en sectores, se crean fondos documentales diferenciados, se forman los archivos de la Corona, los entes locales emergen con documentos propios y volumen creciente, los archivos eclesiásticos se perfilan como redes potentes y estructuradas y los archivos privados se van formando poco a poco. Pero, sobre todo, el siglo XV se caracteriza por uno de los mayores inventos de la historia, la imprenta. El tipo móvil de Gutenberg, fue la base del arte de imprimir hasta el surgimiento de nuevos sistemas, ya en el siglo XX. El libro impreso se insertó en dos etapas cruciales de la historia, la Edad Media que termina y el Renacimiento, recogiendo de una y de otra las manifestaciones del pensamiento preferidas de los estamentos sociales que a cada una de ellas representa: el monacato y al clero culto, por un lado, y al hombre de letras, por otro.

Como última fase, en esta panorámica histórica, se encuentra el período que abarca desde el siglo XVI hasta la Revolución Francesa. Tal vez, la principal característica sea la organización de los archivos del Estado. España es la primera, a comienzos del siglo XVI en crear un modelo que se extendiera a otros países a lo largo de ese siglo y del siguiente. Se inició a finales del siglo XV en 1489, cuando los Reyes Católicos ordenaron

la concentración de sus archivos en la Cancillería de Valladolid, más tarde, Carlos V en 1545, ordena transferir la documentación del reino castellano al castillo de Simancas, donde Felipe II finalizará la concentración definitiva de los archivos procedentes de todos los consejos, audiencias, cancillerías, tesorerías, secretarías, etc. del Estado. Este proceso no se vería consagrado hasta 1588 con la aprobación del Reglamento para el Gobierno del Archivo de Simancas, (Pelosi, 1980).

Se puede atribuir los orígenes de los documentos a los de la escritura, mediado el cuarto milenio A.C., desde las monarquías surgidas en Asia anterior hasta el Bajo Imperio Romano, pasando por las civilizaciones egipcias y griega, se tiene constancia no sólo de documentos, sino de fondos documentales organizados. Hablar de documentos, archivos y su documentación es hacer referencia a la organización social de la humanidad desde los inicios de la escritura (Escobar, 1988). Se puede hacer un primer acercamiento al concepto de documento como aquello que proporciona noticia escrita de un acontecimiento. Aproximándose a la definición desde un punto de vista histórico, se puede llamar documento a la materialización por escrito de hechos y acontecimientos de la vida y del tráfico jurídico-económico, en virtud del cual se crea, se modifica o se extingue una determinada situación jurídica. Y en sentido más restringido, se entiende por documento el escrito en el que se constata y recoge un acto o negocio, por el cual se crea una situación jurídica nueva o se modifica o extingue una existente.

### **2.1.3. Diferencia con el Instrumento Público.**

Según la doctrina el documento es todo objeto físico que representa y sirve para demostrar la forma como se presenta la realidad de otro objeto, de hecho, o de un acontecimiento que puede ser cualquiera, por otro lado, el instrumento es un concepto más material que surge del pensamiento y se expresa en la escritura. De esas definiciones se puede obtener que el documento es el género y el instrumento es la especie. Bajo esta premisa, los documentos son todos los objetos producto de un acto humano, que representen a otro hecho u objeto, una persona o escena natural o humana. Instrumentos, son una variedad de documentos, la que consiste en documentos públicos o privados auténticos o sin autenticidad. (Sánchez Surati, 1993)

Las leyes hablan indistintamente de documentos o instrumentos como si fueran términos sinónimos, cuando en realidad responden a conceptos diferentes. Por lo tanto,

estaríamos incurriendo en un error al identificar a los documentos con los instrumentos, ya que el código Civil de nuestro país, sólo hacen referencia por así decir, generalizando o englobando los dos términos en el de instrumento.

DE SANTO, (2005) responde a esta situación con el siguiente razonamiento: “en los países en que la ley nacional solo provee los Instrumentos como medio de prueba, la doctrina y la jurisprudencia han incluido, en la prueba documental, los documentos no instrumentales, como fotografías, películas, cintas magnetofónicas, discos, radiografías, electrocardiogramas, planos, dibujos, etc.” (p. 195)

El documento tiene carácter representativo y se concibe por lo general, como un objeto que contiene una manifestación del pensamiento no siendo ni necesaria ni suficiente para la existencia del instrumento, ya que este tiene como raíz el documento. Por lo tanto, es de gran importancia dejar en claro que los instrumentos son lo específico dentro de la gran clasificación del documento, que debe considerarse como lo general.

#### **2.1.4. El valor Probatorio del Documento Público.**

El documento público cuenta siempre a su favor con la presunción de que la declaración de voluntad que se haya en el escrito es la voluntad de la persona quien se ha manifestado, claro está de que el mismo no debe contener ningún ataque de nulidad ya sea civil o penal. Debido a que el documento es un medio de prueba ya que por medio de este sigue la finalidad de constatar que las manifestaciones normales en la vida del derecho, expuestas en un espacio y tiempo por deseo de la voluntad de las partes.

Entonces el valor que podemos encontrar es una actividad de doble sentido en cuanto a la realidad que se manifiesta y en cuanto a la legalidad de las actividades y de las partes que se involucran. De este doble aspecto tenemos que la fe pública notarial, se observa en dos fases del otorgamiento. La primera como la descripción de la realidad o verdad del documento y los hechos y la segunda es de derecho, como ese estado de legalidad frente a los demás. Siendo entonces un aprueba directa porque ambos coinciden que el elemento objetivo a probar es un contrato o negocio jurídico y las declaraciones de voluntad sobre la cosa que sobra la cual se ha constituido el contrato, que se lo debe hacer además por escrito, a través de la escritura misma, siendo este aquel medio permanente lo que permite su aceptación y también tener una idea de lo que se trata por parte del juez al momento de realizar su correspondiente sentencia.



## **2.2. Los Principios en el sistema notarial.**

### **2.2.1. El principio de Inmediación.**

El principio de inmediación es aquel propio del derecho notarial que consiste en la relación de estar presente y de la necesidad de contacto entre el notario y las partes otorgantes e intervinientes para la creación y autorización del instrumento. “La función notarial demanda un contacto entre el notario y las partes, y un acercamiento de ambos hacia el instrumento público”, (Neri Argentino, 1980)

Por lo anterior, se puede entender que el notario es aquella pieza que autoriza cualquier acto o contrato que sea legal siempre que las partes se encuentren presentes. El principio de inmediación juega un rol importante para el ejercicio del notario. Como ya sabemos el notario es la base para que las partes encuentren la seguridad jurídica y cualquier acto ya sea testamentario o contractual, dado que, es quien está en presencia de los hechos y las partes, para que de esa forma ir moldeando lo que se lo denomina la voluntad de las partes plasmada en lo que ya conocemos como un instrumento público, donde la validez jurídica que tenga y como ésta emerge a la vida legal, dependerá netamente en el notario. Entonces decimos que en la actividad notarial para poder perfeccionar la obra que realiza, necesita estar en contacto con los hechos y las partes, otorgando así la parte de la operativa, es decir, colocar en movimiento el instrumento. De esto deducimos que esto es lo que llamamos inmediación, ósea esa comunicación entre las partes y notario, contacto directo para poder desarrollar con las múltiples actividades que se deben realizar como ser la receptiva, autenticadora, asesoría entre otras. Pero debemos preguntarnos, qué pretende perseguir la inmediación y es la entrega de certeza y valor jurídico a los actos y contratos que sean celebrados por el notario. Pero claro, esto sucede en un espacio de proximidad con las personas interesadas, hechos o actos que se buscan autorizar, (Gimenez, 2008).

Por ejemplo, en el contrato de compraventa, la parte compradora confía en el notario pues se entiende que es alguien que tiene honorabilidad para que el contrato quede perfeccionado con todos los requisitos legalmente establecidos por la ley y también en la parte vendedora que está dispuesta a enajenar su bien a cambio de un pago. De esto desprendemos que surge una relación de proximidad del notario con el vendedor y comprador, así como con los hechos, en la cual una vez que se solventaron todas consultas

que se tengan por parte de los comparecientes y que sean pertinentes, el notario separa en partes el documento y es ahí en presencia de las partes que recibe el consentimiento de ellos, quienes deberán ratificar y aceptar y posteriormente firmarán generando así ley para las partes. El notario con su firma y sello plasma en el documento el cual confiere certeza que ese documento cumple con todas las condiciones legales, (Larrea Holguin, 2008).

Ahora bien, tomando en cuenta que la función notarial descansaba en la observancia estricta de una serie de principios configuradores de la misma. Estos principios eran los de rogación, control de legalidad, consejo y asesoramiento, redacción e intermediación. Este último principio exige del notario la intermediación a los hechos, actos o negocios jurídicos que documenta de manera que la fe pública garantiza, ante todo, la exactitud de los hechos que el notario ve, oye o percibe por sus sentidos. La interrogante sería, si se conserva la prevalencia de este principio en la actualidad en una comparecencia telemática. Es indudable que a través de una pantalla es más imperfecto el sistema de comunicación entre personas, pero también lo es el hecho de que nos permite desarrollar una conversación larga con quien está al otro lado de la misma y apreciar su capacidad, entender su voluntad y cerciorarnos de que comprende el contenido del documento que va a ser autorizado por nosotros notarios. No se suprime, aunque sí se matiza, el principio de intermediación. En función de lo anterior, es importante señalar algunas disposiciones que permiten el desarrollo de actos notariales por medio de las tecnologías de la comunicación.

### **2.2.2. El principio de Unidad de Acto.**

Para comprender de mejor manera el tema que se abordará, es preciso analizar uno de los principios que engloba al derecho notarial como es la unidad de acto. Entonces podemos decir que este principio por el cual las partes involucradas en la celebración de un contrato deben estar presentes al momento del cierre ya que sin esto la celebración del contrato no es válida ante la ley. El Principio de Unidad de Acto: Establece la simultaneidad en el tiempo respecto de las distintas etapas de una escritura pública. La presencia del notario, de las partes, y de los testigos, en su caso, debe ser única y sin interrupción al momento de la lectura y posterior suscripción del documento o instrumento público.

Diferentes fuentes indican que la Unidad de acto es cumplir el principio de continuidad del tiempo, es decir, desarrollar el rito legal, no solo en el mismo escenario

sino también en un mismo momento. Es así como el notario puede demostrar de manera fidedigna la originalidad de los documentos y rúbricas de las partes involucradas en cualquier negocio jurídico. Ciertamente esta es la mejor manera de dar por terminado un acto legal ya que los comparecientes se encuentran en el lugar y tiempo de manera presencial, pero puede que este no sea la manera más eficaz o eficiente de celebrar dicho acto. Como lo experimentamos y fuimos testigo durante la pandemia global no siempre es beneficioso para las partes estar presentes por diferentes motivos, es por esto por lo que debemos asumir que durante la cuarentena varios actos no se llegaron a efectuar. Este principio no llega a ser fundamental al momento de la práctica ya que se pierde oportunidades, tiempo eficacia y eficiencia.

Bien sabemos que nuestra ley notarial nos habla de una Unidad de Acto Notarial, que es la base para poder suscribir un documento, pero al revisar la doctrina sobre derecho notarial y como ya mencionamos este principio fue importante en la antigüedad y así su manera de ser un pilar fundamental para la realización de un acto notarial. Por ejemplo, el código civil nos dice cuáles son los elementos del contrato y entre ellos encontramos

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

Todos estos son los elementos fundamentales de los cuales nacen un contrato además del precio ciertos hechos que pueden modificar sus efectos normales, pero como vemos en ningún momento menciona la necesidad que esto debe suceder en un mismo espacio y una determinada hora.

Entonces podemos decir que este principio que encontramos dentro del derecho notarial es una herramienta para brindar una vida comercial segura y sana que a su vez tenga la seguridad jurídica que tanto se anhela. Entonces se puede afirmar, para poder llegar a esta finalidad, se requiere que el derecho notarial sufra ciertos ajustes en su normativa para que la voluntad de las partes pueda ser manifestada de tal manera que quede plasmada en un documento y sea rígida ante los intervinientes, ya que aquí queda manifestada la fe pública del notario y queda constancia de que aquel acto jurídico fue realizado con todas las formalidades y requisitos legales, pero nada dice de cuando los intervinientes quieren realizar los actos deben estar presentes en la suscripción como

“Unidad de acto Notarial” sino únicamente quieren que la voluntad de ellos quede perpetuada en los documentos correspondientes, (Gatari, 2011, p. 23)

### **2.2.3. El principio de Consentimiento.**

Para establecer cuáles son los requisitos generales de los actos jurídicos podemos decir que, todos los actos jurídicos, para ser considerados como uno, deben cumplir determinados requisitos que tiene relación directa con la validez del acto mismo y no con su perfeccionamiento, como lo son los requisitos de forma. Se constituyen requisitos generales aquellos que deben concurrir en todos los actos jurídicos, y constituyen requisitos particulares, según la esencia, aquellos que lo identifican como tal, y según la naturaleza del acto o contrato aquellos que adicionalmente deben concurrir para su validez. A estos requisitos (generales y particulares) se les denominan también Requisitos de validez y Requisitos de existencia, respectivamente.

#### **2.2.3.1. Requisitos de Validez.**

*Artículo 1461 del Código Civil.* - Estos requisitos deben concurrir en todo acto o en todo contrato y, por supuesto, en el de Sociedad o Compañía.

El artículo 1461 del Código Civil Ecuatoriano establece estos requisitos:

- a) Consentimiento (o Voluntad) exento de vicios;
- b) Capacidad;
- c) Objeto lícito;
- d) Causa lícita;

Se agregan:

- e) Solemnidades: Tienen que ver con la naturaleza de los contratos.

#### **2.2.3.2. El Consentimiento (La voluntad).**

En el derecho no basta solo la intención sino su expresión externa, la misma que puede, a su vez ser expresa o tácita, pudiendo la primera ser verbal o escrita. La voluntad o el consentimiento es el resultado de un proceso (interno) del hombre, fruto de un deseo, de un apetito o de un querer espontáneo o fruto de una reflexión prolongada y moderada en lo recóndito de la mente humana, que termina por exteriorizarse o manifestarse

El consentimiento, para ser tal, debe contener la intención o voluntad interna del individuo, la misma que debe ser seria y consciente del resultado jurídico que se persigue, por un lado, y por otro, debe contener la manifestación de la intención o voluntad externa, es decir la exteriorización de la voluntad, para que sea conocida por los demás.

El consentimiento se forma, en dos fases:

**a) Oferta, policitud o propuesta:** Es el acto mediante el cual una parte propone a otra la celebración de un acto jurídico.

**b) Aceptación:** Es el acto mediante el cual una parte acepta la oferta. Si la contestación varía las condiciones originales, se mirará a dicha contestación como una nueva oferta (contraoferta).

### **2.2.3.3. Elementos de la voluntad jurídica**

La Voluntad en el derecho no debe comprender solamente la intención (que debe ser seria y consciente del resultado jurídico que se persigue) que es lo que caracteriza a la voluntad pura y simple, sino también la manifestación (que puede ser expresa o tácita; la expresa puede ser verbal o escrita) de la intención, por consiguiente, debe cumplir con los siguientes requisitos:

- Debe ser claramente manifiesta;
- Debe hacerse oportunamente en tiempo y forma; y,
- Debe concordar con la verdadera tendencia volitiva del sujeto.

### **2.2.3.4. Vicios del consentimiento.**

Habíamos establecido como requisito general del acto jurídico el consentimiento. Pero éste, para ser válido frente al derecho, debe ser **puro**, es decir no encontrarse afectado por ninguno de los vicios, como son: el error, la fuerza, el dolo y la lesión (Esta última en ciertos casos). Los vicios del consentimiento se encuentran recogidos por nuestra legislación en el artículo 1467 del Código Civil.

Los vicios de que puede adolecer el consentimiento son: error, fuerza y dolor. Para mayor claridad haremos una mención breve sobre estos.

**a) Error.** - Es el falso concepto de la realidad que consiste en creer verdadero lo falso o falso lo verdadero. Es el concepto equivocado que se tiene de la ley, de una persona o

de una cosa. Aclaremos que el error no equivale a la ignorancia, en lo que hay ausencia de conocimiento.

El concepto equivocado o el juicio falso que se tiene acerca de alguna cosa material o inmaterial o también el falso concepto de la realidad consistente en creer verdadero lo falso y falso lo verdadero. Este error puede presentarse cuando se trate de los bienes que se aporten a las Sociedades o Compañías, aclarando que el error no equivale a la ignorancia, porque en ella hay ausencia de conocimiento. (García, 2009)

Ese error puede ser de derecho o, de hecho. La ley expresamente indica en el artículo 1468 del Código Civil, que el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento. El error puede ser de dos clases: De hecho y de derecho.

**Error de hecho.** - Cuando recae sobre una persona o una cosa.

**Error de derecho.** - Cuando se ignora o se tiene un concepto erróneo de la ley.

El error de hecho se presenta en tres formas: Error Esencial, Error Substancial y Error Accidental.

**Error esencial (Error obstáculo).**- Implica ausencia total del consentimiento -por lo que no vicia el consentimiento sino que no hay consentimiento- y existe en dos casos: a) Cuando el error recae sobre la naturaleza o especie del acto que se ejecuta o celebra, como si una de las partes entiende donación y la otra compraventa (artículo 1469 del Código Civil) y produce la nulidad absoluta del acto; y, b) Cuando el error recae sobre la identidad de la cosa u objeto de que se trate, como si una de las partes cree adquirir un caballo y la otra entiende vender una vaca (Artículo 1469 del Código Civil) y produce la nulidad absoluta del acto. No hay consentimiento. Falta el consentimiento; falta un requisito esencial, en tal virtud, la sanción de nulidad absoluta del acto.

**Error sustancial.** - Existe consentimiento sobre la cosa, pero no así en cuanto a la sustancia, cualidad accidental, o persona con quien se contrata.

**Error accidental (no esencial).** - Es el error que recae sobre simples cualidades accidentales de la cosa, a que las partes no le han dado importancia o el que recae sobre el nombre de uno de los contratantes, si, a pesar de él, no hubiere duda acerca de la persona de la que se trate; por ejemplo, cuando se lo señala como (Alfonzo Cortez) cuando el nombre correcto es (Alfonso Cortés). A este caso se refiere, como uno de los

ejemplos, el artículo 1085 del Código Civil: El error en el nombre o calidad del asignatario no vicia la disposición, si no hubiere duda acerca de la persona.

**Error de derecho.** - Es el concepto equivocado que se tiene de la ley.

El error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento (Artículo 1468 del Código Civil). Por consiguiente, cualquier acto jurídico en que existiere un error de derecho es válido.

En materia posesoria, el error de derecho constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario (Artículo 721, inciso final, del Código Civil).

**El error común no vicia el consentimiento.** - Cuando el error cometido por una persona se generaliza de modo que pasa a ser un error en que incurre una colectividad o sociedad, quienes actúan o han actuado de buena fe considerando al error como algo verdadero, se convierte en un error común que en salvaguarda de los derechos generales de ese conglomerado no puede afectar el consentimiento; al contrario, demostrado que sea, valida el consentimiento. Se dice que el error común constituye derecho.

¿Debe, repetimos, existir una justa causa de error?, es decir, no debe aparecer a simple vista, sino que las apariencias las esconden, no lo dejan ver pero que, ya descubierto no vicia el consentimiento.

**b) La fuerza.** - Es la presión que se ejerce sobre una persona por actos materiales o amenazas para inducirlo a consentir o la compulsión que se ejerce sobre una persona para determinarla a celebrar un acto (debe ser grave y determinante). Para que sea considerada vicio del consentimiento debe contener los siguientes requisitos:

- Debe ser **grave**, es decir, Capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. (Artículo 1472 del Código Civil).
- Debe hacer nacer en el ánimo de la persona que la sufre, un justo **temor** de verse expuesta ella (o sus bienes), su cónyuge o algunos de sus descendientes o ascendientes a un mal irreparable y grave (Artículo 1472, inciso primero, del Código Civil).
- Debe ser **actual**, es decir que se ejercita al momento de darse el consentimiento, aún cuando el mal sea futuro.

- Debe ser **ilícita e injusta**, es decir, contraria al derecho. Por ejemplo: No hay acto de fuerza si una de las partes amenaza a otra con seguirle una acción judicial.

El **temor reverencial**, es decir, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto no basta para viciar el consentimiento. (Artículo 1472, inciso segundo, del Código Civil). Sin embargo, en ciertos casos, el **temor reverencial agravado** puede constituir fuerza, cuando, por ejemplo, en el caso de una madre que amenaza abandonar a su hija encinta al momento del parto, o en las amenazas hechas a un sacerdote por sus superiores eclesiásticos. El **estado de necesidad**, entendido como una situación apremiante que obliga a tomar decisiones que, sin ella, no se adoptaron, no constituye una expresión ni manifestación de fuerza. Ahora bien, la fuerza no necesariamente debe provenir de los contratantes, sino que puede provenir de un tercero. La fuerza, como vicio del consentimiento, acarrea la nulidad relativa del acto o contrato. (Artículo 1698, inciso tercero, del Código Civil).

c) **El dolo**: Es la intención positiva de irrogar injuria o daño a la persona o propiedad de otra (Artículo 29 del Código Civil).

**Dolo**: La intención positiva de irrogar injuria o daño a la persona o propiedad de otro;  
Pothier:

Puede existir dolo por acción (positivo) y por omisión (negativo). La reticencia no constituye dolo. Entonces, el dolo puede ser positivo o negativo:

**Dolo positivo**: Consiste en procedimientos de los que se vale una de las partes para engañar a la otra.

**Dolo negativo**: Consiste en una abstención, cuando una de las partes guarda silencio para engañar a la otra, y no le notifica ni le señala circunstancias que le harían desistir (a la otra parte) del contrato. Adicionalmente, el dolo es de dos clases:

**Dolo principal o inductivo**: Cuando ha sido obra de una de las partes y ha constituido el motivo determinante del contrato (Artículo 1474, inciso primero del Código Civil).

Ejemplo: El caso de que alguien busca una mina de plata, y otra persona, para engañarlo, disemina pedazos, en bruto, de este metal, para vender una mina improductiva.

Cuando el dolo, como en este caso, es obra de una de las partes y determinante del contrato, constituye vicio del consentimiento.



**Dolo incidente o accidental:** Cuando siendo obra de una de las partes no ha sido determinante del contrato, o cuando siendo el motivo determinante del contrato no ha sido obra de una de las partes, pero da lugar a la acción de daños y perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado o que se han aprovechado de él contra los primeros por el valor total de los perjuicios, y contra los segundos hasta el valor del provecho que han reportado del dolo (Artículo 1474, inciso segundo, del Código Civil).

En este caso, el dolo no constituye vicio del consentimiento. Al contrario que en la fuerza, el dolo debe provenir de una de las partes y nunca podrá provenir de un tercero. El dolo no se presume sino en los casos especialmente previstos por la Ley. En los demás debe probarse (Artículo 1475 del Código Civil).

**d) Vicio del consentimiento produce nulidad total del contrato de Sociedad.**

Lo más frecuente en las compañías en general es que el consentimiento está viciado de dolo, seguido en la generalidad de los casos por el daño. Si el promotor de una compañía consigue acciones sin desembolso, o con falsas promesas de aportes que no se realizan nunca, y si estas circunstancias afectan a la marcha general de los negocios, los socios podrán alegar la nulidad total y si se refiere a una sola parte de los socios la nulidad podría ser parcial, sin afectar a la constitución misma de la compañía.

**e) La lesión enorme:** Es la desproporción que existe entre las prestaciones de la cual resulta un perjuicio pecuniario para una de las partes. Sin embargo, para que la lesión vicie el consentimiento debe ser **enorme** (exceder de ciertos límites fijados por la Ley) y tiene cabida solamente tratándose, en lo civil, de la compraventa y de la permuta de bienes raíces, en el mutuo con interés en el cual la Ley autoriza la rebaja de los intereses que exceden del máximo legal y en la partición de la herencia.

El Artículo 1829 del Código Civil, por ejemplo, expresa que el vendedor sufre lesión enorme cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende; y el comprador, a su vez, sufre lesión enorme cuando el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que paga por ella.

La acción rescisoria por lesión enorme expira en 4 años, contados desde la fecha del contrato (Artículo 1786 del Código Civil) pero, el comprador que se halle en el caso de restituir el inmueble, deberá previamente purificarla de las hipotecas y otros derechos reales que haya constituido en dicho inmueble (Artículo 1835 del Código Civil). Por

consiguiente, no caducan las hipotecas constituidas sobre un inmueble. La lesión enorme acarrea la **nulidad relativa** del acto o contrato afectado por ella (Artículo 1699, inciso tercero, del Código Civil).

### **2.3. Sistema virtual y su relación con el derecho.**

#### **2.3.1. El uso de tecnologías actuales en la función notarial.**

Los nuevos adelantos científicos y tecnológicos enfrentan al derecho, como ente regulador de la vida social, a nuevos retos que inciden en sus diferentes ramas, principios e instituciones: entre ellas el Notariado; y que demandan respuestas para evitar los problemas que se generan ante la existencia de vacíos legales.

Recordando los orígenes de por qué surge la figura del Notario y con él, el Derecho Notarial, es necesario apelar al concepto de seguridad jurídica, concepto que se encuentra en la génesis misma de la naturaleza de la función notarial cuya tarea de recibir, interpretar las manifestaciones de voluntad de quienes recurren ante él “la única manera de eternizar las voluntades es por medio de la captación de hechos, para que permitan con posterioridad conocer su contenido, conservarlo en forma perdurable y trascendente”. (Abella, 2005, p. 34). Sin embargo, la revolución tecnológica y la innovación permanente que caracterizan el mundo actual obligan a variar los medios perdurables de evidenciar los hechos humanos, los cuales, ya no tienen como única presentación la dimensión física y corpórea, sino también virtual.

La afirmación que se ha mantenido a lo largo de esta investigación es que, históricamente, la función del Notario se encuentra definida por la seguridad jurídica que proporciona a la sociedad, una preocupación inevitable frente a estas nuevas tecnologías es justamente la seguridad y, con ello, la pregunta de si el notario puede continuar cumpliendo su función o si por el contrario es necesario una nueva forma de otorgar garantías a los negocios jurídicos. De primera impresión, y tomando en consideración cambios como la incorporación de tecnología biométrica en el ámbito de actuación notarial, parecería que la preocupación por el resguardo no tendría sentido. Es más, la aplicación de dicha innovación podría considerarse una garantía mayor frente a esa certeza que se cuestiona y vincula a la función notarial. Sin embargo, frente a otro tipo de innovaciones como las transacciones electrónicas, nos encontramos ante un escenario que

para muchos genera suspicacias y pone en entredicho la garantía de solides que debe observarse.

“No se trata de que el <temor notarial> ante estas nuevas formas de expresión en el mundo contemporáneo sea irracional. Está claro que junto al avance tecnológico “favorable” hay un conjunto de prácticas ilegales que acompañan y evolucionan con el desarrollo de la informática y que constituyen verdaderas amenazas frente a los usos de la modalidad virtual. Sin embargo, el mayor temor del notariado latino frente al avance del derecho informático radica, en nuestra opinión, al inevitable proceso de aprendizaje y, sobre todo, de adaptación que estas nuevas tecnologías imponen al ejercicio de su función y que, como en todo proceso de transición, implica un cierto margen de resistencia que busca racionalizar a través de argumentos como el de la falta de garantías a la seguridad jurídica y la fe pública notarial que se ven muchas veces como amenaza y no como verdaderas oportunidades de expansión, crecimiento, enriquecimiento de su rol social” ([www.academianotarialdecostarica.org](http://www.academianotarialdecostarica.org), 2011).

La idea de un “cibernotario”, de mucha mayor acogida en el mundo anglosajón, implica desde el punto de vista jurídico y técnico, un alto grado de especialización en materia de seguridad dentro de las tecnologías de la información, pero considero que el tiempo y la dirección que ha tomado el mundo en esta era de la globalización van a conducir inevitablemente al desarrollo cada vez más pronunciado de esta posibilidad. Si de algo estoy convencido es que nadie mejor que el Notario para ser capaz de adaptarse a las nuevas necesidades sociales de la postmodernidad, porque si algo más recuerdo de esas lejanas clases de historia que antes mencionaba es la importancia de su rol desde la conquista de América y la riqueza de su producción ha sido y sigue siendo fuente histórica invaluable para la reconstrucción del pasado colonial ya que fue, precisamente, su capacidad de adaptación y la importancia de su rol social lo que le ha permitido seguir siendo verdadero protagonista de la historia.

La figura del Notario, ante el impacto tecnológico de la informática y las telecomunicaciones en su actividad tradicional constituye, sin duda, un tema polémico y sobre el cual es necesario profundizar para absolver las justas inquietudes; y sí, también los inevitables temores, que esta revolución propia de la sociedad de la información genera en la actividad notarial latinoamericana.

En contraparte a las naturales resistencias que generan las innovaciones tecnológicas, y las consecuentes exigencias de adaptación, capacitación y flexibilidad que exigen al Notario, se encuentra también presente la necesidad de preservar el carácter humanista de la función notarial, el avance tecnológico no nos puede ni debe llevar a la deshumanización de la actividad del Notario y la seguridad jurídica que Él garantiza.

**CAPÍTULO III**  
**LA IMPLEMENTACIÓN**  
**DE NUEVAS**  
**TECNOLOGÍAS PARA**  
**EL DERECHO**  
**NOTARIAL.**

**3.1. Documento físico vs. documento digital.**

**3.1.1. Conceptos.**

Podemos deducir que existe una relación comercio electrónico y Derecho Económico, en el Ecuador se ha normado al comercio electrónico y a la Firma Electrónica aguardando la generalización y la utilización de servicios de redes de información e Internet, con el fin principal de desenvolver el comercio, es así como en el cuarto considerando de la Ley de Comercio Electrónico que a través del servicio de redes electrónicas, incluida la Internet se establecen relaciones económicas y de comercio, y se realizan actos y contratos de carácter civil y mercantil que es necesario normarlos, regularlos y controlarlos, mediante la expedición de una Ley especializada sobre la materia, entrando en acción el papel del notario y su participación de manera adecuada y mediante el uso también adecuado de lo que se denomina tecnologías de la información. Los temas de digitalización y gestión documental se han convertido en aspectos básicos para aquellas empresas que desean aprovechar los beneficios de la tecnología para mejorar la productividad de sus negocios, sin embargo, aún existen dudas respecto a la inversión que se requiere.

A continuación, se hará un análisis bajo las diferencias que enmarcan los aspectos positivos y negativos acerca de el manejo y la formulación de documentos de forma física y de forma digital, su impacto en las actividades cotidianas de las empresas y negocios, teniendo en cuenta también, las herramientas que permitan trabajar con información en términos de su digitalización.

Los documentos físicos, son aquellos archivos que están en formato de papel, y por sus características ofrece:

- Guardar la información de manera íntegra
- Los archivos no pueden ser modificados o alterados

- Los documentos como contratos o recibos se pueden firmar de puño y letra
- Se puede realizar la consulta de documentos sin tener que recurrir a algún dispositivo tecnológico

En cuanto a los documentos digitales, estos son aquellos archivos que están en formato digital, los cuales son depositados en medios y/o memorias virtuales, y sus características permiten:

- Mantener la información segura y protegida en un mismo lugar sin destinar un espacio específico para su resguardo.
- Se pueden firmar electrónicamente sin importar la ubicación de la persona que requiere firmarlos.
- Permite consultar cualquier documento en el momento en el que se necesite desde cualquier dispositivo tecnológico.

Algunos de los aspectos negativos de los documentos físicos son:

- La información puede ser robada o revisada por personal que no está autorizado a acceder a su contenido.
- Los datos pueden perderse en caso de accidentes o desastres naturales como inundaciones, temblores o incendios.
- Los archivos pueden deteriorarse con el paso del tiempo ya que el papel es vulnerable ante las inclemencias del tiempo, sobre todo si no tienen un resguardo adecuado.

Por consiguiente, las deficiencias de los documentos digitales suelen llegar a ser:

- El archivo puede quedar desactualizado por los avances tecnológicos.
- El documento puede perderse o ser vulnerable si no se cuenta con la seguridad informática actualizada.

Es importante resaltar que tanto los documentos físicos como los documentos digitales tienen sus propias ventajas y desventajas. Lo recomendable es hacer un balance de las necesidades de la organización para entender cuál es el tipo de documento con el que conviene trabajar.

### **3.1.2. Principio de Equivalencia.**

“Existe la tendencia mundial para asimilar los documentos y las firmas electrónicos a sus contrapartes del mundo material, por lo que, en última instancia, y por mandato de ley, dichos documentos electrónicos deberán ser considerados y no discriminados, incluyendo aquí a los avisos de las páginas Web”, (Borrero, 2009, p. 51). Por lo anterior, se confirma la importancia y la efectividad de la firma electrónica en la celebración de cualquier documento legal; ya que destruye las barreras de tiempo y lugar, al no tener como requisito que las partes deban estar en determinado espacio para la realización del contrato.

El principio de equivalencia menciona que no se minimizará importancia o funcionalidad a la firma electrónica; ya que cumple con el mismo propósito que una firma normal, confirmar la identidad y el acuerdo de las partes. Es necesario mencionar que la firma electrónica, a su vez, cumple con mecanismos de seguridad que protegen la singularidad y exclusividad de la firma, por lo que la convierte en un objeto con poco o ningún riesgo de ser falsificada. Además, es necesario acotar que una firma electrónica al encontrarse como mensaje de dato no debe tener menor efecto o fuerza en el ámbito jurídico que una firma normal, ya que ambas deben tener igual valor o eficacia probatoria, al ser única e intransferible, propiedad de una persona natural o jurídica.

Si bien el acuerdo verbal y el acuerdo escrito, entendiéndose por este, firma manuscrita, pueden ser aceptados por la ley; no los convierte en los más seguros o aptos para la celebración de contratos o acuerdos legales, debido a que puede llegar a tener mayor riesgo de copia o falsificación al momento de cerrar un acto jurídico, en eso es lo que se basa y tiene como fundamento el comercio electrónico, y este viene a ser el pilar para desarrollarse con seguridad y confianza dentro de una sociedad. Es por esto que este principio es fundamental en la actualidad y nos sirve para evitar algún tipo de fraude en los mensajes que sean enviados de manera telemática con respecto a por ejemplo una declaración de voluntad expresada de manera ya sea escrita o tradicional, (Calvo García, 2005).

La firma electrónica, abre puertas infinitas al mercado y comercio mundial, ya que los participantes pueden encontrarse en diferentes lugares y esto no afectará la celebración del contrato. El comercio electrónico, cumple un papel muy importante dentro de la globalización, ayuda a conectar y expandir las fronteras comerciales. Además, para que un país crezca económicamente y se vuelva competitivo, debe introducirse en el campo

eléctrico, brindando facilidades comerciales para las empresas e individuos que deseen invertir o comerciar en el país. La ventaja de utilizar la firma electrónica es que se puede integrar a un número de participantes ilimitado, estos pueden ser conocidos como desconocidos ya que pueden contar con la seguridad y autenticidad que brinda la firma electrónica.

HASTA AQUÍ LA REVISION 22-08-21

### 3.1.3. Diferencia entre documento físico y documento digital.

Es necesario considerar el desarrollo de manera clara, la diferencia entre documento físico y digital. Para lo cual se ha elaborado un cuadro para destacar las diferencias más importantes que servirán de complemento para la elaboración del presente trabajo investigativo.

**Tabla 1** Diferencias entre documento físico y documento electrónico.

DOCUMENTO FÍSICO O CONVENCIONAL	DOCUMENTO ELECTRÓNICO
Debido a los símbolos, números, letras, etc., el contenido puede ser elaborado e interpretado por cualquier persona	Debido a la complejidad de los datos electrónicos, sólo puede ser procesado por medio de un ordenador
El documento físico, no puede ser separado de quien lo transporta	Puede ser transportado de su origen y compartido a varios ordenadores
Únicamente obtiene un valor, tras comprobar la autenticidad elementos como la firma	La autenticidad puede ser comprobada mediante hardware y software por el cual fue creado

**Autor.** Pedro Sebastian Rodriguez.

Por lo anterior, dado las características de los documentos electrónicos, estos son más eficientes, ya que permiten su recuperación y son de fácil acceso, sin importar el lugar en el que se encuentren, de hecho, gracias a los espacios de memoria virtual, como



a la nube, no es necesario un dispositivo específico para el almacenamiento de los datos a utilizarse para la celebración de un contrato.

Nuestro ordenamiento jurídico concede a los Notarios la facultad de pronunciarse sobre la exactitud de fotocopias o compulsas que se obtenga por la utilización de medios tecnológicos, y de la misma forma le permite hacer una comparación entre la copia y el original que haya sido exhibido, así también, el Notario para poder autorizar una escritura pública debe haber verificado la capacidad de los comparecientes, observando y cumpliendo con todos los requisitos de validez. Esto nos demuestra que el Notario tiene una labor exhaustiva al momento de analizar y verificar el documento que se le exhiba para dar cumplimiento a su obligación de dar fe de su exactitud, esto es, comparar que sea igual al documento tomado como original. La misma tarea tiene el Notario cuando se le presenta un documento electrónico, sea este materializado o desmaterializado. La Ley Notarial le atribuye al Notario la facultad de certificar documentos bajo las siguientes modalidades;

- a) Dar fe de la exactitud, conformidad y corrección de fotocopias certificadas o de documentos que se exhiban en originales conservando un ejemplar con una nota respectiva en el libro de certificaciones que se llevará para el efecto”. Esto significa que, el notario antes de emitir la correspondiente certificación deberá constatar la exactitud esto es que sea exacto, inmutable e invariable con relación al original; la conformidad del documento ósea que el documento exhibido sea proporcional o correspondiente al documento original; corrección, esto es, en sentido amplio que el notario certifique la existencia de modificaciones que no alteren su esencia con respecto al documento original. En otras palabras, el notario debe garantizar en su trabajo que entre los documentos originales y las fotocopias que le presenten para su certificación. (Larrea Holguin, 2008)
- b) Del mismo numeral y artículo mencionado en el párrafo anterior, se concede a los notarios la facultad de conferir copias certificadas físicas de un documento electrónico, al tenor siguiente: “conferir copias físicas certificadas de un documento electrónico original”; en este punto vale la pena mencionar que un documento electrónico siempre va a conservar la característica de originalidad, salvo en aquellos casos que exista un pronunciamiento judicial que establezca lo contrario. Sin perjuicio de ello, el notario para cumplir con esta facultad legal debe cumplir un procedimiento para transformar un documento almacenado o fijado en un soporte electrónico a físico, guardando las diferencias que en este caso

apliquen, siendo en este momento en donde vamos a encontrar procesos de materialización y desmaterialización de documentos, los cuales no han sido desarrollados por nuestra legislación, teniendo como consecuencia de ello, que no exista distinción el uno del otro. (Larrea Holguin, 2008)

#### **3.1.4. Proceso de Automatización en el Ecuador**

En el Ecuador la digitalización de documentos y la automatización de procesos por medio del uso de las tecnologías de la información y comunicación se ven legalmente establecidos mediante decreto ejecutivo No. 1014. En el decreto numero 1014 antes mencionado establece la disposición de acoplar al gobierno y sus dependencias el uso de las tecnologías de la información y comunicación, el día 10 de abril del 2008. Como considerando se establece la creación de la subsecretaría de tecnologías de la información, la cual es dependiente directamente de la secretaria general de la administración. En este decreto-Ley se establecen normas legales que permiten la implementación de la tecnología en sus funciones estatales como una política pública la cual responde a la redistribución y utilización de software libre dentro de toda la administración pública. (Borrero, 2009)

Cabe mencionar que en leyes anteriores ha dicho decreto ya se manejaban términos técnicos que se relacionan con la digitalización. También es de importancia jurídica el hecho de que la ley de comercio electrónico, firmas electrónicas y mensajes de datos contenga elementos de TICS cuando aún no han sido establecidos formalmente mediante ley el uso de estas herramientas informáticas. Esta ley fue vigente el 22 de diciembre del 2002. Es por esto que la ley de comercio electrónico, firmas electrónicas y mensajes de datos fue un referente para el gobierno establecer estos métodos tecnológicos que facilitan los procesos. El comercio es el principal motivo por el que la digitalización se ve presente en nuestras vidas y es un avance que ha causado una revolución en el área administrativa del estado central y sus dependientes. Además, a todo esto, mediante este decreto se crea el gobierno electrónico el cual se define como:

“El Gobierno Electrónico se refiere el uso de las Tecnologías de Información y Comunicación, por parte de las entidades gubernamentales para transformar las relaciones con los ciudadanos, entre entidades de gobierno y empresas privadas”, (Ministerio de las telecomunicaciones, 2018).

El 31 de diciembre del 2002 se publica en el registro oficial el reglamento a la ley de comercio electrónico, firmas electrónicas y mensajes de datos. Se aprueba este reglamento mediante decreto ejecutivo No. 3496 el que establece una ley más para fomentar el gobierno electrónico y en consecuencia regular la sociedad de la información. Existen estas leyes para fomentar y controlar el uso de las tecnologías de la información y comunicación; el ministerio de telecomunicaciones y sociedad de la información es el encargado principalmente de emitir políticas públicas para el uso de la tecnología. Todas estas entidades antes mencionadas forman el gobierno electrónico. El desarrollo se fomenta por medio de las leyes las cuales brindan una base sólida para el desempeño de las tecnologías, cabe recalcar que el proceso legal está impuesto en el Ecuador, pero en pocas instituciones se tiene realmente el uso de las tecnologías de la información y comunicación. Es un cambio drástico el cual está establecido; con el tiempo veremos una digitalización y automatización total. Existen varias instituciones gubernamentales que tienen más desarrollo que otras debido a su función; como ejemplo podemos analizar dos instituciones diferentes; la página de internet del Instituto Nacional de Contratación Pública es muy bien estructurada en la cual además de conseguir información se puede realizar algunos tipos de tramites vía digital. En comparación a una inexistente página del registro mercantil, siendo una institución que depende de la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos.

### **3.1.5. Regulación de documento físico y digital.**

#### **3.1.5.1. Regulación del documento digital**

#### **LEY DE COMERCIO ELECTRÓNICO, FIRMAS Y MENSAJES DE DATOS.<sup>4</sup>**

Con el pasar de los años los medios electrónicos han ido ganando campo en la cotidianidad de las personas, es por esto que, para simplificar y agilizar, su uso continuo y evolutivo nace la necesidad de que exista una regulación. Es por esta razón que resulta imperativo mencionar la normativa que rige al comercio electrónico, así como firmas y mensaje de datos. Por consiguiente, haremos mención de algunos de los artículos más destacados al respecto. En primera instancia, presentamos el reglamento a la Ley de Comercio.

---

<sup>4</sup> Ecuador, Congreso Nacional, Ley No. 67, Ley de comercio electrónico, firmas y mensajes de datos (Quito, 17 de abril, 2002). <[http://www.oas.org/juridico/spanish/cyb\\_ecu\\_ley\\_comelectronico.pdf](http://www.oas.org/juridico/spanish/cyb_ecu_ley_comelectronico.pdf)>. Consulta: 18 de noviembre, 2014

### **3.1.6. Materialización de documentos electrónicos**

1. Para la diligencia notarial de materialización de documento electrónico es necesario tomar en cuenta lo siguiente:
2. La materialización del documento electrónico, mensaje de datos, o página web, no cambia su naturaleza ni lo convierte en documento público.
3. La certificación de un correo electrónico materializado debe realizarlo únicamente la persona que envía o la que recibe el correo electrónico, ya que podría violarse el derecho a la intimidad y el secreto de correspondencia establecido en la Constitución.
4. El peticionario debe ingresar con su usuario y contraseña a su correo electrónico en el computador asignado de la notaría donde se imprimirá el correo enviado o recibido y el o los documentos que consten como adjuntos, el notario a su vez guardará una copia en el libro de diligencias.
5. La materialización de páginas web, debe realizarse a pedido de la parte interesada, nunca puede hacerlo el notario de oficio.
6. La certificación mediante materialización de mensajes de datos como WhatsApp, Messenger, o publicaciones en redes sociales, como Facebook, o Instagram, etcétera, debe realizarse la certificación de la página Web, desde el computador de la Notaría con el usuario que solicita la certificación, que a su vez es quien va a utilizar esa certificación.
7. El peticionario debe comparecer personalmente a solicitar la certificación portando su cédula de ciudadanía y papeleta de votación, o pasaporte de ser el caso, e indicar por escrito el uso que va a dar a ese documento.
8. La certificación mediante materialización debe ser del documento electrónico original, es decir no se puede certificar mensajes de datos reenviados, correos electrónicos reenviados, ya que pierden su naturaleza de original, y pueden ser susceptibles de modificación o adulteración y no serviría como prueba.

## **3.2. El Sistema Eufides.**

### **3.2.1. Concepto**

En Europa podemos encontrar un principio que se repite siendo un común denominador y es el denominado libre circulación que puede ser de capitales, de empleados, de gente profesional, de mercancía. Y es cuando nace aquí una pregunta que

se debate en la actualidad acerca de la escritura, en cuanto a si esta también puede ser revisada, modificada en diversas notarias. El fundamento de este concepto surge a raíz de que el notario tiene esa función pública y forma parte de la soberanía que cada Estado posee, de manera que cualquier persona puede cumplir con esta función, es decir ser notario en otro país, si se cumplen con los requisitos que se requieren por cada uno de estos Estados para poder desempeñar dicha función, entonces la base para una circulación libre de cualquier carácter no radica en los notarios ya que ellos no pueden circular de un lado a otro, sino las escrituras. (Lambertus, R. & De los Reyes, M., 2012)

Si tenemos en cuenta la competencia del notario en relación al documento “escritura”, podemos tener como resultado que unos usuarios de alguna notaría en un país podrían firmar en Francia una escritura de compraventa de un inmueble en España y que dicha escritura surta efectos en España. Pero surge otra incógnita sobre cómo estos documentos pueden surgir. Aquí nace el proyecto de Eufides, para que la escritura circule ya que esto significa una mayor circulación económica y para ello debe reunir todas las garantías y ser perfectas en los países que están interviniendo, además de existir una cooperación entre los notarios que permita la correcta circulación garantizando así a la escritura para que surta con todos sus efectos para la cual fue concebida. Los fundamentos del Proyecto Eufides fueron desarrollados en el sentido de ser admitidos por el Consejo de los Notarios Europeos (CNUE).

### **3.2.2. Desarrollo en Europa.**

En Europa este proyecto está basado en el apoyo entre notarios que forman parte a países que cuentan con un notariado de origen latino, ya que el correcto funcionamiento se evidencia por los conocimientos concretos y especializados del notario latino, así como en su alta preparación como funcionario público delegado por su Estado para velar por la seguridad jurídica. Sin embargo, no se puede dejar a un lado la práctica para poder llegar a acuerdos con las otras naciones de procedencia escandinava, por ejemplo, el Reino Unido, con el afán de fortalecer el flujo de los documentos de estos países y fortalecer la integración a esos países en el proyecto europeo global de cooperación jurídica y notarial entre notarios de otros países.

Este proyecto fue desarrollado para dar una solución al tema de compra y venta de inmuebles, con la idea de que el usuario de la notaría pueda escoger de manera

voluntaria y libre a su notario. A su vez el notario trabaja en todo lo necesario para que realice por su cliente que la escritura que está en negociación sea válida y autorizada en otro país. Cuando analizamos el proyecto Eufides nos damos cuenta de que trata de validar a aquellas escrituras que tengan argumentos de índole internacional. Donde mayor importancia puede tener este proyecto serían en las escrituras de liquidación de haberes conyugales o una partición de herencias. Incluso, estos temas ya no quedan únicamente en el ámbito de bienes raíces sino en cuentas bancarias, que de igual manera pueden encontrarse, (Lambertus, R. & De los Reyes, M., 2012).

No obstante, el Proyecto Eufides pretende ser válido para todas aquellas escrituras que, por su contenido, puedan tener una dimensión internacional. Uno de los casos más evidentes en que el Proyecto Eufides podría tener aplicación serían las escrituras de partición de herencia o liquidación de comunidades matrimoniales. Incluso, en este caso, tendría el Proyecto una dimensión que va más allá del ámbito inmobiliario, pues estas escrituras se refieren también habitualmente a cuentas bancarias, acciones o participaciones... que podrían encontrarse igualmente en distintos países e implicar Derechos diversos. Eufides será también un instrumento muy útil para determinar, con la ayuda del notario extranjero, los datos necesarios para la intervención en España de personas jurídicas extranjeras o viceversa.

“También será un mecanismo que facilite la circulación de los poderes dentro de Europa, al modo en que ahora circulan en nuestro propio país. En relación con los testamentos o declaraciones de herederos, el Proyecto Eufides permitirá el intercambio de información cuando el notario que va a autorizar el testamento no conoce en profundidad el Derecho que constituye su base material y debería facilitar también su registro en los registros de testamentos de otros países. Extenderá, pues, su aplicación, a todos los ámbitos en que el notario es especialista; y es que la información que puede suministrar el notario, por sí misma, tiene un inestimable valor”, (Lambertus, R. & De los Reyes, M., 2012).

### **3.2.3. Su posible implementación en Ecuador.**

El Proyecto Eufides depende en su funcionamiento de los medios telemáticos. Precisa de una adecuada plataforma de comunicación entre los dos notarios colaboradores y de un servicio de autenticación de las firmas electrónicas. En este momento se dispone

de una plataforma a la que es fácil acceder una vez se poseen los códigos necesarios y, por otra parte, el programa “Bartolus”, que ya existía, se ha demostrado muy eficaz y rápido en la certificación de las firmas electrónicas de los notarios europeos. Sistemas como “Bartolus” deberían sustituir a la apostilla en el seno de los países implicados. Algunos países, como la propia Holanda, no exigen la apostilla cuando el notario receptor considera suficientemente probada la autenticidad de la firma. Un futuro reglamento europeo sobre comunicación digital hará depender además esta cuestión del reconocimiento mutuo: si yo admito como suficientes tus documentos sin apostilla, no podrás exigirla en tu país a los míos. En cualquier caso, queda decir que el Proyecto Eufides está abierto a cualquier posibilidad técnica futura que pueda mejorar su funcionamiento.

El tema sobre su implementación en el Ecuador parece ser posible pero debe seguir ciertos lineamientos y brindar esa seguridad jurídica, la discusión en nuestro país en materia de la aplicabilidad en la función notarial sobre la virtualidad, si bien es cierto que la emergencia por la pandemia ha transformado la manera de cómo nos comportamos como sociedad, es imperativo que no sea solo la razón por la cual acudamos a herramientas tecnológicas no solo para la función notarial si no para muchos aspectos de la vida en sí. Ahora bien, el avance tecnológico se ha dado desde las últimas décadas y es ahí la razón del porque dar el salto a una mejor praxis. A continuación, presentamos casos de éxito en la función notarial virtual en países, algunos de ellos mucho antes de la emergencia por la pandemia.

**Argentina:** *Certificados Notariales Remotos*, que permiten que el escribano certifique el hecho de la firma de una persona en un documento por videoconferencia anexando la copia del instrumento que vio digitalmente.

**Brasil:** existe autorización por parte de los notarios para la celebración de *escrituras públicas* por medios remotos.

**España:** el *acta notarial de la junta general de sociedades y asociaciones, la constitución de sociedades, la póliza bancaria*, celebrada ante notario sin la presencia física de los otorgantes. Plataforma telemática exclusiva, el sistema integrado de gestión notarial (SIGNO), incluso con firma digital móvil.

**Bélgica:** aprobó la *celebración de contratos bilaterales entre ausentes mediante videoconferencia*, con la asistencia de un notario en cada lugar.

**Francia:** el Acto Notarial a distancia, en cuya virtud el notario puede autorizar un acto notarial en soporte electrónico si existen limitaciones presenciales de los intervinientes.

La discusión no se puede orientar a la premisa de que son realidades distintas, dado que la tecnología que se da a todos en todos ya sea en diferentes niveles, pero su uso lo que debemos determinar es por donde va la tendencia, reiterando que es sin quitarle la esencia a la función notarial, brindar seguridad jurídica a través de la fe pública, no se trata de que las tecnologías van a reemplazar la función notarial, dado que esta se ha mantenido y deberá seguir manteniendo su rol. Es en este contexto que se ha empezado a ver el tema de la videoconferencia y la incorporación en el principio de inmediación notarial de la realidad virtual.

### **3.3. Reformas de la Ley Orgánica del Código Orgánico de la Función Judicial.**

El 08 de diciembre de 2020, se publicó la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico de la Función Judicial en el Registro Oficial, la cual contempla las distintas áreas y por consiguiente en la función notarial.

#### **20. Duración de funciones de Notarios - Implicaciones de la Reforma al Artículo 300:**

- *Las notarías y los notarios permanecerán en el ejercicio de sus funciones por un período de seis años.* Podrá reelegirse por una sola vez para la misma u otra notaría, quien ha cumplido con la evaluación de los estándares de rendimiento, conforme con lo establecido en el reglamento que para el efecto expida el Consejo de la Judicatura

Según lo anterior atendiendo al hecho de que los derechos y garantías del debido proceso se aplican no solamente a las materias penales, sino a las administrativas y tributarias por igual, el derechos de recurrir de la sentencia contencioso administrativa y tributaria se cumple en Ecuador mediante las cinco causales del recurso de casación, que permiten la revisión integral del fallo impugnado en estas materias, causales que alcanzan a principios de valoración probatoria, a la motivación misma del fallo y a la violación o falta de aplicación o errónea de cualquier norma sustantiva o procesal (Art. 268 del



COGEP). La función notarial conserva sus funcionalidades, siempre y cuando, sus funcionarios, ameriten la permanencia en estas dependencias, optando a su vez por una reelección si su caso lo amerita, y por consiguiente si es de su plena facultad.

### **3.4. Reformas a la Ley Notarial Comparecencia Telemática**

Con la publicación de la Ley Orgánica Reformativa del Código Orgánico de la Función Judicial en el Registro Oficial número 345, el 08 de diciembre de 2020, se han dispuesto modificaciones y cambios en pro del acceso a los servicios en pleno goce del derecho y servicios de parte de las entidades públicas por ende se reforma las disposiciones a la Ley Notarial.

A continuación, abordaremos estas disposiciones:

#### **1. Implicaciones de la Reforma al Artículo 5:**

- Todos los servicios notariales serán prestados de manera física o telemática. Las y los solicitantes deberán expresar formalmente la modalidad para la prestación del servicio.
- Los servicios notariales telemáticos serán prestados a través de videoconferencia de acuerdo con la naturaleza del acto. En los casos que se requiera el desplazamiento de la notaria o del notario, el pedido y la respuesta serán atendidos de forma telemática.

Por lo anterior queda expresado bajo la reforma de la Ley, que las partes que intervienen en el proceso pueden expresar su voluntad sin recurrir a estar presentes en el proceso, lo cual beneficia la participación de la institucionalidad en la cotidianidad de los ciudadanos en cuanto a sus procesos notariales, cabe notar que siempre debe existir los criterios de seguridad y de fe pública.

#### **2. Implicaciones de la adición de los Artículos 18.1 y 18.2:**

- Para la realización de las diligencias y actuaciones notariales, la comparecencia de las partes podrá ser tanto de manera física o telemática. En el segundo caso, la petición deberá ser firmada electrónicamente.
- En los casos de servicios notariales telemáticos se utilizará la plataforma electrónica del Consejo de la Judicatura, la que garantizará la seguridad del acto

notarial y le permitirá a la o al notario ver, escuchar, interactuar con las o los comparecientes y constatar su capacidad, conocimiento y que su voluntad no esté viciada.

- En caso de comparecencia telemática la suscripción de los documentos notariales se realizará con las respectivas **firmas electrónicas** de todas y todos los otorgantes y de la notaria o del notario.
- En el protocolo digital de las diligencias y actuaciones notariales telemáticas se archivará la videoconferencia íntegra y completa, garantizando la seguridad de la actuación notarial.
- Sin perjuicio de que la petición y respuesta del servicio se pueda realizar de forma telemática, las siguientes diligencias o actos notariales se realizarán de forma presencial:
  1. Celebración de testamento cerrado;
  2. Autorización de salida del país de menores de edad;
  3. Apertura y publicación de testamento cerrado;
  4. Notificación de traspaso de créditos y traspaso o cesiones de derechos o créditos personales;
  5. Sorteos, apertura de casilleros u otra constatación física por parte de notarias o notarios;
  6. Autenticación de firmas puestas ante él o ella, en documentos que no sean escrituras públicas;
  7. Registro de firma física de servidoras o servidores y representantes legales de personas jurídicas; y,
  8. Dar fe de la supervivencia de las personas naturales.

En este orden, queda sustentada la modalidad en la pertinencia del recurso telemático en la función notarial, de acuerdo a los protocolos que la Ley establece para que se de cumplimiento a las garantías, y el proceso sea transparente, por lo que se da una importante ampliación a la cobertura de la función notarial para con

los ciudadanos, es por esto que queda expresado la importancia de avanzar hacia la oferta de la virtualidad como un recurso viable.

### **3. Implicaciones de la Reforma al Artículo 19:**

- Los notarios podrán realizar la recepción de la exteriorización de voluntad de manera física o de forma telemática, de conformidad con la elección de los usuarios.
- Las y los notarios deberán cumplir los estándares de rendimiento establecidos en el Código Orgánico de la Función Judicial, los cuales serán evaluados a mitad del período de gestión y antes de concluir el mismo.

Queda expresado que la tecnología no reemplaza la función del notario, por lo que es este quien, en pleno cumplimiento de su rol, deben dar cumplimiento a lo establecido en la Ley.

### **4. Implicaciones de la Reforma al Artículo 22:**

En los protocolos se distinguirá la modalidad en la que fueron otorgados.

Este recurso permite que el alcance de la función notarial se exprese de distintas formas a la tradicional, y que su evidencia conste como una herramienta que facilite el accionar de los usuarios, en cuanto a función notarial como un espacio de acceso libre.

### **5. Implicaciones de la Reforma al Artículo 28:**

- En la prestación del servicio notarial telemático la notaria o el notario verificará la capacidad de los otorgantes, la libertad con que proceden, el conocimiento con que se obligan, a través de la plataforma segura proporcionada por el Consejo de la Judicatura.

Una vez mas queda bajo evidencia que el uso de tecnologías para la función notarial no vulnera en ningún momento los derechos de los usuarios, por cuanto estos deben manifestar sus intenciones, gozando de la libertad que caracteriza el desarrollo de un proceso notarial.

### **6. Implicaciones de la Reforma al Artículo 29:**

- Si el acto o contrato se realiza de forma telemática, en la escritura se incorporará la firma electrónica de todas y todos los comparecientes y de la o del notario.

Esta modificación le aplica el valor de seguridad al documento y sobre todo al proceso, por cuanto la legalidad de la firma electrónica ya hace parte de los reconocimientos legales que tenemos los usuarios. Y, por consiguiente, podemos hacer uso de ella, para aspectos legales, sin que estos pierdan su validez.

## **7. Disposición general:**

- El término servicios notariales telemáticos comprende la utilización de mecanismos y medios electrónicos, remotos o tecnológicos de cualquier naturaleza para la realización de los actos que son prestados por las notarías y notarios.
- En todos los actos, contratos o diligencias, la comparecencia a través de medios telemáticos, electrónicos o remotos tendrá plena validez y la misma eficacia que la comparecencia física.

## **3.5. Estructura Tecnológica Idónea para garantizar seguridad jurídica.**

### **3.5.1. Seguridad jurídica:**

“Seguridad jurídica es la certeza que tiene todo sujeto de Derecho sobre la aplicación efectiva del ordenamiento jurídico del Estado o reconocido por éste con eficacia jurídica y la garantía de que, en caso de violación de dicho ordenamiento, la institucionalidad del país impulsa la materialización de la responsabilidad correspondiente. La seguridad jurídica es la garantía que tiene todo sujeto de Derecho de que el ordenamiento jurídico del Estado o reconocido por éste con eficacia jurídica, tiene vigencia plena en lo formal, soluciones racionales orientadas a cumplir los fines esenciales del Estado, en cuanto a su contenido, y aplicación efectiva en lo material, tanto en lo sustantivo como en lo procedimental; y de que en caso de violación a dicho ordenamiento, la institucionalidad pública, fundamentalmente, funciona de manera oportuna y eficaz, para que en todos los casos el sujeto de Derecho quede libre de todo perjuicio o se le

repare o compense el sufrido sin justificación jurídica”. (García, 2009, p. 53)

En cuanto a ciertas incertidumbres que puedan suscitarse, a la regulación de los principios de Unidad e intermediación en la virtualidad, si se pierde la seguridad jurídica de la garantía que existe en la suscripción de un acto público, que pasa a estar en los protocolos públicos, no obstante, queda claro que existe ambigüedad o más bien el concepto de “Unidad de Acto Notarial” Evolucionó”, en la antigüedad era la participación de todos ante el escriba, mientras que ahora, este concepto de Unidad de Acto Notarial, se lo considera como el Acto en sí que inicia, primero con las negociaciones, y concluye al final con la suscripción del acto; esta diversidad de conceptos los encontramos en la doctrina, así el jurista escribano Argentino Neri en su comentario en cuanto al Acto Notarial en el libro Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial en la página 380 señala que la "Unidad de Acto Notarial" tiene lugar en la Audiencia notarial, y que existe conexidad entre tres circunstancias predominantes que son: La unidad de contexto, la unidad de tiempo y la unidad de lugar, por otro lado el Escribano José María Mustapich en su libro Tratado teórico y Práctico del Derecho Notarial 38, en la página 490, se refiere al II Congreso Internacional de Notariado Latino y señala que la "Unidad de Acto Notarial" en escrituras públicas constituye un requisito preponderante, pero que tratándose de un acto entre vivos no es prudente fijar de manera absoluta la obligatoriedad de dicho principio y señala que votaron a favor de esto Argentina, Bélgica, Italia, España, Holanda y Portugal y el Vaticano se sumó a posterior. Más allá de ello también se ha hablado del Principio de intermediación, que bien se puede considerar como la comparecencia de todos, más sin embargo, que es lo que requiere el Notario de la "Unidad de Acto Notarial", es conocer la voluntad de las partes y de lo que suscriben para ello lo que requieren y es aún mejor es estar a solas cada uno con el Notario para conocer la real intención de cada uno de ellos, y eso si garantiza el acto Notarial, por ello, la entrevista de cada una de las partes es necesaria, más el hecho de que sean sucesivas, no afecta en ningún momento la seguridad jurídica notarial.

### **3.5.2. Competencia Notarial en los medios telemáticos.**

En los marcos de las observaciones anteriores, hay autores contemporáneos que miran estos cambios desde una óptica más optimista, presentando para ello, las ventajas que las TIC's otorgan al sistema jurídico ecuatoriano, para que este sea más ágil y

funcional, sin que esto afecte la seguridad jurídica que es la base fundamental de todo sistema normativo. Cabe agregar, que el uso de las TIC's en el desarrollo de la actividad notarial no perturba los principios de la función del notario; esto se fundamenta, al considerar, que aspectos tales como la presencia de los otorgantes, el análisis del documento en cuanto a su forma y contenido, la legitimación, la modelación de la voluntad de las partes, y el libre consentimiento, son principios esenciales que el notario aún realiza sin perjuicio de utilizar las nuevas tecnologías. “Son justamente estos principios, los que en la actualidad otorgan seguridad jurídica en los actos en sede notarial y que no se han visto disminuidos por el uso de las TIC's, por el contrario, al verse acompañados de mecanismos que ayudan a agilizar el trabajo del notario y a obtener información de primera mano de manera más eficiente, otorgan un plus en la cadena operativa del acto, que conlleva a manejar la información de manera inmediata entre los otorgantes, el notario y el receptor”, (Arellano, 2021).

Precisando una vez más, desde la Constitución del 2008, el sistema normativo ecuatoriano ha sufrido un cambio de paradigmas, reformado ciertas leyes y promulgado otras, con el objetivo de cumplir los derechos y garantías consagrados en la Carta Magna, en correspondencia con el desarrollo tecnológico. En materia notarial, las reformas introducidas desde el 2008 hasta la actualidad nos han presentado en ciertos casos un escenario más asertivo en cuanto a la seguridad jurídica promulgada en la Constitución, como es el caso de la exclusividad de ciertos actos de jurisdicción voluntaria que deben conocerse en sede notarial, así como la obligatoriedad de la utilización de un sistema informático para el registro y control de los actos y el archivo documental. “En este propósito, la falta de pericia de los notarios frente al uso de las TIC's; así como el débil sistema normativo en el que se sostienen los actos del notario y su responsabilidad frente al uso de las mismas, como es el caso del uso de firma electrónica y su validación, la constitución de compañías mediante el sistema on line, la autenticación y certificación de documentos electrónicos, entre otros, presenta un menoscabo a la seguridad jurídica de dichos actos”, (Abella, 2005)

### **3.5.3. Necesidad de una reforma integral a la ley notarial.**

En las últimas décadas, para algunos constitucionalistas y para algunos doctrinarios, dentro de las funciones del Estado se debía incluir también de la Función Notarial como órgano independiente de la Función Judicial, debido a sus atribuciones

destacadas, al ser depositaria de la fe pública por mandato soberano del Estado, ya que con esta potestad establece con fuerza obligatoria la verdad de los actos y de los hechos que emanan de las instituciones. En el caso ecuatoriano, la Constitución vigente declara las funciones del Estado en cinco grandes estamentos a saber: Además de la Función Ejecutiva, la Función Legislativa y la Función Judicial, también ha determinado que otras dos funciones son básicas y primordiales dentro del engranaje del Estado, para una mejor y mayor relevancia del Estado, estamos hablando de la Función Electoral y la Función de Control Social y Participación ciudadana. La actividad notarial y su misión de establecer la verdad legal de los hechos y de los actos, no así la verdad material, en la práctica no es posible, debido a que en el mundo actual las funciones públicas y privadas se han desarrollado, por lo que es poco práctico establecer sólo en estos funcionarios esta tarea, en consecuencia, se vuelve inconveniente concentrar sólo en los notarios.

“En el pasado, cuando los notarios tenían de forma exclusiva el poder de establecer la verdad legal de los hechos y actos, los jueces debían acudir a estos funcionarios para que establezcan, la fecha, el nombre del Juez, el día en que se expidió una sentencia, etc.; en la actualidad esto se ha superado y las facultades exclusivas del notario se los ha extendido a los secretarios de los juzgados; también las atribuciones de veracidad que eran exclusivas de los notarios, tuvo que dárseles a los Registradores de la Propiedad y Mercantiles y a funcionarios del Registro Civil, para establecer la verdad legal sobre la inscripciones”, (Carvajal, 2007, p. 45).

En cuanto a la viabilidad jurídica de incorporar el uso de las Tic's a la estructura normativa notarial, en cuanto a la ejecución y su nivel de desarrollo de este tipo de procesos, en la actualidad aun depende de la legitimación mediante procesos presenciales, a pesar de las acciones encaminadas a digitalizar el proceso de autenticación de identidad biométrica, mediante la utilización de dispositivos como tablets y demás, que han permitido ampliar la cobertura de las notarías y de sus procesos en el país, mas no se ha generado un desarrollo real que contribuya de manera efectiva a la virtualización de los procesos, donde la constante necesidad de desplazamiento genera una continuación de la burocratización de los procesos notariales en el país.

Es así como los diferentes instrumentos notariales, documentos, contratos y demás que se soportan en la fe notarial o legitimada, no compiten con procesos desarrollados en otros países, en los cuales se ha evolucionado a un concepto que permite la

intangibilización de los procesos, manteniendo su veracidad y validez, en cuanto a la jurisprudencia y a su cobertura.

### **3.6. La viabilidad del uso de las tecnologías de la información en la función notarial**

#### **3.6.1. Principio de Inmediación Notarial**

**Doctrina:** “Este principio consiste en la relación de proximidad y de contacto, entre el notario, los otorgantes, demás intervinientes y los hechos en la creación y autorización del instrumento público notarial”, (García, 2009).

Por consiguiente, este principio solo es dable al notario, el dar fe de aquello que percibe por los sentidos y lo que las partes están aportando en la instancia. Es decir, el notario debe estar presente y solo debe dar fe de aquello que ve, que oye o percibe por sus sentidos, y siempre a petición de las partes. Lo que el notario percibe por sus sentidos y relata, adquiere veracidad bajo la Fe Pública, dotándolo de seguridad jurídica. Cabe notar que, el principio de inmediación se consagra en la legislación la cual establece que el notario ejerza su función de forma personal, autónoma, con exclusividad e imparcialidad. En cuanto al ejercicio personal, este no excluye la colaboración de dependientes, sin que ello implique la delegación de la función notarial para actos complementarios o conexos que propendan por el desarrollo de su labor, bajo la responsabilidad del notario.

En el ejercicio autónomo, no debe existir sometimiento del notario a decisiones de otra autoridad dentro del ejercicio de su función, ni estar sujeto a mandatos imperativos, salvo lo establecido por la ley, en la cual no se admite suplencia ni itinerarios. En el ejercicio de exclusividad, solo se encuentra impedido de ejercer sus funciones, las establecidas en conformidad por la Ley. Su ejercicio proporciona iguales facilidades, atención y orientación a las partes, sin ningún favoritismo o privilegio.

Teniendo en cuenta las inmediaciones desarrolladas con anterioridad en esta investigación, tomando como referencia la virtualidad como vanguardia en el desarrollo de la función notarial, es importante, responder a ciertos cuestionamientos que nos permitan ampliar la discusión frente a su viabilidad, sin la pérdida de los principios fundamentales en su ejecución para las partes que intervienen en un acto notarial. Los



interrogantes para debatir serian los siguientes, según dos aspectos fundamentales, la dogmática y la práctica notariales:

¿Es concebible y posible, entender la función notarial con plenitud de efectos legales con seguridad jurídica sobre la capacidad, conocimiento y libertad sin intermediación física entre los otorgantes y el notario?

De ser posible, la intermediación en la realidad virtual, ¿sobre que actos o negociaciones se debe aplicar, que instrumentos notariales permitirían su aplicación, se aceptaría en forma excepcional o seria la regla general?

### **3.6.2. Realidad en Ecuador**

La realidad notarial, no es ajena a la realidad socioeconómica del país, si bien es cierto que las nuevas tecnologías nos han favorecido muchos aspectos de la vida, cabe mencionar que el país en este momento no es 100% tecnológico, la conectividad, el acceso a internet, el uso de dispositivos, son realidades que existen en la actualidad, por lo que muchas regiones del país, no cuentan favorablemente con este tipo de infraestructura.

El empleo de medios tecnológicos (tic's, conectividad, conocimiento de usuarios entre otros), es progresivo y muy diferente en cada región del país. Si no tenemos en cuenta esto en el discurso de las nuevas tecnologías en la función notarial, no llegaría a ser una realidad sustentable. En el momento que un notario, implemente estas alternativas a su función en el marco de la Ley, se convierte en el embajador de que es posible su funcionalidad.

Existe un sistema mixto, donde convive la firmar digital (sectorizada) y la firma manuscrita (generalizada), no se puede adelantarse de manera abrupta, todavía existe el soporte físico en papel, se debe dar cobertura en la parte digital, pero sin descuidar la parte generalizada, la cual es el uso y la costumbre normal de la población.

El notariado ecuatoriano no cuenta con una plataforma tecnológica que sea propia y que sea única, se da uso por medio del portal de función judicial. Existen múltiples sistemas de conectividad privados (internet), pero estas no brindan las garantías de seguridad necesarias.

**CAPÍTULO IV**  
**CRÍTICAS Y**  
**RECOMENDACIONES**  
**A LA LEY NOTARIAL**

**4.1. Uso de los medios telemáticos en la legislación ecuatoriana.**

En nuestra legislación se ha implementado el teletrabajo como un mecanismo aceptable para poder garantizar y brindar servicios de forma no presencial, en donde el servidor público o privado realiza su labor cotidiana desde su hogar, siempre y cuando el rol que desempeñe aquel servidor lo permita mediante el uso de los medios telemáticos. La sociedad y el mundo definitivamente han encontrado la forma de mejorar la comunicación, en aras de la globalización de la Función Judicial, así como de los demás estamentos del Estado, para lo cual, es necesario su fortalecimiento y por ende el cumplimiento de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades para lograr la convivencia social. “Por tal motivo, varios gremios de abogados, autoridades judiciales y operadores de justicia han planteado una posible solución para poder reactivar la actividad judicial a través de la utilización de herramientas tecnológicas que busca garantizar el acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, cumpliendo con el Art.75 de nuestra Constitución de la República”, (Burneo, 2009).

Las Tecnologías de la Información y de la Comunicación (TIC) han revolucionado las relaciones de los seres humanos con su entorno. El mundo, tal y como lo conocíamos, ya no existe y el sistema judicial no es ajeno a estos cambios y más aún en estos momentos donde vivimos una verdadera crisis sanitaria que nos ha obligado a cumplir una serie de restricciones en nuestra vida cotidiana. “Por tal razón, al vivir en un Estado de Derecho es importante fortalecerlo con las nuevas tecnologías, puesto que, el derecho debe irse modernizando para adaptarse a la realidad de la sociedad. Sin duda alguna, la justicia digital constituye una alternativa para garantizar el acceso gratuito a la justicia de una manera rápida, eficiente y transparente en los procesos judiciales. En esta ocasión se analizará sobre los desafíos en la implementación de la justicia digital en el Ecuador y los nuevos parámetros para su ejercicio profesional”, (Carvajal, 2007).

**Jurisdicción y competencia:** al implementar el teletrabajo en nuestra legislación como un sistema válido para la prestación de servicios de carácter no presencial en jornadas ordinarias o especiales de trabajo, a través de la cual la o el servidor público realiza sus

actividades fuera de las instalaciones de la institución pública para la que labora, siempre que las necesidades y naturaleza del servicio lo permitan, haciendo uso de las tecnologías de la información y comunicación (TIC), así como lo determina el Acuerdo Ministerial No. 076- 2020 de 12 de marzo del 2020, donde varios funcionarios judiciales se sujetaron a esta nueva modalidad.

#### **4.2. El principio de Unidad de Acto por Unidad de Consentimiento.**

Uno de los temas más controvertidos aún en el Derecho Notarial lo constituye, sin lugar a duda, el concerniente a la unidad de acto, catalogada como principio que informa la actuación notarial en los países del notariado latino. Se ha entendido como la plena audiencia notarial, o sea, la concurrencia simultánea del notario, los comparecientes, testigos y demás concurrentes en el acto notarial del otorgamiento y autorización del documento público, sin interrupción alguna, salvo alguna que puede ser pasajera.

Según Pelosi, (1980) “la unidad de acto alcanza: A la unidad de tiempo, que establece la continuidad que se desplaza entre el otorgamiento y la autorización”. (pág. 45). La unidad de lugar, que se halla establecida en la oficina del notario dentro de su competencia territorial o el lugar al que fue requerido. A la unidad de personas, o sujetos que convergen en la audiencia notarial a la realización del acto jurídico, cumpliéndose el principio de la inmediación. A la unidad de acción, o de contexto por la existencia de intereses comunes, convergentes y coherentes, es decir, un mismo negocio y documento; además del rito formal que comprende, de un lado el otorgamiento de los comparecientes, que involucra la lectura y la firma; y de otro, la autorización del notario. Según esta formulación del principio de unidad de acto, el tiempo de la comparecencia, la lectura, el otorgamiento y la autorización deben ser únicos. La audiencia notarial debe empezar y continuar sin interrupción hasta su conclusión con la autorización. Igualmente, único tiene que ser el lugar donde comparecen las partes (cuando lo hacen por sí o sus representantes, cuando lo hacen por representación) en presencia del notario. De este modo no es posible que uno comparezca en la sede notarial y el otro, por ejemplo, en su centro de trabajo o en el hospital. De igual manera sucede con las personas, todos los comparecientes al acto notarial deben estar presentes de forma simultánea, al mismo tiempo y en el mismo lugar, lo contrario significaba para ellos, formalmente, la inexistencia del acto notarial.

La unidad de acto es así la última garantía de la integridad del documento, al impedir toda modificación del mismo entre acto consentido y su autorización documental; suponiendo que la unidad de acto ‘se llama integridad del texto y contexto auténtico, integridad de la fe pública’. Este es el verdadero fundamento de la exigencia de la unidad de acto, y no la “conveniencia de que la percepción del Notario sea directa en el espacio e inmediata en el tiempo de recibirla y de reflejarla”.

No se oponen a la unidad de acto los otorgamientos sucesivos, porque los otorgantes del negocio que no hayan concurrido al otorgamiento de la escritura, pueden hacerlo sucesivamente, en tiempos y lugares distintos, en la misma escritura o en otra, ante el mismo notario o ante otro (cfr. RN, art. 176), pero siempre con observancia de la unidad de acto en cada escritura o en cada diligencia, que a pesar de este nombre es también una escritura distinta, ya que “la unidad de papel no es la unidad de documento. Lo que se opone a la unidad de acto es su incumplimiento subrepticio, ocultado, provocando la apariencia de una inexistente comparecencia simultánea”. (García, 2009). Por consiguiente, cabe notar que el acuerdo y el consentimiento son parte fundamental de la función notarial al momento de instrumentar, luego de haber advertido a las partes, el notario debe dejar en manifiesto, que se ha dado advertencia de las consecuencias legales a las partes, y estos se han ratificado, es una de los elementos mas importantes que tiene el instrumento público notarial.

#### **4.3. El principio de Inmediación Presencial por el principio de Inmediación Virtual.**

Los procesos judiciales se justifican en la medida que sirvan de medios para sustituir la justicia "de propia mano" con resguardo de los derechos y garantías fundamentales en tanto que áreas de libertad que deben ser respetadas por terceros y por el Estado y, al mismo tiempo, optimizadas por éste. Una forma de mejorar los procesos es valiéndose de los avances que la humanidad pone al servicio de sí misma. En este sentido destacan las tecnologías de información y comunicación (en lo sucesivo, TIC) que han definido una nueva era en la evolución de la humanidad, dejando atrás a la edad industrial para pasar a la edad de la información.

Desde tal óptica, luce incoherente mantener anclado en los albores del siglo XX a los procesos creados para tutelar intereses jurídicos del siglo XXI, como si las partes debieran ingresar a una especie de túnel temporal y apagaran sus "tabletas", computadoras personales y se desconectan de sus sistemas de Internet móvil para volver al papel y a la presencia física ante el administrador de justicia. En este sentido, se analizará la

posibilidad real y jurídica de incorporar la videoconferencia en los procesos judiciales en respeto del principio de inmediación judicial, garantía prevista por el ordenamiento jurídico con el objeto de lograr una justicia más real, donde el juez tenga contacto directo con la fuente probatoria en lugar de acceder a ella mediante la lectura de un papel; o incluso para reducir costos y lapsos, así como también para incrementar la participación procesal, en especial de las personas alejadas de la sede judicial.

“El derecho procesal es derecho público. Por lo tanto, solo se puede hacer lo que está expresamente previsto en la ley. El Código Orgánico General de Procesos fue creado para regular procedimientos con audiencias presenciales, no con audiencias virtuales. Así lo demuestran varias normas, tales como los artículos 84, 85, 86.3 y 192. Tan claro es esto, que el indicado Art.86.3 expresamente señala que la parte procesal podrá comparecer a través de videoconferencia, sólo cuando, previa petición, el juez lo haya autorizado. En igual sentido se pronuncia la ley en el Art.192 respecto del testigo”. (Gatari, 2011, p. 122)

Si bien el Art. 4 del COGEP prevé la posibilidad de que las audiencias se realicen por videoconferencia u otros medios de comunicación de similar tecnología, esto es excepcional, y solo se puede dar si confluyen dos requisitos: uno, que la comparecencia personal no sea posible y, dos, cuando la parte expresamente así lo solicite, en razón del principio dispositivo consagrado en el Art.169 de la Constitución de la República, que nos enseña que el proceso está a disposición de las partes; nuestro sistema procesal es de justicia rogada. Por lo tanto, la excepción que contiene la norma antes citada no puede convertirse en regla general, y peor aún, se puede sostener y entender que hemos iniciado la era de una justicia virtual.

#### **4.4. Implementación de medios tecnológicos para brindar seguridad jurídica en los actos y contratos.**

Con la reciente creación del mercado electrónico, se ha acrecentado el tráfico de bienes y servicios tangibles e intangibles a través de medios electrónicos como el internet, mediante catálogos de publicidad conocidos como hojas web, ubicadas a través de los portales de internet, conocidos como sitios web. En el ámbito del pago electrónico, se encuentran las tarjetas bancarias, populares, seguras y fiables a su uso con emisión de la

orden de pago y posterior comunicación de los datos de la tarjeta, vía telefónica o fax, emisión de la orden de pago a través de un formulario web con conexión protegida mediante un canal seguro, y emisión de la orden de pago en un formulario web con conexión segura cuyos datos están cifrados. Los mecanismos y sistemas de seguridad en un inicio se crearon con el objeto de resguardar los entornos empresariales, como la auditoría informática, pero posteriormente estos sistemas de seguridad se expandieron, existiendo en la actualidad los sistemas de seguridad jurídica, seguridad física, seguridad lógica entre otros. Ante la realidad de estas medidas, el derecho parte del hecho que cualquier usuario que desee contratar en línea, suministrará al vendedor, en primer lugar, información personal como su nombre, dirección teléfono, etc., aunado a esto, se usarán los programas informáticos de más alto nivel en cuanto a seguridad se trate. “Por lo tanto, los avances tecnológicos sí otorgan seguridad jurídica real en la medida que sean usados de la forma idónea”, (García, 2009).

Según lo contemplado en la actual RESOLUCIÓN 001-2021, en el pleno de las facultades concernientes a la función notarial desde la virtualidad, la consideración es muy importante debido a que permite que se avance en materia de cobertura para con los usuarios, según como lo expresa en las disposiciones generales se contemplan las directrices y se expresa cual debe ser la forma en la que el notario cumpla a cabalidad con su función, tomando en cuenta esas disposiciones de la resolución, se plantea lo siguiente, en cuanto a la competencia, cada notario ejerce su función en el lugar asignado a su labor, y para ello, se deja constancia durante el acto, a su vez, debe verificar la declaración de la petición por parte del requirente. Esto es una herramienta importante para evitar conflictos de competencia frente a otras notarias. también es importante la instrucción a los usuarios en cuanto que sus peticiones deben estar claramente indicada la oficina notarial con el fin de que el notario proceda a hacer la revisión del cumplimiento de los criterios para el desarrollo del acto.

A su vez, es importante mencionar que esta resolución, ya marca un gran avance en materia de la virtualidad, por parte de las instancias del Estado, para lo cual la reforma dispone acerca de la notificación por parte de cada notario según su función y disponibilidad de sus actuaciones que permitan el control estadístico de las operaciones telemáticas, ya que para esto, se dispone del formato que será remitido por la Dirección Nacional de Innovación, Desarrollo y Mejora Continua del Servicio Judicial del Consejo de la Judicatura. Un elemento vinculante, como lo dispone esta reforma es la construcción

de la plataforma electrónica segura como aval y soporte a toda la función notarial. Dando paso a un avance importante en la oferta de servicios del Estado a los ciudadanos.

La aplicación de las TICS entonces depende en gran parte de la adecuación física de los medios necesarios y la implementación legal para desarrollarla, pues especialmente durante la pandemia constituye como una herramienta esencial para facilitar los servicios notariales. Además, considerando que, la función primordial de la o el notario es dar seguridad jurídica a actos y contratos, el tratadista Bolas, (1999) señala que:

“Para que el notario pueda seguir cumpliendo tal función, a la cual no es absolutamente posible renunciar, para el desarrollo ordenado y pacífico del comercio jurídico, será necesario que el notario adquiera los conocimientos concernientes al funcionamiento de las nuevas tecnologías, para poder informar a las partes y responder del procedimiento que se dispone a utilizar”. (pp. 89 - 106)

La escritura digital permitirá, cuando se desarrolle reglamentariamente la ley, la contratación entre ausentes, o, lo que es lo mismo, la formalización de negocios jurídicos a distancia, con la garantía jurídica que se deriva de la intervención notarial en los mismos. Esto quiere decir que constituye un reto el poder autorizar escrituras públicas y otros actos notariales mediante la utilización de las técnicas informáticas y telemáticas, pues la limitación se halla en la capacidad del notario de ejercer un control de seguridad como el que se realiza con los actos notariales en soporte físico, por lo tanto, el inconveniente está en poder otorgar fe pública sin que se vea comprometido el mismo nivel de garantía. Según el notario José Carmelo Llopis afirma lo siguiente:

“La escritura pública íntegramente electrónica sólo puede ser un documento electrónico que se genera de manera exclusiva por un Notario, que es firmada electrónicamente por los comparecientes y por el Notario, que se almacena en formato electrónico y de la que se pueden expedir copias electrónicas o en papel. La suma ordenada y sistematizada de las matrices digitales autorizadas por cada Notaría conformaría el Protocolo, que sería obviamente electrónico y que, por su concepto, debería ser único y conjunto, y por supuesto almacenado en el servidor seguro del Notariado”. (LLopis, J., 2016, p. 123).

Después de un análisis entorno a la función notarial, podemos presentar una respuesta a la pregunta de investigación, dado que si es viable la incorporación del uso de

tecnologías de la información en la función notarial. De antemano es importante hacer especial énfasis en que, para salvaguardar los principios básicos de esta, es fundamental, mencionar el accionar acorde a lo dispuesto a la Ley, para que el objetivo de su función se de a cabalidad. Por lo cual se deben tener en cuenta dos presupuestos mínimos funcionales:

- La plataforma única y segura del notario
- Para actos y negociaciones muy puntuales

Por consiguiente, dentro de su función propia, los elementos esenciales a cuidar; en cuanto a la capacidad, y a la identificación previa, se requiere como tal, el uso de todo medio de identificación biométrica estos podrían ser: biométrica digital por aplicativo, biométrica facial, biométrico ocular. De igual forma, la firma electrónica permanente o firma electrónica de un solo uso.

En cuanto al conocimiento: la orientación previa, la observación personalizada, interacción del notario antes, durante y después de la videoconferencia. En cuanto a la libertad, y la manifestación de voluntad, este puede transmitirse de forma grabada en audio y video, para lo cual, como elemento de seguridad, es importante contemplar el acceso a claves dadas por el notario vía telefónica e introducidas en el momento del acto por videoconferencia.





## **CONCLUSIONES Y RECOMEDACIONES**

### **Conclusiones**

No se puede sustituir la seguridad jurídica por la seguridad tecnológica, ambas deben complementarse. La función notarial es una actividad esencial, es un servicio público y como tal no se puede renunciar a que el notario no intervenga en el acto. Ha estado demostrado con el paso del tiempo, que la función del notario se ha dado en beneficio de la población, ahora bien, la seguridad tecnológica sería un aporte que se sumaría a esta labor, mas no para restarle funciones.

La intermediación física no es un fin en sí misma, sino un instrumento y para el caso de la intermediación virtual su aplicación debe ser excepcional y para determinados actos y contratos, previo a la comprobación protocolar entre los cuales: actas de constatación de hechos, actas de transferencia vehicular, garantías mobiliarias, otorgamientos de poderes, autorizaciones de viaje, incluso otros actos que se pueden desmaterializar como las actas de sucesión intestada, cartas notariales.

La tecnología ofrece hoy medios que, adaptados a la realidad, harían posible progresivamente que el notario, sin intermediación física pueda celebrar determinados actos con seguridad razonable y suficiente, respecto de la identidad personal, de la capacidad, conocimiento y libertad de los intervinientes.

Se necesita de una plataforma segura, propia y centralizada del notariado, para que además de garantizar la seguridad y confidencialidad de las comunicaciones, los otorgantes puedan confiar en que están interactuando con un notario en el ejercicio pleno de su función, así como la renovación tecnológica de las notarias y la capacitación del notario en plataforma digital.

La implementación de protocolos de seguridad para la validación como el código “QR” así como también archivos electrónicos en plataforma digital como respaldo de cada uno de los actos celebrados en la función notarial.

Por lo anterior, no es recomendable establecer de forma obligatoria la intermediación notarial en el entorno virtual, sino de forma facultativa, selectiva y progresiva, dado que no hay un uso masivo de la firma digital y una plataforma notarial única.

## **Recomendaciones**

El advenimiento de la tecnología en materia de comunicación nos ha permitido extrapolar acciones y funciones con el fin de dar alivio a ciertas necesidades que se presentan en la cotidianidad, lo que no es ajeno a las funciones públicas, como es el caso de la función notarial, por consiguiente, luego de esta investigación analítica, podemos manifestar que, su aplicación, exige la emisión de una normativa lo suficientemente capaz de proporcionar seguridad jurídica, debe entenderse que la función notarial es coyuntural en su accionar a otras dependencias que en conjunto guardan relación directa en las alternativas que los usuarios disponen, es decir, no solamente se trata de adecuar a las notarias de elementos y herramientas virtuales en el uso de su función, sin que otras instancias que también convergen con ellas no estén a la altura en infraestructura virtual. Aunque en algunos casos, esta normativa ha sido desarrollada, a la presente fecha no se han logrado superar todas las barreras existentes y que impiden su aplicación eficiente en nuestra sociedad, por lo que deberían observarse los siguientes elementos:

Es necesario que el Consejo de la Judicatura como Órgano rector de la Función Notarial, fortalezca la utilización racional de los medios electrónicos en la prestación de servicio público, garantizando un servicio con mayor agilidad y mayor eficiencia.

Frente a la exigencia legal del cumplimiento de solemnidades para ciertos actos y contratos, será necesario fortalecer el accionar de las entidades certificadoras, como es el caso del Consejo de la Judicatura y el Registro Civil, para la creación de firmas electrónicas reguladas y controladas por el Estado, garantizando la idoneidad en la autenticación de información y de identidad de quienes comparecen a celebrar un contrato por vía electrónica.

Para el adecuado funcionamiento notarial en los procedimientos contractuales, será necesario que, a más de la función notarial, las instituciones relacionadas como: La Oficina de Registros Públicos de la Propiedad y Mercantil, Registro Civil, Superintendencia de Compañías y Seguros, Superintendencia de Bancos, GAD's cantonales; empleen medios electrónicos en la prestación de sus servicios, configurando así un sistema integrado de intercambio electrónico de información.

En cuanto a la competencia de la función notarial, es importante considerar que esta sin vulneración alguna y cumpliendo a cabalidad con lo expuesto en la Ley, se puede presidir dentro de la virtualidad, de tal forma que en el momento del acto, según sea la ubicación de cada interviniente, se de la presencia de un notario en cada lugar, es decir, si se va a celebrar un acto, y las partes se encuentran en diferentes ubicaciones, una forma de salvaguardar la seguridad y poder determinar la fe publica del mismo, seria que en cada oficina se cuente con la presencia de un notario, y estos en común acuerdo adelanten la ejecución del acto.

Para la eliminación de barreras culturales, se requerirá que las instituciones involucradas como son el Consejo de la Judicatura como órgano rector de la función Notarial,; incursionen en una campaña de concienciación en el uso de herramientas tecnológicas, en cuyo caso, las formalidades de perfeccionamiento a las que alude la Ley, quedarían cumplidos a partir del perfeccionamiento de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, reformas al COFJ y mas normativa al respecto, dando pasó así de efectuar por medios electrónicos o informáticos cualquier tipo de actos y contratos.

## BIBLIOGRAFIA

- Albán Núñez, M. (2010). *El notario y sus atribuciones*. Quito: Riera.
- Arellano, P. (2019). *www.derechoecuador.com*. Recuperado el 14 de agosto de 2021, de <https://www.derechoecuador.com/constitucion-de-companias-en-linea>
- Arellano, P. (18 de Marzo de 2021). *www.derechoecuador.com*. Recuperado el 14 de agosto de 2021, de <https://derechoecuador.com/article/40618/servicio-notarial-telematico>
- Bolas, J. (1999). Seguridad en la contratación por internet: firma electrónica y fe pública. *Revista Iberoamericana de derecho informatico* , 89 - 106.
- Bonnetcase, J. (2000). *Introducción al estudio del Derecho* (2 ed.). Bogota: Temis
- Borrero, C. . (2009). *Diligencias Notariales, Practica, Servicios*. Loja - Ecuador : Ediciones Daniel Alvarez Burneo.
- Burneo, R. (2009). *Derechos y Garantías Constitucionales en el Ecuador*. Quito - Ecuador : Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Cabanellas, G. (2008). *diccionario Enciclopédico Jurídico de Derecho usual*. Buenos Aires - Argentina: Heliasta.
- Calvo García, M. . (2005). *Transformaciones del Estado y del derecho*. Bogotá: Externado.
- Carvajal, F. B. . (2007). *Practica Notarial y registral*. Guayaquil -Ecuador: Edilex S.A.Guayaquil-Ecuador.
- CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL. (2012). Quito - Ecuador : Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Corte Nacional de Justicia. (28 de Mayo de 2021). Recuperado el 14 de agosto de 2021, de [https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/Produccion\\_CNJ/Manuales-Protocolos/Protocolo-audiencias.pdf](https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/Produccion_CNJ/Manuales-Protocolos/Protocolo-audiencias.pdf)
- DE SANTO, V. (2005). *La prueba judicial, editorial Universidad, Tercera Edición* . Buenos Aires - Argentina.
- Enciclopedia Jurídica Omeba. (1990). *La Función Notarial*. Buenos Aires - Argentina : Driskil .
- García Máynez, E. (2016). *Importancia de la Teoría Jurídica Pura*. México: Distribuciones Fontamara.
- Gardó, A. F. (2019). Recuperado el 14 de Agosto de 2021, de [www.doi.org: https://doi.org/10.2307/j.ctvfb6zxxk.4](http://www.doi.org/https://doi.org/10.2307/j.ctvfb6zxxk.4)

- García, F. (2009). *Los Principios Rectores en la Administración de Justicia en el Ecuador según el Código Orgánico de la Función Judicial*. Quito - Ecuador: Ediciones Rodin.
- Gimenez, A. (2008). Introducción al Derecho Notarial. *Revista de Derecho Privado*, 3(1), 23-27.
- Larrea Holguin, J. . (2008). *Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana” edición universitaria, derecho civil, tomo I y II*. Ecuador.
- LLopis, J. (2016). *www.notariallepis.es*. Recuperado el 14 de Agosto de 2021, de <https://notariallopis.es/blog/i/1400/73/la-matriz-digital-de-la-escritura-notarial-si-o-no-notartic>
- Ministerio de las telecomunicaciones. (2018). *www.telecomunicaciones.gob.ec*. Recuperado el 14 de Agosto de 2021, de <https://www.telecomunicaciones.gob.ec/>
- Neri Argentino I. . (1980). *Tratado teórico y práctico de derecho notarial*. Buenos Aires - Argentina : Deapalma .
- Pelosi, C. . (1980). *El Documento Notarial*. Buenos Aires: Astrea.
- Ponce, A. . (2008). *Derecho Procesal*. Quito: Ediciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador S.A. .
- Sánchez Surati, M. (1993). *Diccionario Básico de Derecho, Tomo I y II*. Quito - Ecuador : Editorial Jurídico de Derecho.
- Valentin, O. (1993). *Comienzos de la Función Notarial*. Barcelona: Igualada.