



UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA

La Universidad Católica de Loja

ÁREA SOCIO HUMANÍSTICA

TITULACIÓN DE MAGISTER EN DERECHO CIVIL Y PROCESAL CIVIL

Es necesario que los actos de amojonamiento y deslinde puedan ser autorizados por el notario tanto en el sector urbano como rural.

TRABAJO DE FIN DE MAESTRÍA

AUTOR: Castro Loaiza, Andrés Felipe

DIRECTOR: Romero Ochoa, Ángel Salvador, Dr. Mgs.

CENTRO UNIVERSITARIO LOJA

2014



Esta versión digital, ha sido acreditada bajo la licencia Creative Commons 4.0, CC BY-NY-SA: Reconocimiento-No comercial-Compartir igual; la cual permite copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra, mientras se reconozca la autoría original, no se utilice con fines comerciales y se permiten obras derivadas, siempre que mantenga la misma licencia al ser divulgada. <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.es>

2014

APROBACIÓN DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE FIN DE MAESTRÍA

Doctor.

Ángel Salvador Romero Ochoa.

DOCENTE DE LA TITULACIÓN

De mi consideración:

El presente trabajo de fin de maestría, denominado “Es necesario que los actos de amojonamiento y deslinde puedan ser autorizados por el notario tanto en el sector urbano como rural” realizado por Andrés Felipe Castro Loaiza, ha sido orientado y revisado durante su ejecución, por cuanto se aprueba la presentación del mismo.

Loja, agosto de 2014

f).....

DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS

Yo Castro Loaiza Andrés Felipe declaro ser autor del presente trabajo de fin de maestría Es necesario que los actos de amojonamiento y deslinde puedan ser autorizados por el notario tanto en el sector urbano como rural, de la Titulación Maestría en Derecho Civil y Procesal Civil, siendo Ángel Romero Ochoa director (a) del presente trabajo; y eximo expresamente a la Universidad Técnica Particular Loja y a sus representantes legales de posibles reclamos o acciones legales. Además certifico que las ideas, concepto, procedimientos y resultados vertidos en el presente trabajo investigativo, son de exclusiva responsabilidad..

Adicionalmente declaro conocer y aceptar la disposición del Art. 67 del Estatuto Orgánico de la Universidad Técnica Particular de Loja que en su parte pertinente textualmente dice: “Forman parte del patrimonio de la Universidad la propiedad intelectual de investigaciones, trabajos científicos o técnicos y tesis de grado que se realicen a través, o con el apoyo financiero, académico o institucional (operativo) de la Universidad”

f).....

Autor: Castro Loaiza Andrés Felipe

Cédula: 1103913438

DEDICATORIA

El presente informe, que representa todos los esfuerzos y sacrificios para cumplirlo, lo dedico a todas las personas que se sienten y actúan como corresponsables y protagonistas en la construcción de una sociedad justa, pacífica y solidaria.

ANDRES FELIPE CASTRO LOAIZA

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios por darme la fuerza y fe para creer lo que me parecía imposible terminar. A mis padres y hermanos por darme el apoyo incondicional y por enseñarme que no hay límites, que lo que me proponga lo puedo lograr y que solo depende de mí.

Por ultimo hago extensivo mi más sincero agradecimiento a la Universidad Técnica Particular de Loja y sus docentes por forjar en mí nuevos valores y conocimientos.

ANDRES FELIPE CASTRO LOAIZA

ÍNDICE DE CONTENIDOS

CARATULA.....	i
APROBACIÓN DEL DIRECTOR DE TRABAJO DE FIN DE MAESTRÍA.....	ii
DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS.....	iii
DEDICATORÍA.....	iv
AGRADECIMIENTO.....	v
ÍNDICE DE CONTENIDOS.....	vi
RESUMEN.....	1
ABSTRACT.....	2
INTRODUCCIÓN.....	3
CAPÍTULO I.....	5
1. PROPIEDAD, DESLINDE Y AMOJONAMIENTO.....	5
1.1. Propiedad.....	6
1.2. Deslinde.....	10
1.3. Amojonamiento.....	14
1.4. Análisis del juicio de deslinde y amojonamiento previsto en el Código de Procedimiento Civil.....	16
1.5. Franjas Municipales según el Art. 481 del COOTAD.....	17
SEGUNDO CAPÍTULO.....	19
2. DERECHO NOTARIAL Y EL NOTARIO.....	19
2.1. Generalidades del Derecho Notarial.....	20
2.2. El Notario.....	31
2.3. Atribuciones del Notario.....	37
TERCER CAPÍTULO.....	50
3. INVESTIGACIÓN DE CAMPO.....	50
3.1. Verificación de Objetivos.....	51
3.2. Contrastación de Hipótesis.....	51
3.3. Fundamentos Jurídicos, Doctrinarios y Empíricos que sustentan la propuesta de reforma.....	52
3.4. Análisis de los casos de Deslinde y Amojonamiento en el cantón Loja durante el año 2012.....	55
CUARTO CAPÍTULO.....	56
4. CONCLUSIONES.....	56
CONCLUSIONES.....	57
RECOMENDACIONES.....	58
BIBLIOGRAFÍA.....	59
ANEXOS.....	61

RESUMEN

El Nral. 21 del Art. 18 de la Ley Notarial estipula como atribución del Notario, autorizar los actos de amojonamiento y deslinde en sectores rurales, que a petición de las partes, siempre que exista acuerdo, tengan por objeto el restablecimiento de los linderos que se hubieren oscurecido.

La necesidad del amojonamiento y deslinde de propiedades no solo existe en el sector rural sino también en el urbano, además debe considerarse que debe existir el acuerdo de las partes por lo tanto, bien puede autorizarse dicho amojonamiento y deslinde en el sector urbano, pues no hay diferencia entre las propiedades.

Esta norma también atenta contra el principio de igualdad de las personas y de la no discriminación, ya que no tiene sentido que se autorice únicamente en el sector rural y no pueda hacerse en el sector urbano, la naturaleza jurídica de la norma no puede obedecer a circunscripciones territoriales como si fueran actos de jurisdicción. De ahí que los Notarios deberían autorizar actos de amojonamiento y deslinde en toda propiedad.

PALABRAS CLAVES: Propiedad, Atribuciones del Notario, Notario y Código Civil.

ABSTRACT

The Notarial Law in its Art 18, numeral 21 establishes as an attribution of the Notary, the authorization of acts of demarcation and delineation in rural areas, that if it is required from the parties, and always when agreement occurs, aim the restoring of boundaries that may have been obscured.

The need for demarcation and delimitation of properties not only exists in rural areas but also in urban areas, for this reason should also be considered an agreement of the parties, therefore well be granted the demarcation and delimitation in the urban sector, as there no difference between the properties.

This rule also undermines the principle of equality of persons and non-discrimination, since there is no sense to authorize demarcation and delineation only in the rural sector and not in the urban sector; the legal nature of the rule can not obey territorial constituencies as if they were acts of jurisdiction. Hence Notaries should authorize acts of demarcation and delimitation in both urban and rural areas.

KEYWORDS: Property, Powers of Notary, Notary and Civil Code.

INTRODUCCIÓN

La tesis que se presenta en este ejemplar se refiere a la investigación de un problema que provoca el Nral. 21 del Art. 18 de la Ley Notarial al estipular como atribución del Notario, autorizar los actos de amojonamiento y deslinde en sectores rurales, que a petición de las partes, siempre que exista acuerdo, tengan por objeto el restablecimiento de los linderos que se hubieren oscurecido.

Sin embargo la necesidad del amojonamiento y deslinde de propiedades no solo existe en el sector rural sino también en el urbano, además debe considerarse que debe existir el acuerdo de las partes por lo tanto, bien puede autorizarse dicho amojonamiento y deslinde en el sector urbano, pues no hay diferencia entre las propiedades.

Con la vigencia del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización y una vez que los Registros de la Propiedad pasaron a manos de los GAD municipales, se presentan a diario problemas en el traslado de dominio de predios, pues la mayoría de ellos no tienen los linderos y dimensiones en sus títulos de dominio. Por ello han tenido que acudir a los diversos Juzgados de lo Civil planteando juicios de amojonamiento a los usuarios y no se cumple con el principio de celeridad, eficacia que debe dar la administración de justicia.

Esta norma también atenta contra el principio de igualdad de las personas y de la no discriminación, ya que no tiene sentido que se autorice únicamente en el sector rural y no pueda hacerse en el sector urbano, la naturaleza jurídica de la norma no puede obedecer a circunscripciones territoriales como si fueran actos de jurisdicción.

En este sentido, mi tesis se basa en tal situación y mantengo que es necesario reformar la Ley Notarial para que se estipule como atribución del Notario autorizar el amojonamiento y deslinde en sectores urbanos y rurales.

La investigación con sus diferentes métodos me ha permitido abordar el problema, cumplir los objetivos generales y específicos que me propuse al iniciar este trabajo investigativo de mucha importancia en el extenso universo jurídico, en el que únicamente podemos aportar con pequeños granos de conocimiento que en algún momento se convertirán en soluciones al convivir social.

Singular importancia tuvo en el desarrollo de mi trabajo de investigación la ayuda de todos mis docentes, colegas y los Notarios del cantón Loja, que supieron brindarme su apoyo, aunque constituyó una gran dificultad la movilización y la directa comunicación con las juezas o jueces por cuanto ya no se permite el acceso directo a sus dependencias, sin embargo no fue obstáculo para continuar con esta mi investigación.

PRIMER CAPÍTULO
PROPIEDAD, DESLINDE Y AMOJONAMIENTO

1.1. Propiedad

En Derecho, la propiedad es el poder directo e inmediato sobre un objeto o bien, por la que se atribuye a su titular la capacidad de disponer del mismo, sin más limitaciones que las que imponga la ley. Es el derecho real que implica el ejercicio de las facultades jurídicas más amplias que el ordenamiento jurídico concede sobre un bien.

En todos los tiempos se ha discutido mucho sobre el origen y legitimidad de la propiedad, y las controversias han surgido en los tiempos modernos. La opinión tradicional que es la de Bossuet y de Montesquieu, la propiedad es una institución del derecho civil, y muchos se han conformado con esa idea, pero cuando todas las leyes han sido renovadas o están a punto de serlo, esta base ha llegado a ser singularmente frágil.

Para dar a la propiedad un fundamento sólido, ha sido menester algo más que la omnipotencia y buena voluntad del legislador. Se ha tratado, por tanto de colocar el derecho de propiedad sobre las leyes, de tal forma no deja al legislador sino el papel de un árbitro, que interviene para reglamentar el derecho de propiedad y no para crearlo.

Los jurisconsultos, habituados a no buscar nada más de la regla jurídica que les sirve de guía, tienen una tendencia a erigir los preceptos de la ley en principios filosóficos; se han, aferrado pues, a la idea de ocupación. “Pero el pretendido derecho del primer ocupante no lo es, La ocupación que no es sino un hecho, solo puede crear un estado de hecho, la posesión; la propiedad no puede derivarse de ella, sino bajo el imperio de una legislación que admita ya la propiedad individual, que la organice y que clasifique la ocupación entre los medios de adquirirla. La ocupación, modo de adquirir, no puede, justificar el derecho de propiedad ya que los medios de adquirir implica la preexistencia teórica del derecho adquirido por su empleo. Se puede admitir que casi en ninguna parte los derechos de los propietarios actuales se derivan de la ocupación primitiva; las guerras y las violencias, que no cesan de agitar a la humanidad, han roto cien veces la cadena de las transmisiones regulares. Aún en nuestras colonias, en los países nuevos, ¿no vemos a las razas europeas establecerse, rechazando a las razas inferiores?”¹.

La doctrina más general de los filósofos y de los economistas contemporáneos, basa la propiedad en el trabajo conforme a la opinión de Locke. Esta era la idea de Portalis, quien decía; por nuestro trabajo hemos conquistado el suelo que ocupamos. Esta idea es

¹ PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Derecho Civil. Pág. 399.

peligrosa, porque contiene, en germen, la negación de derecho actual de la propiedad; si el trabajador debiera llegar a ser propietario de su producto por virtud del derecho natural, el trabajo al acumularse sobre un objeto traería consigo una serie de explicaciones, sucesivas, o por lo menos, una acumulación inextricable de propiedades superpuestas sobre el mismo objeto e indivisas. El trabajo tiene por remuneración el Salario. Desde el momento en que la propiedad privada era atacada más con violencia que con razones. Muchos otros estudios aparecieron después.

Notemos primero que la propiedad individual es un hecho histórico, extremadamente antiguo, muy anterior a las leyes que la reglamentan actualmente; que su organización actual es el resultado de una lenta evolución, que en verdad es, al igual que la familia y el matrimonio, una fuerza social que se ha desarrollado y crecido en medio de muchas vicisitudes. Por todas estas razones debemos cuidarnos de tocarla a la ligera, pues la experiencia de nuestra propia historia prueba que un pueblo no rompe a voluntad con sus tradiciones y orígenes.

“La propiedad individual justifica ampliamente su existencia por los servicios que presta la humanidad individual y los que no la practican. Así en las regiones habitadas por poblaciones nómadas, es preciso una legua cuadrada de terreno por cabeza para asegurar al hombre medios pobres de existencia. Aún en las regiones de población sedentaria, donde el suelo es cultivado, la ausencia de propiedad individual es una causa de pobreza, se prueba esto en las comunidades agrarias de Rusia, donde reina la rutina. Al contrario, en toda Europa Occidental podemos, admirar los prodigios realizados por la propiedad privada. En este régimen, una legua cuadrada de terreno basta para alimentar a dos mil personas y con abundancia”².

De esto concluyo que la propiedad individual y libre es, para las sociedades civilizadas de poblaciones compactas, una necesidad económica.

En suma la propiedad individual es un hecho que se impone al legislador. Podemos esforzarnos por encontrar su historia, que es un estudio útil; pero se pierde el tiempo disertando sobre la legitimidad de una cosa cuya modificación no depende de nosotros, como no podemos modificar la configuración de los continentes o la diversidad de las razas humanas.

² PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Derecho Civil. Pág. 400.

Lo que actualmente se discute no es la institución de la propiedad privada en sí misma, sino su conservación por sus detentadores actuales. El espectáculo de la riqueza y a menudo de una riqueza superabundante y mal adquirida, en contacto directo con la miseria de todos los muertos de hambre y los sin trabajo de nuestras grandes ciudades industriales y de nuestras regiones mineras, ha sembrado el odio y la cólera en los corazones. Estos sentimientos de envidia son excusables; pero si la sociedad tiene el deber de encauzar todos sus esfuerzos para disminuir la miseria, iría contra su fin destruyendo la riqueza. No es la privación accidental de un bien lo que debe conducir a su negación. Visto así el problema del lado económico sobrepasa en mucho al derecho de propiedad y se ataca a la riqueza en todas sus formas. Esto prueba hasta qué grado se restringió el problema, al atenerse únicamente al derecho a la propiedad en su célebre fórmula: La propiedad es un robo.

El objeto del derecho de propiedad está constituido por todos los bienes susceptibles de apropiación. Para que se cumpla tal condición, en general, se requieren tres condiciones: que el bien sea útil, ya que si no lo fuera, carecería de fin la apropiación; que el bien exista en cantidad limitada, y que sea susceptible de ocupación, porque de otro modo no podrá actuarse.

Para el jurista Guillermo Cabanellas la propiedad no es más "que el dominio que un individuo tiene sobre una cosa determinada, con la que puede hacer lo que desee su voluntad".

Según la definición dada el jurista venezolano-chileno Andrés Bello en el artículo 582 del Código Civil de Chile, el derecho de propiedad sería: el derecho real en una cosa corporal para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o contra el derecho ajeno. La propiedad separada del goce de la cosa se llama mera o nuda propiedad.

Habitualmente se considera que el derecho de propiedad pleno comprende tres facultades principales: uso (*ius utendi*), goce (*ius fruendi*) y disfrute (*ius abutendi*), distinción que proviene del Derecho romano o de su recepción medieval. Tiene también origen romano la concepción de la propiedad en sentido subjetivo, como sinónimo de facultad o atribución correspondiente a un sujeto.

Por el contrario, en sentido objetivo y sociológico, se atribuye al término el carácter de institución social y jurídica y, según señala Ginsberg, puede ser definida la propiedad como el conjunto de derechos y obligaciones que definen las relaciones entre

individuos y grupos, con respecto a qué facultades de disposición y uso sobre bienes materiales les corresponden.

El derecho de propiedad es el más completo que se puede tener sobre una cosa: la propiedad se halla sometida a la voluntad, exclusividad y a la acción de su propietario, sin más límites que los que marca la Ley o los provocados por "la concurrencia de varios derechos incompatibles en su ilimitado ejercicio" (limitaciones de carácter extrínseco). No obstante, el reconocimiento de que la propiedad, como institución, está orientada a una función social, implica que en la actualidad existan limitaciones intrínsecas o inherentes al derecho; así como obligaciones que se derivan de la propiedad en sí.

En doctrina jurídica, especialmente aquellos ordenamientos con importante influencia latina, se considera que el dominio o propiedad está integrado por tres facultades o derechos:

Ius utendi

El ius utendi es el derecho de uso sobre la cosa. El propietario tiene el derecho a servirse de la cosa para sus intereses y de acuerdo con la función social del derecho, siempre y cuando esas conductas no violen preceptos legales ya establecidos o causen lesiones a los derechos de otros propietarios.

Por ejemplo, bajo el principio del ius utendi no podría un propietario de un bien inmueble justificar la tenencia de una plantación de marihuana, al estar prohibida por la mayoría de los ordenamientos jurídicos. De la misma forma, un empresario no puede justificar bajo este principio ruidos excesivos típicos de una actividad industrial en una zona residencial, que hagan intolerable la vivencia de los demás vecinos.

Ius fruendi

El ius fruendi es el derecho de goce sobre la cosa. En su virtud, el propietario tiene el derecho de aprovechar y disponer los frutos o productos que genere el bien. La regla general es que el propietario de una cosa es también propietario de todo aquello que la cosa produzca, con o sin su intervención.

Los frutos pueden ser naturales o civiles. Los frutos naturales son aquellos que la cosa produce natural o artificialmente sin detrimento de sus sustancias. En ese aspecto se

distinguen de los denominados productos: así, tratándose de un manzanar, las manzanas son frutos naturales y la leña de los árboles son sus productos.

Los frutos civiles están constituidos por aquellas sumas de dinero que recibe el propietario por ceder a otro el uso o goce de la cosa. Usando el ejemplo anterior, el fruto civil que percibe el propietario del manzanar es la renta que le es pagada al darlo en arrendamiento. Tratándose de dinero, los frutos que percibe su propietario son los intereses.

Ius abutendi

El ius abutendi es el derecho de disposición sobre la cosa. El propietario, bajo la premisa de que la cosa está bajo su dominabilidad (poder de hecho y voluntad de posesión), puede hacer con ella lo que quiera, incluyendo dañarla o destruirla (disposición material), salvo que esto sea contrario a su función social: por ejemplo, el propietario de un bien integrante del patrimonio cultural no puede destruirlo y, de hecho, puede estar obligado a su conservación.

Del mismo modo, puede el propietario disponer de su derecho real (disposición jurídica): así, puede enajenar la cosa, venderla, donarla y, en general, desligarse de su derecho de propiedad y dárselo a otra persona; o incluso renunciar al derecho o abandonar la cosa, que pasaría a ser res nullius. Son también actos de disposición aquellos en los que el propietario constituye en favor de otra persona un derecho real limitado, como el usufructo, la servidumbre, la prenda o la hipoteca.

En conclusión tiene el derecho real de dominio quien tenga estos tres principios (Uso, Goce y Disposición)

1.2. Deslinde

El deslinde es "el procedimiento administrativo en virtud del cual se definen los límites de las vías pecuarias previamente clasificadas.

En el expediente de deslinde se incluye la relación de ocupaciones, intrusiones y colindancias que afecten a la vía pecuaria que se deslinda. Además, se da audiencia a los Ayuntamientos afectados y a los propietarios de los terrenos colindantes así como a las organizaciones, asociaciones o colectivos que tengan por finalidad la defensa de la

naturaleza.

Una vez aprobado el deslinde, la Comunidad de Madrid puede declarar la posesión y la titularidad demanial sobre las vías deslindadas, dando lugar al posterior amojonamiento de las mismas y constituye título suficiente para su inscripción registral”³.

El proceso de deslinde y amojonamiento consiste en la separación que se hace fijando los límites con los otros predios vecinos, en dicho proceso se puede exigir a los dueños de los predios vecinos a que realicen la demarcación repartiéndose entre ellos los gastos de dicha demarcación.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria en su sentencia de abril 12 de 2002, expediente 5042 se refirió de la siguiente manera:

“No puede afirmarse que el único objeto del proceso de deslinde y amojonamiento es la fijación de linderos de acuerdo con los títulos, y que en el toda otra cuestión es totalmente extraña a sus fines. Esto puede ser cierto en la etapa especial del proceso, la que implica una aceptación de la titularidad no discutida y el amojonamiento es el resultado o la expresión el contenido espacial de tales títulos; no en la etapa ordinaria en la cual para determinar la legalidad de la demarcación hecha, tienen que estudiarse hechos referentes al dominio alegados por el inconforme con motivo de su oposición.”

En esta sentencia la Corte Suprema de Justicia deja claro que el único fin u objetivo del proceso de deslinde y amojonamiento no es solo la demarcación de los linderos de un predio, pues aquí también puede discutirse hechos referentes al dominio; por ejemplo en caso de que uno de los predios vecinos quiera demarcar fuera de los reales linderos de su propiedad.

La demarcación del proceso de deslinde hecha por el juez quien la fija en los límites de la propiedad da cada una de la partes señalando donde termina el gobierno de cada uno y comienza el de los demás. De esta manera se logra que cada quien tenga demarcada su propiedad y con esto se evitan posibles conflictos que por la falta de demarcación se puedan presentar posteriormente entre los vecinos de dichas propiedades.

El demandante en el proceso de deslinde, busca con la declaración judicial que se

³ CABANELLAS. Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo III. Pág.146.

establezca cual es de manera material y visible el lindero que lo separa de los predios colindantes, pues el no conoce a ciencia cierta cuál es, y reconoce con la demanda de deslinde la propiedad de sus vecinos, pero busca que se establezcan los límites de su propiedad para saber hasta dónde puede ejercer su dominio.

Si los mojones que son los que señalan la separación de predios vecinos son retirados, el propietario afectado tiene todo el derecho para exigir que se coloque de nuevo a cargo de la persona que lo quito. Es decir le corresponde a quien quita un mojos volverlo a colocar a sus expensas y debe indemnizar al predio que esto le hubiere causado perjuicios.

Según Ripert y Planiol, el deslinde es “una operación que consiste en fijar la línea separativa de dos terrenos no construidos y en marcarla con signos materiales. El deslinde es una operación contradictoria, que supone el concurso de los propietarios contiguos. En sí mismo el deslinde es una operación muy sencilla, pero a veces se complica con un problema de propiedad, al pretender cada uno de los dos vecinos atribuirse una parte de terreno que el otro le niega; entonces el asunto toma un aspecto más grave, porque en el fondo contiene una reivindicación inmobiliaria. Esta distinción desempeña un papel capital en los problemas de capacidad y de competencia”⁴.

La ausencia de ley para que los Notarios puedan autorizar el deslinde en los sectores urbanos es mi problemática denunciada y el Código de Procedimiento Civil en nada se opone pues se ocupa del deslinde en forma general y posteriormente la Ley Notarial permite que lo hagan los Notarios, pero con la limitación que sea en sectores rurales, ello, conlleva a una ausencia de ley que debe superarse.

El derecho de pedir el deslinde es una facultad de los propietarios; por tanto, es imprescriptible. La existencia de un seto vivo, de una zanja, o de cualquier otra especie de cerca no es suficiente para la demanda de deslinde, salvo que hubiere sido establecida contradictoriamente y en virtud de un procedimiento de deslinde. En este caso los que impide un nuevo deslinde, no es la existencia material de una cerca, sino la existencia jurídica de una primera resolución de deslinde. Por otra parte, el deslinde es inaplicable a las fincas limitadas por una corriente de agua, que forma un límite natural favorable.

Sólo el propietario está facultado para figurar en las operaciones de deslinde. Si el derecho de propiedad se encuentra desmembrado en nuda propiedad y en usufructo, el usufructuario

⁴ PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Derecho Civil. Pág. 413.

tiene el derecho de pedir el deslinde, pero el vecino debe tener cuidado de dar a conocer esto al nudo propietario.

Los locatarios y los aparceros no tienen facultades para proceder por sí mismos al deslinde, ni aún para tomar parte en él, al lado del propietario, porque no tienen un derecho real sobre la finca.

“Cuando el deslinde no se complica con ninguna cuestión de propiedad, es un acto conservador de administración, que debe permitirse a los que tienen la libre administración general de un patrimonio ajeno.

Por consiguiente, un tutor podrá proceder al deslinde, sin autorización del consejo de familia.

Un marido respecto al inmueble de su mujer, cuando tiene la administración de él.

Lo mismo sucede cuando se trata de las personas afectadas por una semiincapacidad, como las mujeres casadas bajo el régimen de separación de bienes, los pródigos o débiles de espíritu provistos de un consejo judicial. No obstante, como a estos incapaces no se les permite comparecer en juicio sin la asistencia de sus maridos o de sus consejos, no podrán ejercer por sí mismos la acción de deslinde, ni defenderse de ella, cuando el deslinde deba decidirse en juicio por no haberse llegado a un arreglo amistoso entre las partes.

En cuanto al menor emancipado, como la ley únicamente le autoriza para ejecutar únicamente actos de mera administración, actuará prudentemente haciéndose asistir por su curador, ya que la acción de deslinde por su carácter es inmobiliaria.

Pero si hay duda sobre la propiedad, el deslinde, ya sea amigable o judicial, no puede hacerse sino por quienes tienen plena capacidad o pleno poder. Por ejemplo, el tutor de un menor, o de un interdicto deberá llenar las formalidades exigidas por la enajenación de inmuebles, es decir, obtener la autorización respectiva del consejo de familia y la homologación judicial, incluso para el deslinde amigable.

Las operaciones de deslinde consisten en:

1. En el examen de los títulos de propiedad, a fin de buscar en ellos que pertenece a cada uno;

2. Al Apeo de los terrenos, a fin de verificar sobre el lugar de contenido real de cada lote;
3. En el trazo de la línea separativa que se marca sobre el terreno ya sea por una zanja, por una palizada o simplemente con mojoneras;
4. En la redacción del acta de la diligencia respectiva”⁵.

1.3. Amojonamiento

El amojonamiento “es el procedimiento administrativo en virtud del cual, una vez aprobado el deslinde, se determinan los límites de la vía pecuaria y se señalizan con carácter permanente sobre el terreno”⁶. En dicho procedimiento se dará audiencia a los interesados de la misma manera que en el procedimiento de deslinde.

Las mojoneras deben colocarse en todos los ángulos de la línea separativa, de manera que una línea recta lleve de una mojonera a otra y coincida siempre con el límite.

Las mojoneras son piedras toscamente talladas, a veces sin tallar; a fin de mostrar que son mojoneras y que no se encuentren allí por azar, se les rodea de objetos indestructibles, tales como guijarros, vidrios rotos, etc., Antiguamente se enterraban, al lado de cada mojonera, dos fragmentos de una misma teja, que se llamaban garantes o testigos.

Las operaciones de deslinde deben ejecutarse una sola vez. Se debe, por tanto, redactar una acta, llamada acta de diligencia de deslinde, que compruebe lo más exactamente posible, la dirección del límite adoptado, a fin de que si llegan a desplazarse o destruirse las mojoneras, se restablezcan, recurriendo a esa acta.

Puede suceder que el total atribuido a cada uno, por los títulos no se encuentra en el terreno. En este caso, algunas veces las operaciones de apeo y deslinde deberán extenderse tanto a los vecinos mediatos como a los inmediatos. Esto se presenta cuando distintas parcelas provienen, de varias particiones de una misma propiedad. Probablemente lo que falte a un lote, sobraré en otro.

Algunas veces la línea separativa sigue sinuosidades inútiles o molestas. Puede entonces rectificarse, pero esta rectificación significa un cambio de parcelas entre los vecinos. Cada

⁵ PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Derecho Civil. Pág. 415.

⁶ MORAN SARMIENTO. Rubén. Derecho Procesal Civil Práctico. Pág. 269.

uno de ellos debe abandonar al otro todo lo que se encuentra más allá de la línea nueva por establecer. Por consiguiente, si hay incapaces interesados en el negocio, sus representantes deberán llenar las formalidades necesarias para las enajenaciones de inmuebles. Por lo mismo, causan el impuesto de traslación de dominio.

La ley no lo ha reglamentado. Si todas las partes están acordes, el deslinde puede ser amigable y a la convención concertada de tiene entonces fuerza contractual. Normalmente se recurre, para la ejecución de las operaciones necesarias, a uno o varios peritos designados por las partes. A fin de asegurar la conservación del acta de diligencia de deslinde, es conveniente depositarla en una notaría, donde se guardan entre las minutas.

Sucede a menudo que uno de los vecinos se niega a proceder al deslinde cuando el otro se lo pide, ya sea porque pretenda sustraerse a los gastos de la operación, o porque se rehuse a una verificación que acaso haga desaparecer una usurpación cometida por él. Para vencer su resistencia, la ley permite al interesado citarlo judicialmente: todo propietario puede obligar a su vecino al deslinde de las propiedades contiguas. La necesidad de concurrir al deslinde es, una verdadera obligación, que la vecindad crea entre propietarios prediales.

En otros países se conoce que los jueces de paz son los competentes para las acciones de deslinde y amojonamiento pero sólo cuando la propiedad o los títulos que la establecen no son discutidos. En caso contrario, el conocimiento de la acción compete a los tribunales civiles correspondientes. El tribunal civil no debe limitarse a establecer sobre la cuestión de propiedad, debe al mismo tiempo proceder por sí mismo al deslinde.

En cuanto al tribunal o al juez de paz ante quien debe ejercerse la acción, es aquel en cuya jurisdicción se encuentra situada la finca por deslindar, esta solución depende por analogía para las acciones posesorias nacidas de un desplazamiento de mojoneras.

En nuestro país, el procedimiento de amojonamiento y deslinde está previsto en el Art. 666 del Código de Procedimiento Civil, con un procedimiento simple y sencillo, que no permite ningún tipo de confusión, sin embargo en la Ley Notarial al otorgarle la potestad al Notario para autorizar los amojonamientos y deslinde, le privan de hacerlos en todos los sectores, pues lo enmarcan en hacerlo únicamente en el sector rural.

1.4. Análisis del juicio de deslinde y amojonamiento previsto en el Código de Procedimiento Civil

El Código de Procedimiento Civil, estipula en juicio sobre demarcación y linderos, que se lo conoce como amojonamiento y deslinde, porque inicia con la Audiencia – Inspección en la cual se realiza el deslinde de la propiedad.

Veamos el contenido de las normas jurídicas a las que hago referencia:

Presentada la demanda en que se solicite el restablecimiento de los linderos que se hubieren obscurecido o que hubieren desaparecido o experimentado algún trastorno; o que se fije por primera vez la línea de separación entre dos o más heredades, con señalamiento de linderos; la jueza o el juez nombrará un perito o peritos conforme al Art. 250 y ordenará que se cite a los dueños de los terrenos lindantes, para que concurran al deslinde con sus documentos y testigos; advirtiéndoles que, de no hacerlo, se procederá en rebeldía. Al efecto señalará día y hora para la diligencia, que se practicará cuando menos después de cinco días de dictada la orden de citación.

En el día y hora señalados, se procederá al deslinde y amojonamiento, con asistencia de los interesados, o en rebeldía del que no hubiese concurrido. A esta diligencia asistirán la jueza o el juez, el secretario y el o los peritos.

Las partes presentarán sus títulos de propiedad y los testigos que estimen necesarios para señalar los lugares, esclarecer los límites y dar cualesquiera otras noticias.

Si las partes hicieren algún arreglo, la jueza o el juez lo aprobará. Se extenderá acta, y se la hará protocolizar, y el notario dará a los interesados compulsas de ella, para que les sirva de título, el cual deberá inscribirse.

Si la demarcación pudiere verificarse por la simple inspección, o por las pruebas producidas durante la diligencia, y las partes no alegaren tener otras, la jueza o el juez fallarán, en el acto, fijando los límites.

Si las partes no convienen en ningún arreglo, ni se halla la causa en el caso del artículo anterior, se extenderá acta de todo lo ocurrido en la inspección y de lo que hubiese observado la jueza o el juez.

Agregados al proceso las declaraciones originales, los documentos y el informe pericial, se oirá simultáneamente a las partes en el término de tres días. Lo que éstas dijeren se tendrá por demanda y contestación, respectivamente, y se seguirá sustanciando el juicio ordinario.

La sentencia resolverá, no sólo la cuestión sobre los verdaderos límites, sino también las incidencias que hubiesen ocurrido en el juicio, como las relativas a frutos percibidos o pendientes, mejoras, labores principiadas y otras.

Esta sentencia y el fallo que se expida en el caso del Art. 670, son susceptibles del recurso de apelación en los que se procederá como en los juicios ordinarios.

Ejecutoriada la sentencia que fija la línea de demarcación, la jueza o el juez de la causa, de primera instancia, ejecutará el fallo en esta forma: de oficio, o a solicitud de parte, señalará día y hora para el amojonamiento y determinación exacta de la cabida de los predios lindantes, o por lo menos de uno de ellos con relación a la línea divisoria, advirtiendo que se procederá en rebeldía de los que no concurran.

Estas operaciones se practicarán con el mismo perito o peritos y planos de referencia, y en caso de no haberlos o de falta de aquéllos, la jueza o el juez nombrará un perito irrecusable. Se sentará acta detallada que suscrita, por la jueza o el juez, secretario, perito o peritos e interesados concurrentes, se la mandará protocolizar en copia y que la compulsas de ésta, conferida por el notario, se la inscriba junto con la aprobación judicial que constará de la misma acta.

La resolución del juez será inapelable, pero éste responderá de los daños y perjuicios en caso de que se hubiere apartado en alguna forma de la sentencia ejecutoriada.

Lo antes indicado lo encontramos desde el Art. 666 hasta el Art. 673.

1.5. Franjas Municipales según el Art. 481 del COOTAD

A partir de la vigencia del Código Orgánico de Organización Territorial y Autonomía Descentralizada conocido como COOTAD, en los municipios se han dado grandes transformaciones, situación que genera problema a todos los ciudadanos que pretenden vender sus inmuebles o fraccionarlos en beneficio propio de sus familiares.

Esta situación como lo indica mi subtítulo, se regula en el Art. 481 del Código Orgánica de Organización Territorial y Autonomía Descentralizada.

Compraventa de fajas o lotes.- Para efectos de su enajenación, los terrenos de propiedad de los gobiernos municipales o metropolitanos se considerarán como lotes, o como fajas, o como excedentes o diferencias provenientes de errores de medición.

Por lotes se entenderá aquél terreno en el cual, de acuerdo con las ordenanzas municipales o metropolitanas, sea posible levantar una construcción independiente de las ya existentes o por levantarse en los terrenos vecinos.

Por fajas se entenderán aquellas porciones de terreno que por sus reducidas dimensiones o por ser provenientes de rellenos no pueden soportar una construcción independiente de las de los inmuebles vecinos, ni sea conveniente, de acuerdo con las ordenanzas municipales, mantenerlas como espacios verdes comunitarios.

Las fajas municipales o metropolitanas solo podrán ser adquiridas mediante el procedimiento de pública subasta, por los propietarios de los predios colindantes. Si de hecho llegaren a adjudicarse a personas que no lo fueren, dichas adjudicaciones y consiguiente inscripción en el registro de la propiedad serán nulas.

Por excedentes o diferencias se entenderán todas aquéllas superficies de terreno que excedan del área original que conste en el respectivo título y que se determinen al efectuar una medición municipal por cualquier causa o que resulten como diferencia entre una medición anterior y la última practicada, bien sea por errores de cálculo o de medidas. Estos excedentes o diferencias se adjudicarán al propietario del lote que ha sido mal medido cobrándole el precio de mercado.

SEGUNDO CAPÍTULO
DERECHO NOTARIAL Y EL NOTARIO

2.1. Generalidades del Derecho Notarial

Mucho se ha discutido en el sentido del origen de un Derecho Notarial autónomo del derecho positivo, pero en la historia no se puede negar que encontremos preceptos normativos de la función del notario y que exista una divulgada teoría de que se anhela llegar a la independencia del derecho notarial. Se dice que el conjunto de normas que rige el ejercicio de la profesión, la forma de los actos notariales y el cumplimiento de estas formalidades legales no puede expresarse que sea una estructura jurídica de corte científico y alcance universal y que puede ser calificada como rama del Derecho, mientras que quienes sostienen la soberanía o autonomía del Derecho Notarial afirman la independencia, las reglas legales de la validez del instrumento, por el efecto que producen entre las partes con relación a terceros y porque la acción es independiente de derecho; sostienen también que existe autonomía de sus agentes ejecutores, a más de la codificación del Derecho Notarial es diferente a las demás ramas del derecho.

A través del tiempo, por la evolución del derecho, la complejidad de las relaciones jurídicas, el derecho en general ha sufrido una poda, que ha permitido la ineludible existencia del derecho notarial, cuyo objetivo no solo limita a la conducta del notario como autor de la forma notarial, sino que su misión social como asesor, jurista, interesan sus acciones no solo a los contratantes; su trascendencia entraña creaciones en derecho: no es reparador sino regulador armónico, que pone en orden y sanciona la relación jurídica voluntaria, autoriza fedatariamente la afirmación o repulsión de un interés en juego, por el que el Estado legitima a través del notario, sin embargo existe una gran armonía y relación con el derecho civil, comercial, administrativo, etc. Por lo que no se puede hablar de un derecho notarial puro al igual que en las otras ramas del derecho, en razón de que el derecho notarial estará ligado a su madre, el derecho civil, pero se ha convertido a estas alturas en un producto científico, ordenado metodológicamente, sistematizado y separado de otras ramas del derecho.

El Derecho Notarial, tiene su propia norma en el sistema latino y el Ecuador no es la excepción, así tenemos la Ley Notarial, como base fundamental, pero se considera que en su aplicación se relaciona con casi todas las disciplinas del derecho, de las cuales nacen de una u otra forma los actos de voluntad, contratos, negocios jurídicos, actas y diligencias notariales, en todo caso citaré las más conocidas:

El Derecho Constitucional, en nuestro país que es un estado constitucional de derechos

es la base fundamental de todos los principios y desarrollo de la legislación ecuatoriana.

El Derecho Civil, en la que se incluyen todo desarrollo de las leyes civiles, referente a las personas, sus bienes, sucesiones, obligaciones y contratos.

El Derecho Procesal Civil, porque se incluye todo el derecho adjetivo civil, y sus diversos procedimientos tanto para asuntos contenciosos como no contenciosos.

El Derecho Administrativo, que incluye, entre otros, las contrataciones del estado, conocida como contratación pública, que en nuestro país se realizaba a través de escrituras públicas, pero únicamente se están acogiendo a los contratos privados, los cuales son sometidos a un sorteo en los Colegios Notariales de cada provincia, para luego ser protocolizados en la Notaria en la cual recayó esta elección.

El Derecho Aduanero, Que incluyen entre otros, la legalización de contratos de importancia o exportación de productos, bienes y servicios.

El Derecho Agrario, que incluye entre otros, los contratos de arrendamiento de predios rústicos para cultivo que; necesariamente, deben realizarse por escritura pública.

El Derecho Bancario, que incluye entre otros, los reconocimientos de firmas y rúbricas para las actas de pérdidas de cheques o chequeras, apertura de cuentas de integración de capital para la conformación de compañías.

El Derecho Concursal, que incluye entre otros, la salida del notario de su Despacho para realizar concurso, sorteos de productos televisivos o de premiaciones, como el caso de la Lotería Nacional o el Pozo Millonario.

El Derecho Cooperativo, que incluyen entre otros, la legalización del acta de sorteos de lotes en las Cooperativas de Vivienda, Comités Promejoras, su respectiva protocolización; así como también los contratos de adjudicación y venta.

El Derecho Eclesiástico, que incluye entre otros, el cumplimiento del Modus Vivendi que es el convenio celebrado entre la Santa Sede y el Estado Ecuatoriano para regular las relaciones entre las iglesia y nuestro país; así como también las actuaciones y contratos celebrados por, para y en favor de las organizaciones religiosas.

El Derecho Electoral, que incluyen entre otros, la disposición de que las personas que no votan pierden los derechos de ciudadanía por derechos de ciudadanía por cierto tiempo, al igual que la presentación de la papeleta de votación para todo trámite a efectuarse en la Notaría;

El Derecho de Menores, que incluyen entre otros, las emancipaciones de los menores para el manejo de sus negocios o para continuar con la carrera militar, actas notariales, de Autorización de salida del país.

El Derecho Laboral, que incluye entre otros, la legalización de los contratos de trabajo, o actas de finiquito, o actas de finiquito, a través del reconocimiento de firmas y rúbricas.

El Derecho Mercantil, que incluye entre otros, los contratos mercantiles, el protesto de títulos ejecutivos o requerimientos para el cumplimiento de obligaciones, la legalización de contratos de prenda industrial y agrícola, a través del reconocimiento de firmas y rúbricas.

El Derecho Societario, que incluye entre otros, las constituciones, escisiones, fusiones, aumentos de capital, reforma de estatutos de compañías, etc.

El Derecho Tributario, que incluye entre otros, la obligación del Notario de exigir los contratantes los pagos de alcabala, utilidad y registro del Municipio y del Consejo Provincial y todos los necesarios para la transferencia de dominio; la tasa para declaratorias de Propiedad Horizontal.

Con los demás incluye entre otros, los principios generales del derecho, y la Jurisprudencia, la doctrina, e inclusive, la costumbre.

Ahora bien, entendiendo sus fuentes, podré referirme al Derecho Notarial con mayor propiedad, además, es necesario citar a la Dra. Paola Andrea Peluso, autora citada por la doctora Cristina Noemí Armella en su obra Tratado de Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario, quien sostiene que: “En los pueblos antiguos, como en Egipto, en Persia, los Judíos, los griegos, los romanos, etc. había hombres que consagraban su actividad al establecimiento de convenciones adoptadas por sus conciudadanos. Estos tenían apelaciones diversas, tales como escribae, tabellones, notarii.

En el sentido etimológico del término, NOTARIO es aquel que toma nota o anota rápidamente. Los NOTARIIS, originalmente, eran los secretarios de los príncipes, de los altos funcionarios y de los ricos ciudadanos romanos. Ellos los acompañaban en sus viajes, tomaban notas para ellos y redactaban los escritos necesarios para la administración de sus negocios.

Estos hombres son los ancestros de los Notarios, cuya misión primaria era la de dar a las convenciones de una forma fiable, no alterada por un recuerdo defectuoso, como ocurre en los sistemas de tradición oral, ni por la mala fe de las partes”⁷.

Sin embargo, el origen del Notario autenticando las convenciones a nombre del Estado es más reciente. El Notario aparece cuando las necesidades de seguridad jurídica conducen a desarrollar el poder judicial y a confiar al magistrado, al lado de una jurisdicción contenciosa para juzgar los diferendos, una jurisdicción voluntaria que tiene por objeto -entre otros- autenticar los contratos.

Esta organización, que otorga a las convenciones los mismos efectos jurídicos que a las sentencias, aparece en el Bajo Imperio Romano y penetra en la Galia con la ocupación romana.

Es cerca del “fin del Imperio Romano que se instituyeron los tabelliones. Los actos que ellos autorizaban llevaban los sellos de dos testigos, de manera que tenían así un valor de prueba; pero para adquirir autenticidad, debían ser transcritos en los registros por los tabularii, que eran escribas de los magistrados.

A ese entonces, el Notario ya no es solamente aquel que elabora las cláusulas jurídicas conforme a la voluntad de los contratantes, sino que es una especie de "greffier" (actuário) que redacta las convenciones y las somete a la firma del juez, de la misma manera que el "greffier" (actuário) de nuestros días redacta la sentencia que es firmada por el juez. La terminología no es todavía exacta, se los denomina actuarii, cancellarii, judex cartularii.

Es Carlomagno quien consagra en Francia esta concepción del Notariado íntimamente ligado a la magistratura. El Emperador estuvo consciente de la necesidad de dar un carácter oficial a las funciones de aquellos que recibían y elaboraban las convenciones. En los Capitularios de 803 a 805 manda a sus emisarios para nombrar notarios en cada jurisdicción

⁷ ARMELLA, Cristina. Tratado de Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario. Tomo I. Págs. 33 y 34.

y recomienda a los señores justicieros a seguir su ejemplo”⁸.

El desarrollo del Notariado en Francia conoce aspectos diferentes en los países del Sur, regidos por un derecho escrito directamente extraído del Derecho Romano; y, en los países del Norte de Francia, que se regían por el derecho consuetudinario. No olvidemos que Francia (o la antigua B, (...)) dos países por el habla, uno, de "langue d'oc" y, el otro, de "langue d'oïl”⁹.

Los primeros, conocieron muy pronto el sistema notarial. Los obispos y los señores justicieros, sin duda, para descargarse de la responsabilidad de la vigilancia y de la legalización de los contratos, a la manera romana, otorgaron a los "tabellions" el derecho de instrumentar en su respectiva jurisdicción. Estos fueron, entonces, los verdaderos notarios públicos habilitados para conferir a los actos la autenticidad por la sola aposición de su "signo". Los Notarios meridionales franceses surgieron directamente de los notarios latinos.

En los Países del Norte, de derecho consuetudinario, en principio el acto escrito no se utilizaba. Las costumbres germánicas que a la época se aplicaban sólo admitían dos géneros de contratos: Los formales, materializados por la entrega de un "gage" simbólico (prenda o garantía), y, los contratos reales inmediatamente ejecutados por la entrega de la cosa y del precio. Sin embargo, los jefes de las diócesis fueron introduciendo en las costumbres, poco a poco, las reglas del Derecho Romano. El acto escrito se sustituye al símbolo y a la tradición y la función del notario empieza a desarrollarse.

En términos generales, se confería la autenticidad a los actos por la aposición del sello de una jurisdicción, pero no era todavía el Notario quien otorgaba la autenticidad al acto, pues éste era un simple redactor.

“Es en la época de la autoridad real que se generaliza la Institución. Así, en 1270 San Luis creó 60 notarías en el Châtelet; luego, en 1302, Philippe le bel (Felipe, el hermoso) establece en sus dominios Notarios, a semejanza de los de Châtelet, y este ejemplo fue seguido poco a poco por los señores laicos y eclesiásticos de todo rango. Se distinguía en esta época a los Notarios Reales, que ejercían en virtud de autorización conferida por el rey, y los notarios señoriales, nombrados por los señores justicieros. Además, existían los Notarios Apostólicos, cuya autoridad les era concedida por el Papa o por los obispos.

⁸ ARMELLA, Cristina. Tratado de Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario. Tomo I. Pág. 35

⁹ ARMELLA, Cristina. Obra citada. Pág.36

Conviene destacar que para la elaboración del acto auténtico intervenían varias personas: El Notario, que recibía las declaraciones de las partes y redactaba las cláusulas del contrato; el tabellion que recibía en depósito el instrumento; y, el guarda-sellos que lo autenticaba. Era el tabellion quien conservaba los protocolos y confería las copias y las autenticaba aponiendo el sello correspondiente que conservaba el guarda-sellos. Entre los siglos X al XV se realiza progresivamente la confusión de las funciones en la sola persona del Notario. Esta fusión se realiza totalmente por un edicto de Henry IV, de mayo de 1597 y es en julio de 1706 y abril de 1708, mediante un edicto de Luis XIV, que a cada uno de los Notarios les es entregado un sello con las armas reales.

Entretanto, y para suplir los derechos del sello, desaparecidos con los tabellions jurados, la realeza había instituido un timbre, que entró en uso a partir de 1676.

Así, el Notario deviene un detentador del sello del Estado, de la misma manera que los jueces, y es un delegado directo de la autoridad pública para autenticar las convenciones de los particulares. La profesión se reglamenta poco a poco y los Notarios tienen la obligación de escribir los actos de su propia mano y, mediante una ordenanza expedida en 1304, se les impone la obligatoriedad de transcribirlos en un registro especial llamado protocolo. A partir del siglo XIV los actos notariales debían ser suscritos también por las partes. En 1539 se obliga a los Notarios a redactar los actos en Francés y no en latín como se venía acostumbrando¹⁰.

Surgen luego las agrupaciones de Notarios con sus respectivos reglamentos.

“En vísperas de la revolución francesa había en Francia 13.000 notarios, muchos de los cuales se encontraban en situación miserable, pues se pagaba al rey un tributo extremadamente importante. La revolución y el siglo XIX¹¹. Los revolucionarios de 1789 quisieron suprimir a los notarios. En efecto, suprimieron a los notarios reales, apostólicos y señoriales, pero como sus funciones eran indispensables para redactar las convenciones, ponerles fecha cierta y darles fuerza probatoria, se previó reemplazarlos por notarios públicos, designados mediante concurso. Se desarrolla en Francia una nueva época sobre tres bases fundamentales: la propiedad individual, las libertades cívicas y la familia. El derecho a la propiedad aparece como una necesidad social y la conquista de las libertades

¹⁰ CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo III. Pág. 351.

¹¹ CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo III. Pág. 352.

cívicas permite a los ciudadanos el libre ejercicio de sus derechos.

Finalmente, la familia, célula de base, que resistió a la tempestad revolucionaria, es considerada como el principal elemento de estabilidad. Dentro de esta perspectiva, el Notario es el hombre de la situación: Creador y conservador de títulos de propiedad; consejero y redactor imparcial; y, confidente de las familias, artesano de la transmisión del patrimonio familiar.

Napoleón Bonaparte, quien hizo la codificación del derecho en Francia, dota al Notariado, desde 1803, de una organización y de un Estatuto, cuyos grandes lineamientos se conservan hasta nuestros días: Es la ley del 25 año Ventoso que, junto con el Código Civil, donde encontramos las indicaciones relativas a los actos notariales, constituyen la carta del notariado francés.

“La Ley del Ventoso consagra una evolución que corta definitivamente los lazos que unían la jurisdicción voluntaria a la jurisdicción contenciosa. Los notarios reciben una misión muy grande de practicantes del derecho en oposición a los abogados limitados al ejercicio de la jurisdicción contenciosa. El Notario debe asistir al público en todas las aplicaciones del derecho. Así, la exposición de motivos de esta ley lo explica perfectamente, por lo que vale la pena citarla:

Al lado de los funcionarios que concilian y que juzgan los diferendos, la tranquilidad pública llama a otros funcionarios, quienes, consejeros desinteresados de las partes, así como redactores imparciales de sus voluntades, les hacen conocer todas las obligaciones que contraen, redactando sus compromisos con claridad, dándoles el carácter de acto auténtico y la fuerza de una sentencia dictada en última instancia, perpetuando su recuerdo y conservando su depósito con fidelidad, impidiendo que nazcan diferencias entre los hombres de buena fe, y quitando a los hombres, con la esperanza del éxito, el deseo de llevar a cabo un acto contestario injusto.

Estos consejeros desinteresados, estos redactores imparciales, esa especie de jueces voluntarios que obligan irrevocablemente a las partes contratantes son los Notarios: Esta Institución es el Notariado”.

El Notariado queda bajo la tutela del poder judicial y sus estructuras profesionales son calcadas sobre las circunscripciones judiciales:

Un Notario por cantón, una Cámara de Notarios por región y un Consejo por Corte. Se reconoce, además, al Notario, el derecho de presentar a su sucesor.

Así, el Notario juega un rol social y económico muy importante durante el siglo XIX.

El siglo XX.- En esta época, el Notariado siente, naturalmente, los efectos sociales y económicos provocados por la primera guerra mundial. Es una de las primeras instituciones que logra imponer un régimen de jubilación y de seguridad social a su personal. Pero, el desarrollo de la sociedad, con el advenimiento de los abogados de empresa y otros, hace que el notario sea confinado a ejercer solamente su rol de autenticador de contratos.

La necesidad de una acción colectiva se hace sentir entre los Notarios, quienes se agrupan a nivel nacional y, en 1912, se constituye en Francia un Sindicato de Notarios y la Asociación de Notarios de Francia, la misma que, en 1941, se convirtió en el Consejo Superior del Notariado. En esta época, los Notarios toman la iniciativa de organizar Congresos anuales, primeramente para la defensa de sus intereses y, luego, para la investigación jurídica y social, a fin de favorecer la adaptación de las leyes. En 1945 se dicta el estatuto del Notariado. Desde 1960 el Notariado francés innova en materia legal y pone a punto las operaciones de construcción, crea los reglamentos de copropiedad y participa grandemente en la extensión de la actividad económica y asume también los problemas que presenta la reglamentación del urbanismo y de las fiscalización inmobiliaria. En esta época, el Notariado adapta sus métodos y estructuras y se organiza de manera que racionaliza los métodos de trabajo, aprovechando las nuevas técnicas de la informática.

Hasta 1978, había en Francia 6.500 Notarios, con 40.000 empleados a su cargo, de los cuales sólo 110 eran mujeres. Sólo a partir de 1948 se admitió la incorporación de mujeres en el Notariado francés. Los empleados de las Notarías tienen un régimen social especial, excluido del régimen común de seguridad social; y, los Notarios tienen un régimen social independiente del de su personal¹².

El Notariado en Francia se lo ejerce como una profesión liberal, pero muy especializada, pues, para que un abogado ejerza su profesión le basta su inscripción en calidad de abogado "stagiaire" (seminarista), mientras que el Notario no puede ser nombrado hasta tanto no haya hecho un seminario, durante cuatro años, en una Notaría, en los textos, y de

¹² MANTILLA GUERRA. Carlos. Manual Práctico de Procedimientos Notariales. Tomo I. Pág. 10.

seis, aproximadamente, en los actos. Es decir, que durante todo ese tiempo, ejerce la profesión bajo el control y la responsabilidad del notario en cuya notaría hace su seminario.

También es importante conocer los principios del Notariado, observemos:

El Sistema Notarial Ecuatoriano se rige por el Sistema Latino, con principios fundamentales que regulan la actuación de los notarios, aunque no se los halle expresamente detallados dentro de la legislación, los cuales son:

- de Asesoramiento de Autenticidad,
- de Consentimiento,
- de Fe Pública,
- de Forma,
- de intermediación,
- de Imparcialidad de interpretación,
- de Objetividad, de Publicidad,
- de Rogación,
- de Reserva,
- de Resguardo,
- de Seguridad Jurídica; y,
- de Unidad de Acto.

“PRINCIPIO DE ASESORAMIENTO.- Se refiere al papel que desempeña el notario en virtud de su vasto conocimiento, lo cual asegura que pueda asesorar a los clientes que requiere su servicio, incluidos los abogados que no tienen tan claro el objetivo, del contrato que desean realizar.

PRINCIPIO DE AUTENTICACION.- Se refiere a que el Notario puede, mediante su firma y sello autenticar la validez de un documento, lo cual lo realiza y es parte de su función diaria.

PRINCIPIO DE CONSENTIMIENTO.- Se refiere a que el Notario debe verificar en forma fehaciente que el o los otorgantes de los instrumentos que autoriza estén convencidos de otorgarlos, con una libre convicción que no lesione su derecho ya que podría acarrear vicios, como lo veremos más adelante.

PRINCIPIO DE FE PUBLICA.- Se refiere a la investidura que le da el Estado al Notario para que sus actos tengan la presunción de veracidad y validez, con lo que se garantiza la seguridad jurídica.

PRINCIPIO DE FORMA.-Se refiere a la facultad que tiene el notario para dar forma jurídica a los actos y contratos que se le presentan y que luego formarán parte de su archivo.

PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN.-Se refiere a la obligación que tiene el Notario de asistir personalmente a los clientes que solicitan sus servicios, es decir, el contacto entre los intervinientes y el Notario, y, entre estos y el instrumento público que celebran y autoriza, respectivamente.

Lastimosamente, es un principio que muy pocos notarios lo ejercen, ya que en la actualidad, la relación primigenia se ve opacada por la intervención del empelado notarial que sin desmerecer su capacidad o desempeño en el trabajo, no está obligado a hacerlo, pero las circunstancias así lo ameritan.

PRINCIPIOS DE IMPARCIALIDAD.- Se refiere a la obligación que tiene el Notario de realizar todas sus actuaciones sin beneficiar a ninguno de los intervinientes, esto es, que cualquier negocio jurídico presentado ante él, no puede ser objeto de favores para ninguna de las partes.

PRINCIPIOS DE INTERPRETACION.-Se refiere a que el Notario debe interpretar los documentos presentados ante él, por lo cual, y en caso necesario, podrá incluir las llamadas cláusulas de estilo para que se complete la validez del instrumento.

PRINCIPIOS DE OBJETIVACION.- Se refiere a que el Notario está obligado a actuar en forma objetiva, es decir, dejando de lado todo tipo de convicción interior o subjetiva aplicando las normas jurídicas correspondientes.

PRINCIPIOS DE PUBLICIDAD.- Se refiere a que todas las actuaciones del Notario están revestidas de fe pública, haciendo públicos los documentos que autoriza, pero esta obligación se ve limitada respecto de los actos testamentarios, porque estos surten efecto después de fallecimiento del testador, por lo que se entregará copias certificadas para su inscripción en el Registro de la Propiedad o mercantil correspondiente, previa a presentación de la partida de defunción legalmente emitida por el Registro Civil. Aunque a petición del

testador, se puede otorgar copia certificada, la misma que se inscribirá solo después de su fallecimiento.-

PRINCIPIO DE ROGACION.- Se refiere a que el Notario está obligado a actuar por solicitud verbal o escrita de la parte interesada, ya que no puede intervenir por sí solo porque se conoce como “de Oficio”.

PRINCIPIO DE RESERVA.- Se refiere a que el Notario está obligado a no divulgar los contratos que se celebran en la Notaria a su cargo, mientras no sean legalizado totalmente, pero cuando ya lo han sido, esto es, el documento está autorizado y entregadas las copias certificadas, ya se constituye en un instrumento público y susceptible de otorgamiento de más copias, independientemente de quien las requiera.

PRINCIPIO DE RESGUARDO.- Se refiere a que el Notario está obligado a marginar los protocolos a su cargo en un lugar seguro, a fin de que no sean objeto de apropiación ilícita, robo o destrucción.

PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURIDICA.- Se refiere a que los actos de voluntad, contratos actas, y diligencias notariales, se basan en la fe pública del Notarial, emanada del Estado y, por lo tanto, están revestidos de autenticidad y certeza.

PRINCIPIO DE UNIDAD DE ACTO.- Se refiere a que los actos de voluntad, contratos actas y diligencias notariales, deben efectuarse en un solo acto, con la concurrencia de todas las voluntades, incluido el Notario, para que posteriormente no exista alegación de falta de consentimiento en el otorgamiento, al menos por esta causa¹³.

En este principio también es menester hacer una reflexión, puesto que bajo ciertas circunstancias se hace poco probable de cumplirse, tal caso cuando se debe recoger la firma al Presidente de la república, Secretarios del Estado o Ministros, Autoridades Provinciales, Municipales, empelados de la Jerarquía del Gobierno, a quienes por su labor es casi imposible determinar el momento en que se encuentre en su despacho para firmas; y, pero aún junto con los otros contratantes, si se trata de autoridades de igual o mayor categoría o importancia.

En todo caso, este tipo de situaciones se presenta en forma muy continua y, tampoco le

¹³ MANTILLA. Carlos. Obra Citada. Págs. 16 a 18.

quita validez a los instrumentos que autoriza el Notario.

2.2. El Notario

El Notario tiene necesariamente que ser un profesional del derecho, pues tiene a su cargo el redactar el instrumento notarial, vigilar la legalidad de los actos, leerlos y explicarlos a las partes, logrando así la seguridad y certeza jurídica, que evita litigios posteriores.

El notario es un profesional del Derecho que ejerce simultáneamente una función pública para proporcionar a los ciudadanos la seguridad jurídica que promete la Constitución, en el ámbito del tráfico jurídico extrajudicial. Tiene una formación jurídica contrastada y es seleccionado mediante unas rigurosas oposiciones que garantizan su formación.

La Ley Notarial lo define al Notario de la siguiente forma:

“Art. 6.- Notarios son los funcionarios investidos de fe pública para autorizar, a requerimiento de parte, los actos, contratos y documentos determinados en las leyes.

Para juzgarlos penalmente por sus actos oficiales gozarán de fuero de Corte”¹⁴.

“Art. 7.- Cada Notario ejercerá su función dentro del cantón para el que haya sido nombrado, cualquiera que sea el domicilio de los otorgantes, la ubicación de los bienes materia del acto o contrato o el lugar del cumplimiento de las obligaciones”¹⁵.

“Art. 8.- En cada cantón habrá el número de notarios que determine el Consejo de la Judicatura, sobre la base del informe estadístico elaborado anualmente por la Comisión de Asuntos Relativos a los Órganos Auxiliares sobre el número de actos y contratos realizados en cada jurisdicción cantonal, la población y otros aspectos relevantes del tráfico jurídico en dicha circunscripción. Conforme a esta norma el número de notarios en cada cantón, podrá ser aumentado o disminuido cada año, para un mejor servicio a los usuarios”¹⁶.

El Tratado Práctico de Derecho Notarial de Argentino I Neri, escribano nacional de Buenos Aires, define al notario como: “... un ente de derecho de rasgos realmente singulares: se concibe en función pública, con jurisdicción absolutamente voluntaria y específica, como funcionario documentador de hechos y derechos acaecidos en la normalidad, aprehendidos

¹⁴ LEY NOTARIAL. Corporación de Estudios y Publicaciones. Art. 6

¹⁵ LEY NOTARIAL. Corporación de Estudios y Publicaciones. Art. 7

¹⁶ LEY NOTARIAL. Corporación de Estudios y Publicaciones. Art. 8

por virtud de su poder sensorial y aceptados erga omnes con carácter de ciertos y permanentes”¹⁷.

La definición legal que da la Ley Especial del Notariado Argentino en su Art. 1, dice refiriéndose al notario: “Funcionario público, autorizado para dar fe, conforma a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales”¹⁸.

La Ley Notarial para el Distrito Federal de México define al notario de la siguiente manera: “Art. 10.- Notario es un licenciado en Derecho, investido de fe pública, facultado para autenticar y dar forma en los términos de ley a los instrumentos en que se consignen los actos y hechos jurídicos. El Notario fungirá como asesor de los comparecientes y expedirá los testimonios, copias o certificaciones a los interesados conforme lo establezcan las leyes, la formulación de los instrumentos se hará a petición de parte”.

Para Giménez Arnau, “Notario es el profesional de Derecho que ejerce una función pública para robustecer, con una presunción de verdad, los actos en que interviene para colaborar en el formación correcta del negocio jurídico y para solemnizar y dar forma legal a los negocios jurídicos privados, y de cuya competencia, solo son razones históricas, están sustraídos los actos de la llamada jurisdicción voluntaria”¹⁹.

Considero que Notario es el funcionario que recibe del Estado la potestad legal de otorgar fe pública para autorizar actos, contratos, trámites y diligencias, establecidos en la ley, en los que interviene en razón de su cargo, para formalizar, redactar, autorizar, solemnizar, autenticar, cuidar de la legalidad, veracidad e incluso asesorar a las partes; como el moldeador legal, porque no es un simple documentador, recoge la voluntad de las partes encuadrándolas jurídicamente, explicando su alcance, penetrando en los más profundo del documento notarial; para luego custodiar, conservar en depósito los protocolos y libros autorizados por él en ejercicio de su cargo a más de otorgar las copias y testimonios correspondientes.

Nuestra Ley Notarial, en su Art. 6, define a los notarios de la siguiente manera: “Notarios son los funcionarios investidos de fe pública para autorizar, a requerimiento de parte; los actos, contratos y documentos determinados en las leyes”²⁰.

¹⁷ ARMELLA, Cristina. Tratado de Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario. Tomo I. Pág. 38

¹⁸ Ley citada por Cristina Armella en su obra citada.

¹⁹ Autor citado por CABANELLAS. Guillermo. Obra citada. Pág. 351

²⁰ LEY NOTARIAL. Corporación de Estudios y Publicaciones. Art. 6

En esta definición no se ha clasificado qué clase de funcionario es, si público, privado, judicial o no judicial.

El Dr. Wladimiro Villalba Vega, en su libro “Fundamento de Práctica Forense”, al analizar la definición de notario contenida en el Art. 6 de la Ley Notarial dice: “Desde el punto de vista del Derecho Administrativo se discute si realmente el notario es un funcionario público. Más bien se lo considera como un profesional del Derecho que ejerce una función pública”²¹. Creo que si bien debería ser un profesional del derecho, un jurista de altísima preparación académica y a cuarto nivel, con una sólida formación moral que cumpla con solvencia los requisitos de probidad; a riesgo de que se frustre la función notarial, nuestra Ley Notarial no exige que el notario sea necesariamente profesional del derecho, seguramente porque en ciudades pequeñas no existen profesionales del derecho interesados en el cargo por la poca actividad y en consecuencia muy poco ingreso económico.

El Notario como Funcionario es definido así: “Aunque palabra muy difícil de concretar, por las diversas opiniones acerca de su amplitud, cabe establecer que funcionario es toda persona que desempeña una función o servicio por lo general estables y públicas”²², aunque el Diccionario de la Real Academia de la Lengua define dándole una similitud a funcionario público, es un término que se lo utiliza ampliamente incluso para mencionar a directivos de empresas privadas.

El Dr. José María Mustápic cita a FELIX SARRIÁ, “funcionario público es todo el que en virtud de designación especial y legal y de una manera continua, bajo formas y condiciones determinadas en una esfera de competencia dada, declarada, o ejecuta la voluntad del Estado para realizar un fin público”²³.

Al referirse a este tema, Bernardo Pérez Fernández del Castillo dice: “Entre los notarialistas ha sido ampliamente debatido si el notario es o no funcionario público. Las teorías sobre la naturaleza jurídica de la actuación notarial, unos afirman que es funcionario público, otros lo consideran una profesión liberal y las eclécticas o mixtas sostienen que es una función pública desarrollada por un profesionalista liberal”²⁴.

Todo el mundo necesita de vez en cuando hacer algo que tiene que ver con el Notario: va a

²¹ VILLALBA. Wladimiro. Fundamento de Práctica Forense. Pág. 23.

²² MANTILLA GUERRA. Carlos. Manual Práctico de Procedimientos Notariales. Tomo I. Pág. 22.

²³ Autores citados por CABANELLAS. Guillermo en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo V. Pág. 176.

²⁴ Autor citado por LEON. Rodrigo. Procedimiento Notarial. Tomo I. Pág. 3

contraer matrimonio y desea hacer capitulaciones matrimoniales; se ha puesto de acuerdo con otros amigos y va a emprender con ellos un negocio, tiene que firmar un documento en otra ciudad y no puede desplazarse, quiere otorgar un testamento abierto; se ve en la necesidad de otorgar un poder... Y como estos, otros mil ejemplos. Lo que hay que saber es que el notario puede ayudar en todas estas cuestiones y muchas más que van a desembocar finalmente en un documento notarial. Si se acude a una notaría a expresar la intención de hacer una escritura de un apartamento que se ha comprado o vendido, otorgar un poder, hacer testamento, constituir una sociedad, celebrar capitulaciones matrimoniales, o cualquier cosa de tipo jurídico relacionada con la contratación privada civil o mercantil, con la vida familiar o con las sucesiones por causa de muerte, el notario va a estudiar el caso y aconsejará sobre la forma más conveniente de tratarlo, indicando las ventajas e inconvenientes de cada opción, así como su costo, incluyendo el de los impuestos que, en cada caso, se tiene que pagar.

Si se piensa llevar a cabo cualquiera de estos actos o negocios jurídicos, el notario redactará el documento en la forma apropiada y ajustándolo a la legislación vigente. Lo autorizará con todas las formalidades necesarias, y le entregará una copia auténtica para que le sirva de título indiscutible en cualquier sitio que le presente. Entonces, el Notario le cobrará sus honorarios, que serán precisamente ni más ni menos que los que tiene establecido el Gobierno. El importe será el mismo tanto si ha habido consulta previa, como si ha acudido al despacho suficientemente informado y no ha necesitado ningún tipo de asesoramiento, que es gratis, y además el notario informa con absoluta imparcialidad, velando por que todos los que firmen una escritura conozcan su contenido y consecuencias.

Es necesario conocer los Fines del Notario que son:

Los fines que persigue el Notario son: La seguridad, el valor y la permanencia de los documentos otorgados o autorizados por el Notario.

SEGURIDAD

Brindándole un valor real, eficiente y carácter de prueba plena al documento notarial.

VALOR

Brindándole tal fuerza a la intervención del Notario frente a las partes y a terceros, que los

documentos que autoriza están revestidos de eficacia jurídica y legal.

PERMANENCIA

Brindándole valor y fuerza en el tiempo, para que posteriormente se puedan obtener copias auténticas con el mismo valor de las entregadas originalmente aunque sean otorgadas por otro Notario reemplazante de quien lo autorizó.

LA RELACION NOTARIAL

Es la que ejecuta o interactúa en entre el Notario y las personas que requieren de sus servicios, quienes podrían ser los profesionales del derecho o usuarios, y, en términos generales, los clientes.

EL CLIENTE.- Es la persona natural o jurídica que requiere de los servicios notariales, puede componerse de uno (actos de voluntad, unipersonal como declaraciones juramentadas, compromisos, garantías económicas o personales) o de varios otorgantes (contratos bilaterales como compraventas, cesiones de derechos, donaciones).

Su obligación es expresar el objetivo de su comparecencia ante el Notario, presentándole los documentos indispensables, para que este les pueda impregnar eficacia y surtan los efectos legales correspondientes.

Su manifestación debe ser clara, real, verdadera, libre, espontánea y sujetarse a derecho.

Puede componerse de una o dos partes, llamados de esta manera o también comparecientes intervinientes, otorgantes, contratantes, y, en casos específicos, comprador y vendedor, acreedor y deudor, adjudicante y adjudicatario, donante y donatario, cedente y cesionario, contratante y contratado. Todo depende del tipo de acto o contrato que otorguen ante el Notario.

La comparecencia la pueden hacer por sí o por intermedio de una tercera persona, con representación, sea:

POR LA LEY.- En el caso de los padres e hijos menores de edad, sobre los cuales ejercen la patria potestad;

CON GUARDA.-Que se da solo en las personas naturales y es de 2 clases:

“1.-Cuando se trata de un menor de edad cuyos padres han fallecido o han sido privados de la patria potestad, por su falta de desarrollo emocional, físico e intelectual, y al ser incapaz sea absoluto o relativo, dependiendo de su edad, necesita que alguien lo represente, por lo cual y luego de un trámite judicial se le nombra un tutor, quien tiene a su cargo la administración de los bienes del menor; y,

2.- Cuando es una persona mayor de edad pero que ha sido, previo el trámite legal, correspondiente, declarada incapaz o interdicta, en cuyo caso se le nombrará un curador igual, con administración de los bienes”²⁵.

En ambos casos se requiere la presentación de la copia certificada del acta de discernimiento del cargo y, en el caso de venta, partición o hipoteca de bienes, la copia certificada de la licencia o autorización judicial.

CON NOMBRAMIENTO.- Solo para el caso de las personas jurídicas que, como entes ficticios, necesitan de una persona natural, que las represente. Este debe ser emitido por la autoridad competente, llámese Ministerio del ramo, Dirección de Cooperativas, Registro Mercantil, Registro de la Propiedad.

Cuando se trata de compañías se llama Gerente o Presidente, en Cooperativas Gerente o presidente; en Fundaciones Director Ejecutivos, En Sindicatos o Comités de Empresa, Secretario General, en Empresas Unipersonales Gerente propietario, en Universidades: Rector, en organizaciones religiosas, procuradores o director; en Comités Promejoras o barriales, Presiente, en sociedades civiles y en sociedades de hecho, Presientes o Gerente, en inmuebles declaradas en propiedad horizontal, administradores.

El nombramiento legalmente emitido debe estar vigente el día de la suscripción del documento en la Notaria, sino lo está, la persona jurídica carecerá de representación, aunque existe la figura de la prorrogación de funciones hasta que sea debidamente reemplazado, g pero se corre el riesgo de que la persona que dice estar prorrogada, no lo sea, actuando de mala fe, en perjuicio del otro contratante y de quien realmente es el representante.

En estos casos hay que ser muy prolijos para salvar la situación se puede pedir

²⁵ LARA CASTRO: Félix. Hilando Notarialmente. Pág. 15.

certificaciones actualizadas de registro mercantil , en caso de compañías o sociedades, del Registro de la propiedad, en caso de organizaciones religiosas, de los secretarios o gerentes de cooperativas, comités, etcétera, con lo cual se tendrá noticia de este hecho.

CON PODER O AUTORIZACION.- Que puede darse tanto para personas naturales como jurídicas, emitidas por ellas para que otra las represente en el acto o contrato, como si fueran ellas mismas.

Esta es la figura del mandato que puede expresarse a través del poder especial o general; en casos especiales como: divorcios, la procuración judicial, otorgada a favor de un Abogado.

2.3. Atribuciones del notario

Previo a referirme a las atribuciones constantes en la Ley Notarial, quisiera hacer referencia a los sistemas notariales existentes:

Se los puede clasificar de conformidad con el desarrollo de las actividades del Notario, así tendríamos 3 clases:

- Administrativo;
- Anglosajón; y,
- Latino

Administrativo:

Aquí el Notario es un empleado público y ejerce funciones específicas a favor de los intereses de la política socialista, los documentos que otorga no tienen ningún privilegio sobre los demás documentos privados y quien los otorga debe tener preparación académica.

Anglosajon o Sajón:

Aquí el Notario se dedica a redactar y certificar contratos, los documentos que otorga no tienen fuerza ni presunción de legalidad, su ejercicio es temporal, no existe protocolo ni tampoco debe tener preparación académica.

Latino:

Aquí el Notario autoriza los documentos en base a la fe pública que ostenta, por lo que tienen presunción de legalidad, son pruebas plenas; la función que desempeña es pública pero no tiene relación de dependencia, con el Estado, ya que no recibe sueldo este; su ejercicio es permanente y personal, No puede realizar otro trabajo ni cargo público que la docencia (por lo general Universitaria); está obligado a llevar un protocolo de todos los actos, contratos y diligencias que autoriza; Su presentación debe ser académica, específicamente, profesional en derecho.

La Doctrina determina una serie de organizaciones notariales que ofrece el derecho comparado pero, el más general y universal es el que encasilla al notariado en dos sistemas:

- “1. El primero de TIPO LATINO, que es el que se lo ejerce por delegación del Estado, obligatorio, relegado; el instrumento tiene valor de prueba preconstituida. Salvo tacha de falsedad, el notario tiene una participación activa en actos anteriores, coetáneos y posteriores a la celebración de la actuación notarial; y,
2. El segundo es el de TIPO SAJON; en que el Notario es el profesional privado, el instrumento es un principio de prueba que ha de ser convalidado vía juicio, para gozar de autenticidad; por lo que se constituye el notario, apenas en un testigo calificado; no lleva el protocolo, solo autentica las firmas”²⁶.

La Fe Pública

En el diccionario Enciclopédico Ilustrado de la Editorial Sopena, dice que la fe pública es “la confianza que merecen los funcionarios públicos autorizados para intervenir en los contratos y otros actos solemnes”²⁷.

La fe pública, es la facultad emanada del Estado y depositada en una persona natural, para que esta pueda dar veracidad y eficacia jurídica a los documentos que otorga, lo que garantiza la natural aplicación y desarrollo del derecho para dotar de certeza las relaciones jurídicas que se practican dentro de este Estado.

²⁶ MANTILLA. Carlos. Obra Citada. Pág. 13.

²⁷ DICCIONARIO ENCICLIPÉDICO ILUSTRADO SOPENA Pág. s/n

Claro esta que esta fe pública se aplica para varios funcionarios públicos en diferentes circunstancias, con características similares, así tendríamos, en el caso que nos atañe que es la fe pública notarial, pero veremos otras maneras de ejemplificación, tales como: la fe pública administrativa, consular, eclesiástica, judicial, legislativa, marítima, militar, y registral.

La Fe Pública Notarial

Es la emanada por el Estado y encargada a los Notarios, para autorizar los actos, contratos y documentos determinados en la Ley, es decir, que por disposición legal, el Notario está respaldado para que sus actuaciones repercutan frente a la sociedad, por todas las facultades que tiene actualmente.

La Fe Pública Administrativa

Es la emanada por el Estado y encargada a los funcionarios públicos, para que autoricen y se tramiten ante ellos los expedientes administrativos, y dar fe de las copias que emiten, como de los actos en que intervienen tales como órdenes, comunicaciones, resoluciones.

La Fe Consular

Es la fe emanada por el Estado y encargada a los funcionarios que prestan sus servicios en los Consulados del Ecuador con sede en otros países, y que tienen similitud con los Notarios pudiendo autorizar varios de los instrumentos que estos realizan, los más conocidos son: los contratos de mandato o poderes, autorizaciones de salida del país, en que se encuentran, como partidas de nacimiento, defunción, o matrimonio, traducciones, de conformidad con el Convenio de la Haya de 5 de Octubre de 1961, al cual se adhirió nuestro país mediante Decreto Ejecutivo No. 1700-A, publicado en el Registro Oficial Nro. 357 del 17 de Junio del 2004 y que entró en vigencia a partir del 2 de Abril del 2005, con la razón de "Apostille" de los funcionarios del país emisor, estos documentos tienen valides en cada uno de los estados miembros.

También tiene funciones del régimen Civil, tales como emitir partidas de nacimientos, defunción de ecuatorianos en el extranjero.

La Fe Pública Eclesiástica

Es la emanada por el derecho eclesiástico y encargada a los funcionarios de la iglesia, para emitir fe de bautismos, certificaciones de matrimonios. Así como certificar los documentos que reposan en sus archivos, como nombramientos y actas.

La Fe Pública Judicial

Es la emanada por el Estado y encargada a los secretarios de los juzgados del país, para que por orden judicial, puedan conferir copias certificadas de las actuaciones realizadas en el Juzgado al que corresponden, tales como sentencias autos resolutorios o con fuerza de sentencia, autos de adjudicación, resoluciones.

También podríamos encasillar dentro de ésta a los Centros de Mediación y arbitraje en los cuales se realizan las actas de solución, compromiso o imposibilidad de acuerdo que pueden tener el carácter de sentencia, puesto que estas actas son de única instancia y de efectivo cumplimiento. Dentro de los cuales pueden certificar y entregar las actas de solución para que surtan efectos legales positivos.

La Fe Pública Legislativa

Es la emanada por la Función Legislativa, conocida como Asamblea Nacional, ya que sus resoluciones por lo general, se convierten en leyes de la República, con carácter de obligatorias para todas las personas y, a veces para áreas específicas. Las Leyes una vez sancionadas por el Ejecutivo, son publicadas en el Registro Oficial que es el órgano de difusión del Gobierno.

Es este único caso la fe viene de varias personas, vale decir corporativa puesto que sus actos nacen de la institución (Asamblea Nacional) y no de sus miembros (Asambleístas).

La Fe Pública Marítima

Es la emanada por el Estado y, al igual que la anterior, sólo para el caso de los sucesos en alta mar, tales como los testamentos.

La Fe Pública Militar

Es la emanada por el Estado y, al igual que la anterior solo para sucesos en caso de

conflictos bélicos, tales como los testamentos.

La Fe Pública Registral

En la emanada por el Estado y encargada a los Registradores de la Propiedad y mercantiles, para que puedan certificar las inscripciones que constan en los registros a su cargo, llamados también repertorios. Da validez a los contratos que inscriben para que surta efectos legales pertinentes, así como entreguen la formación de si hay o no gravámenes que afecten al bien objeto del negocio jurídico, prendas, (en bienes muebles) o hipotecas que garanticen obligaciones, prohibiciones de enajenar o embargos dispuestos judicialmente. También la libertad de negociación, que es fundamental para transacciones entre personas naturales y jurídicas.

Las certificaciones tienen impregnada la veracidad, validez y fuerza probatoria, que pueden guiar al Notario a efectivizar los contratos o actos puestos a su consideración por el cliente, con convicción de que estos documentos emitidos y certificados por los registradores son auténticos.

Ahora bien, pasemos a conocer las atribuciones del Notario, que según la Ley Notarial, son las siguientes:

“Art. 18.- Son atribuciones de los Notarios, además de las constantes en otras leyes:

- 1.- Autorizar los actos y contratos a que fueren llamados y redactar las correspondientes escrituras, salvo que tuvieren razón o excusa legítima para no hacerlo;
- 2.- Protocolizar instrumentos públicos o privados por orden judicial o a solicitud de parte interesada patrocinada por abogado, salvo prohibición legal;
- 3.- Autenticar las firmas puestas ante el en documentos que no sean escrituras públicas;
- 4.- Dar fe de la supervivencia de las personas naturales;
- 5.- Dar fe de la exactitud, conformidad y corrección de fotocopias y de otras copias producidas por procedimientos o sistemas técnico - mecánicos, de documentos que se les hubieren exhibido, conservando una de ellas con la nota respectiva en el Libro de Diligencias que llevarán al efecto;

6.- Levantar protestos por falta de aceptación o de pago de letras de cambio o pagarés a la orden particularizando el acto pertinente conforme a las disposiciones legales aplicables, actuación que no causará impuesto alguno;

7.- Intervenir en remates y sorteos a petición de parte e incorporar al Libro de Diligencias las actas correspondientes, así como las de aquellos actos en los que hubieren intervenido a rogación de parte y que no requieran de las solemnidades de la escritura pública.

8.- Conferir extractos en los casos previstos en la Ley; y,

9.- Practicar reconocimiento de firmas.

10.- Receptar la declaración juramentada del titular de dominio, con la intervención de dos testigos idóneos que acrediten la necesidad de extinguir o subrogar, de acuerdo a las causales y según el procedimiento previsto por la Ley, el patrimonio familiar constituido sobre sus bienes raíces, en base a lo cual el Notario elaborará el acta que lo declarará extinguido a subrogado y dispondrá su anotación al margen de la inscripción respectiva en el Registro de la Propiedad correspondiente;

En los casos en que el patrimonio familiar se constituye como mandato de la Ley, deberá adicionalmente contarse con la aceptación de las instituciones involucradas;

11.- Receptar la declaración juramentada del titular de dominio con intervención de dos testigos idóneos que acrediten que la persona que va a donar un bien, tenga bienes suficientes adicionales que garanticen su subsistencia, lo cual constará en acta notarial, la que constituirá suficiente documento habilitante para realizar tal donación.

12.- Receptar la declaración juramentada de quienes se creyeren con derecho a la sucesión de una persona difunta, presentando la partida de defunción del de cuius y las de nacimiento u otros documentos para quienes acrediten ser sus herederos, así como la de matrimonio o sentencia de reconocimiento de la unión de hecho del cónyuge sobreviviente si los hubiera. Tal declaración con los referidos instrumentos, serán suficientes documentos habilitantes para que el Notario conceda la posesión efectiva de los bienes pro indiviso del causante a favor de los peticionarios, sin perjuicio de los derechos de terceros. Dicha declaración constara en acta notarial y su copia será inscrita en el Registro de la Propiedad correspondiente;

13.- Tramitar la solicitud de disolución de la sociedad de gananciales de consuno de los cónyuges, previo reconocimiento de las firmas de los solicitantes ante el Notario, acompañando la partida de matrimonio o sentencia de reconocimiento de la unión de hecho. Transcurridos diez días de tal reconocimiento el Notario convocará a audiencia de conciliación en la cual los cónyuges, personalmente o por medio de apoderados ratificarán su voluntad de declarar disuelta la sociedad de gananciales formada por el matrimonio o unión de hecho. El acta respectiva se protocolizará en la Notaría y su copia se subinscribirá en el Registro Civil correspondiente, particular del Cual se tomará nota al margen del acta protocolizada;

14.- Autorizar la venta en remate voluntario de bienes raíces de personas menores que tengan la libre administración de sus bienes cumpliendo las disposiciones pertinentes de la Sección Décima Octava del Título Segundo del Código de Procedimiento Civil;

15.- Receptar informaciones sumarias y de nudo hecho;

16.- Sentar razón probatoria de la negativa de recepción de documentos o de pago de tributos por parte de los funcionarios públicos o agentes de recepción;

17.- Protocolizar las capitulaciones matrimoniales, inventarios solemnes, poderes especiales, revocatorias de poder que los comerciantes otorgan a sus factores y dependientes para administrar negocios; y,

18.- Practicar mediante diligencia notarial, requerimientos para el cumplimiento de la promesa de contrato como para la entrega de cosa debida y de la ejecución de obligaciones.

De registrarse controversia en los casos antes mencionados, el Notario se abstendrá de seguir tramitando la petición respectiva y enviará copia auténtica de todo lo actuado a la oficina de sorteos del cantón de su ejercicio, dentro del término de tres días contados a partir del momento en que tuvo conocimiento del particular, por escrito o de la oposición de la persona interesada, para que después del correspondiente sorteo se radique la competencia en uno de los Jueces de lo Civil del Distrito.

19.- Proceder a la apertura y publicación de testamentos cerrados. Para el efecto, el que tenga o crea tener interés en la sucesión de una persona, puede solicitar al notario, ante quien el causante otorgó el testamento y lo haya conservado en su poder, proceda a exhibirlo para su posterior apertura y publicación en la fecha y hora que para tal propósito

señale. En su petición el interesado indicará adicionalmente, el nombre y dirección de otros herederos o interesados que conozca, y que se disponga de una publicación, en un medio de prensa escrito de amplia circulación local o nacional, para los presuntos beneficiarios. Trascorridos no menos de treinta días, en la fecha y hora señalados, previa notificación a los testigos instrumentales, el notario levantará un acta notarial en la que dejará constancia del hecho de haberlo exhibido a los peticionarios la cubierta del testamento, declarando si así corresponde, adicionalmente junto con los comparecientes, que en su concepto la cerradura, sellos, lacras o marcas no presentan alteración alguna.

En la diligencia notarial, a la que se permitirá el acceso a todo interesado que justifique un presunto interés en el contenido del testamento, de presentarse oposición a la práctica de esta diligencia, el notario oír la exposición. En este evento, elaborará un acta con los fundamentos de la oposición y la enviará a conocimiento de juez competente, cumpliendo el procedimiento de ley, ante quien se deberá llevar a efecto el juicio de apertura y publicación de testamento cerrado de conformidad con las normas previstas en los Códigos Civil y de Procedimiento Civil.

De no presentarse oposición, el notario procederá a efectuar el reconocimiento de firmas y rúbricas de los testigos instrumentales, así como de que la cubierta y el sobre que contiene el testamento cerrado del testador, es el mismo que se presentó para su otorgamiento al notario. De no presentarse todos los testigos instrumentales, el notario abonará las firmas de los testigos faltantes con una confrontación entre las que aparecen en la carátula con las que constan en la copia de la misma que debe reposar en los protocolos de la notaría, según lo dispone el artículo 25 de la Ley Notarial. El notario actuante confrontará la firma del notario que ejercía el cargo al momento de su otorgamiento con su firma constante en otros instrumentos notariales incorporados en el protocolo.

En el caso de que la cubierta del testamento presentare notorias alteraciones que haga presumir haberse abierto, el notario luego de proceder a la apertura y publicación del testamento, levantará el acta pertinente haciendo constar estos particulares y remitirá todo lo actuado al juez competente. En estos casos el testamento únicamente se ejecutará en virtud de sentencia ejecutoriada que así lo disponga.

La diligencia concluye con la suscripción del acta de apertura y lectura del testamento, al cabo de lo cual todo lo actuado se incorporará al protocolo del notario, a fin de que otorgue las copias respectivas;

20.- Será facultad del notario proceder al registro de firmas de funcionarios y representantes de personas jurídicas, siempre y cuando haya petición de parte y el notario tenga conocimiento pleno de quien registra su firma. El documento que contenga la certificación de firma en virtud de este procedimiento de registro, gozará de autenticidad, pero no tendrá los efectos probatorios de instrumento público, para cuyo efecto se procederá de conformidad con lo previsto en el artículo 194 del Código de Procedimiento Civil.

21.- Autorizar los actos de amojonamiento y deslinde en sectores rurales, que a petición de las partes, siempre que exista acuerdo, tengan por objeto el restablecimiento de los linderos que se hubieren oscurecido, desaparecido o experimentado cualquier cambio o alteración, o en que se deban fijar por primera vez la línea de separación entre dos o más inmuebles, con señalamiento de linderos. Al efecto, se señalará fecha y hora para la diligencia, a la que concurrirán las partes, que podrán designar perito o peritos, quienes presentarán sus títulos de propiedad y procederán a señalar e identificar lugares, establecer linderos y dar cualquier noticia para esclarecer los hechos.

De esta diligencia se levantará un acta, siempre y cuando exista conformidad de todas las partes, la que se agregará al protocolo del notario y de la cual se entregará copias certificadas a las mismas para su catastro municipal e inscripción en el Registro de la Propiedad correspondiente.

De presentarse oposición, el notario procederá a protocolizar todo lo actuado y entregará copias a los interesados, para que éstos, de considerarlo procedente, comparezcan a demandar sus pretensiones de derecho ante los jueces competentes;

22.- Tramitar divorcios por mutuo consentimiento, únicamente en los casos en que los cónyuges no tengan hijos menores de edad o bajo su dependencia. Para el efecto, los cónyuges expresarán en el petitorio, bajo juramento, lo antes mencionado y su voluntad definitiva de disolver el vínculo matrimonial, mismo que deberá ser patrocinado por un abogado en libre ejercicio, cumpliendo adicionalmente en la petición, lo previsto en el artículo 107 del Código Civil. El notario mandará que los comparecientes reconozcan sus respectivas firmas y rúbricas y fijará fecha y hora para que tenga lugar la audiencia, dentro de un plazo no menor de sesenta días, en la cual los cónyuges deberán ratificar de consuno y de viva voz su voluntad de divorciarse. El notario levantará un acta de la diligencia en la que declarará disuelto el vínculo matrimonial, de la que debidamente protocolizada, se entregará copias certificadas a las partes y se oficiará al Registro Civil para su marginación

respectiva; el Registro Civil a su vez, deberá sentar la razón correspondiente de la marginación en una copia certificada de la diligencia, que deberá ser devuelta al Notario e incorporada en el protocolo respectivo. El sistema de correo electrónico podrá utilizarse para el trámite de marginación señalada en esta disposición. Los cónyuges podrán comparecer directamente o a través de procuradores especiales. De no realizarse la audiencia en la fecha designada por el notario, los cónyuges podrán solicitar nueva fecha y hora para que tenga lugar la misma, debiendo cumplirse dentro del término de 10 días posteriores a la fecha en la cual debió celebrarse originalmente. De no darse la audiencia, el notario archivará la petición;

23.- Proceder a la liquidación de sociedad de bienes o de la sociedad conyugal, para este efecto, sin perjuicio de la facultad jurisdiccional de los jueces de lo civil, los cónyuges o ex-cónyuges, o los convivientes vinculados bajo el régimen de la unión de hecho, según el caso, podrán convenir mediante escritura pública, una vez disuelta la sociedad conyugal o la sociedad de bienes que se haya formado como consecuencia de la unión de hecho, la liquidación de la sociedad de bienes. Este convenio se inscribirá en el Registro de la Propiedad correspondiente cuando la liquidación comprenda bienes inmuebles, y en el Registro Mercantil cuando existieren bienes sujetos a este Registro. Previamente a la inscripción, el notario mediante aviso que se publicará por una sola vez en uno de los periódicos de circulación nacional en la forma prevista en el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil, hará conocer la liquidación de la sociedad conyugal o de la sociedad de bienes de la unión de hecho, para los efectos legales consiguientes. Transcurrido el término de veinte días desde la publicación y de no existir oposición, el notario sentará la respectiva razón notarial y dispondrá su inscripción en el registro o registros correspondientes de los lugares en los que se hallaren los inmuebles y bienes objeto de esta liquidación. De presentarse oposición, el notario procederá a protocolizar todo lo actuado y entregará copias a los interesados, para que éstos, de considerarlo procedente, comparezcan a demandar sus pretensiones de derecho ante los jueces competentes;

24.- Autorizar la emancipación voluntaria del hijo adulto, conforme lo previsto en el artículo 309 del Código Civil. Para este efecto, los padres comparecerán ante el notario a dar fin a la patria potestad, mediante declaración de voluntad que manifieste esta decisión, la que constará en escritura pública, donde además se asentará la aceptación y consentimiento expreso del hijo a emanciparse. A esta escritura pública se agregará como habilitantes los documentos de filiación e identidad respectivos, y las declaraciones juramentadas de dos testigos conformes y sin tacha, que abonen sobre la conveniencia o utilidad que percibiría el

menor adulto con esta emancipación. El notario dispondrá la publicación de la autorización, por una sola vez en la prensa, cuya constancia de haberse publicado se incorporará en el protocolo, con lo cual entregará las copias respectivas para su inscripción en los Registros de la Propiedad y Mercantil del cantón en el que se hubiere hecho la emancipación;

25.- Tramitar la petición de declaratoria de interdicción para administrar los bienes de una persona declarada reo por sentencia ejecutoriada penal; para el efecto se adjuntará la sentencia ejecutoriada. En el acta que establezca la interdicción, se designará un curador;

26.- Solemnizar la declaración de los convivientes sobre la existencia de la unión de hecho, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 222 del Código Civil. El Notario levantará el acta respectiva, de la que debidamente protocolizada, se conferirá copia certificada a las partes; y,

27.- Declarar la extinción de usufructo, previa la justificación instrumental correspondiente y de acuerdo con las reglas del Código Civil, a petición del nudo propietario en los casos siguientes:

a) Por muerte del usufructuario;

b) Por llegada del día o cumplimiento de la condición prefijados para su terminación; y,

c) Por renuncia del usufructuario²⁸.

En el extenso artículo que he transcrito se puede observar con claridad meridiana que son varias las atribuciones de los Notarios, constando entre ellas, el amojonamiento y deslinde, pero con la limitante de que los Notarios pueden hacerlo pero únicamente en el sector rural, no en el urbano, debiendo los usuarios y Abogados acudir a uno de los Juzgados de lo Civil y Mercantil para que puedan iniciar tal acción demarcatoria que es comúnmente exigida para poder traspasar el dominio mediante el contrato de compraventa, o para adjudicar un bien objeto de una partición, en fin, en el Registro de la Propiedad se exige el proceso de demarcación y linderos con la finalidad de establecer los linderos y dimensiones de una propiedad.

Mucho se ha discutido en el sentido del origen de un Derecho Notarial autónomo del

²⁸ LEY NOTARIAL. Corporación de Estudios y Publicaciones. 2012 Art. 18.

derecho positivo, pero en la historia no se puede negar que encontremos preceptos normativos de la función del notario y que exista una divulgada teoría de que se anhela llegar a la independencia del derecho notarial. Se dice que el conjunto de normas que rige el ejercicio de la profesión, la forma de los actos notariales y el cumplimiento de estas formalidades legales no puede expresarse que sea una estructura jurídica de corte científico y alcance universal y que puede ser calificada como rama del Derecho, mientras que quienes sostienen la soberanía o autonomía del Derecho Notarial afirman la independencia, las reglas legales de la validez del instrumento, por el efecto que producen entre las partes con relación a terceros y porque la acción es independiente de derecho; sostienen también que existe autonomía de sus agentes ejecutores, a más de la codificación del Derecho Notarial es diferente a las demás ramas del derecho.

A través del tiempo, por la evolución del derecho, la complejidad de las relaciones jurídicas, el derecho en general ha sufrido una poda, que ha permitido la ineludible existencia del derecho notarial, cuyo objetivo no solo limita a la conducta del notario como autor de la forma notarial, sino que su misión social como asesor, jurista, interesan sus acciones no solo a los contratantes; su trascendencia entraña creaciones en derecho: no es reparador sino regulador armónico, que pone en orden y sanciona la relación jurídica voluntaria, autoriza fedatariamente la afirmación o repulsión de un interés en juego, por el que el Estado legitima a través del notario, sin embargo existe una gran armonía y relación con el derecho civil, comercial, administrativo, etc.

Por lo que no se puede hablar de un derecho notarial puro al igual que en las otras ramas del derecho, en razón de que el derecho notarial estará ligado a su madre, el derecho civil, pero se ha convertido a estas alturas en un producto científico, ordenado metodológicamente, sistematizado y separado de otras ramas del derecho.

Puedo sostener que el Notario es la persona que cumple con la Función Notarial, lo cual me lleva y me obliga a referirme a ésta función como tal:

Trata las actividades que debe, ineludiblemente, realizar el Notario, en el diario trajinar de su labor, y deben ser:

“1.-RECEPTIVA.-Es cuando el notario recibe de los clientes, Abogados y otorgantes, la información y los documentos necesarios para la elaboración del instrumento notarial.

2.-ASESORA.- Es cuando el Notario explica a los otorgantes las consecuencias jurídicas de los actos o contratos que van a celebrar y aconseja que es lo más prudente y eficaz.

3.-MODELADORA.- Es cuando el Notario pone en práctica lo solicitado por los clientes dándole forma jurídica y validez notarial.

4.-LEGITIMADORA.- Es cuando el Notario realiza la verificación preventiva, tanto de los concurrentes si estos por sí o por medio de un tercero o representante, justificando tal representación, como de los documentos que se agregan si son indispensables habilitantes o necesarios; y, si el tipo de acto o contrato a celebrar esta enmarcado en la Ley.

PREVENTIVA.- Es cuando el Notario realiza una introspección y análisis de documento a celebrarse, tratando de prever que su funcionalidad futura sea la correcta, evitando conflictos posteriores.

AUTENTICADORA.- Es cuando el Notario procede a hacer efectiva la fe pública de que se halla investido a través de la legalización de los documentos puestos a su consideración, otorgándoles con su firma y sello, y, dándoles valor y autenticidad²⁹

²⁹ MANTILLA. Carlos. Obra Citada. Pág. 19.

TERCER CAPÍTULO
INVESTIGACIÓN DE CAMPO

3.1. Análisis de los casos de Deslinde y Amojonamiento de los juzgados civiles del cantón Loja, durante el año 2012.

No pude tener acceso a los juicios de amojonamiento y deslinde en la Unidad Judicial Civil Especializada Tercera de lo Civil y Mercantil de Loja, pues el nuevo modelo en vigencia, prohíbe el acceso a los procesos, pues únicamente lo pueden hacer las partes y no se conoce el inventario de los juicios de demarcación de linderos ni la Jueza o Juez que los tramita y conoce.

Sin embargo de aquello, puedo sostener y afirmar que en el año dos mil doce, todos los procesos de demarcación de linderos tramitados en la ciudad de Loja, únicamente han sido aprobados mediante sentencia cuando ha existido acuerdo entre las partes tanto de los inmuebles urbanos como de los inmuebles rurales.

No existe limitación alguna en la disposición legal contenida en el Art. 666 y siguientes del Código de Procedimiento Civil para que los Juzgadores puedan conocer de las acciones, sean en el sector Rural o Urbano.

De la misma forma debería ser el tratamiento a la potestad notarial de conocer de estos asuntos también en los inmuebles urbanos, pues la normativa es igual y solo se debe pensar en el beneficio de las personas que puedan escoger entre el servicio notarial o servicio judicial.

3.2. Análisis de entrevistas a Notarios

En el cantón Loja existen ocho Notarios, quienes contribuyeron muy gustosos con la entrevista solicitada, observemos las preguntas y las respuestas las presento recopiladas.

PRIMERA PREGUNTA

¿Qué criterio tiene sobre las normas legales contenidas en la Ley Notarial que regulan los actos de amojonamiento y deslinde?

En la medida que los Notarios están inmersos en las actividades que les corresponden, sostienen que permitirles conocer sobre actos de amojonamiento y deslinde es una buena oportunidad para servir a la ciudadanía que requiere conocer los linderos exactos de sus inmuebles para venderlos o fraccionarlos.

Los profesionales de Derecho por ejercer su profesión están obligados al conocimiento de la ley, más aún los Notarios que son quienes ejercen su potestad desean que las personas puedan realizar sus actos de deslinde y amojonamiento en el sector urbano.

SEGUNDA PREGUNTA

¿Piensa que es adecuado que usted como Notario conozca los actos de amojonamiento y deslinde?

Los Notarios tienen el criterio que deben conocer los actos de amojonamiento y deslinde, pues además que consta en la Ley, éstos deben tener como principal herramienta la celeridad en sus actuaciones y con ello descongestionar los Juzgados de lo Civil y Mercantil.

TERCERA PREGUNTA

¿Cree usted que los actos de amojonamiento y deslinde deben realizarse tanto en el sector urbano cuanto en el rural?

Los Notarios coinciden plenamente con mi propuesta de que se debe permitir que conozcan de los actos de amojonamiento y deslinde en el sector urbano y no solo en el sector rural como se prevé en la actualidad.

CUARTA PREGUNTA

¿Considera usted que debe reformarse el Nral 21 del Art. 18 de la Ley Notarial permitiendo que conozcan los actos de amojonamiento y deslinde en el sector urbano?

Los Notarios guardando sindéresis en sus respuestas desde la primera pregunta han venido coincidiendo con mi criterio que debe permitirse que los Notarios puedan conocer los actos de amojonamiento y deslinde en el sector urbano, porque no se debe discriminar a las personas del sector rural con las del sector urbano.

3.3. Contrastación de los objetivos e hipótesis

Una vez que he realizado la ejecución de la investigación puedo sostener que los objetivos

propuestos se han cumplido fehacientemente. Obsérvese:

OBJETIVO GENERAL

Realizar un estudio crítico, jurídico, doctrinario y reflexivo del régimen legal aplicable al amojonamiento y deslinde en el ámbito notarial

Esta determinación la realicé al desarrollar el análisis bibliográfico en todos sus parámetros, ya que analizando jurídicamente el régimen legal que regulan los actos de amojonamiento y deslinde y en fin de todas las normas jurídicas conexas que se pueden constatar en los numerales de cada capítulo.

Por lo tanto este objetivo ha sido plenamente verificado tanto por el desarrollo de la revisión de la literatura presentado.

En lo que respecta a los objetivos específicos, considero adecuado verificar cada uno de ellos, por lo tanto los transcribiré en su orden respectivamente:

OBJETIVOS ESPECIFICOS

Efectuar un análisis sobre las atribuciones que contempla la Ley Notarial en el Art. 18 y específicamente de la autorización de amojonamiento y deslinde.

Para la verificación de este objetivo se efectuó el análisis de las atribuciones constantes en la Ley Notarial y cuando realicé el análisis en base a mi experiencia sobre la problemática, ya que laboro en una Notaría desde hace muchos años atrás.

Por todo lo enunciado anteriormente y en base a todas las consideraciones expuestas ha sido posible la verificación de este objetivo específico.

Determinar que el amojonamiento y deslinde lo debe autorizar el Notario sin distinción de sectores, es decir en el urbano y rural.

Para la verificación de este segundo objetivo específico planteado, luego de la entrevistas a los Notarios, se pudo determinar de mejor manera dicho parámetro, pues todos los entrevistados manifestaron que existe la necesidad reformar la Ley Notarial en el sentido

que propongo.

Por todas las versiones vertidas como autor y obtenidas tanto por el estudio realizado, así como por el trabajo de campo aplicado se ha llegado a la verificación o comprobación de este segundo objetivo planteado en la presente investigación.

En cuanto al siguiente objetivo, estuvo redactado de la siguiente forma, obsérvese:

- Establecer la incongruencia del Nral. 21 del Art. 18 de la Ley Notarial en cuanto al acuerdo de las partes.

Del mismo modo de acuerdo a las versiones obtenidas en el trabajo de campo aplicado se ha llegado a la verificación o comprobación de este tercer objetivo planteado en la presente investigación.

En cuanto al siguiente objetivo, estuvo redactado de la siguiente forma, obsérvese:

- Proponer un proyecto de reforma a la Ley Notarial para permitir que el Notario pueda autorizar el amojonamiento y deslinde de toda propiedad y no únicamente en el sector rural.

Por todo lo enunciado anteriormente, y en base a todas las consideraciones expuestas ha sido posible la verificación de este objetivo específico, además a este objetivo se lo pudo comprobar finalmente y de forma categórica, verificarlo aún más al presente, con la aplicación de las entrevistas, cuyo análisis me permitió idear de mejor forma la propuesta que la incluiré en el punto respectivo. Es por ello que con todo lo estipulado y analizado oportunamente me ha sido posible la verificación de último objetivo específico.

Terminada la comprobación de los objetivos, me corresponde efectuar la comprobación de la hipótesis que me formulé al iniciar mi investigación la cual se estipuló de la siguiente forma:

- Se debe permitir que el Notario tenga como atribución autorizar el amojonamiento y deslinde de propiedades sin importar si su ubicación pertenece al sector rural o urbano, con la finalidad de que no haya diferencia entre personas ni visos de

discriminación.

En lo que concierne con la hipótesis planteada, a medida que he desarrollado el presente trabajo, he podido comprobarla, ya que con el estudio estipulado dentro de la revisión de literatura, y a través de los objetivos tanto el general como el específico, relacionados con el trabajo de campo, se logró evidenciar que se debe permitir que el Notario tenga como atribución autorizar el amojonamiento y deslinde de propiedades sin importar si su ubicación pertenece al sector rural o urbano, con la finalidad de que no haya diferencia entre personas ni visos de discriminación.

3.4. Fundamentos jurídicos, doctrinarios y empíricos que sustentan la propuesta de reforma a la Ley Notarial.

La propia legislación existente constituye un fundamento jurídico sustancial pues desde los Arts. 666 hasta el 673 del Código de Procedimiento Civil, nos indican que la acción de demarcación de linderos es universal para todos los inmuebles, y vanamente la Ley Notarial limita la participación de los Notarios únicamente al sector rural.

La Discriminación está constitucionalmente prohibida por lo que no debe permitirse normas jurídicas que emanen situaciones de discriminación.

El Art. 82 de la Constitución de la República del Ecuador, estipula que la seguridad jurídica consiste en tener normas claras y encontramos una leve contradicción entre las disposiciones del Código de Procedimiento Civil y la Ley Notarial porque limita una facultad que bien puede ser considerada para los Notarios en el sector rural.

Por otro lado, la probidad de los Notarios está marcada por su buena fe y jamás se podrá permitir pensar siquiera que los Notarios no den fe del deslinde y amojonamiento de un inmueble sea este en el sector urbano o rural como ahora se les está permitido.

Estas circunstancias constituyen fundamento esencial para que pueda otorgarse la facultad al Notario para que conozca de acciones de demarcación de linderos en el sector urbano.

CUARTO CAPÍTULO
CONCLUSIONES, RECOMEDACIONES

CONCLUSIONES

- La igualdad formal y el derecho a una tutela judicial efectiva es un derecho de las personas y así se protege constitucionalmente.
- El Art. 18 de la Ley Notarial no permite dar la igualdad de las personas en sociedad porque limita la intervención del Notario únicamente en un sector del país.
- La mayoría de las personas investigadas a través de la encuesta estima necesario que se reforme la Ley Notarial.
- Que lamentablemente, el Nral. 21 del Art. 18 de la Ley Notarial no garantiza la igualdad de las personas ni tampoco desarrolla el principio de la tutela de los derechos de las personas.
- La Ley Notarial mantiene una incongruencia en el nral. 21 del Art. 18 por cuanto distingue los derechos de las personas.
- La tutela judicial efectiva y el acceso a la justicia, es el bien jurídico tutelado por el Estado por lo que se debe cumplir con tales garantías y derechos constitucionales.

RECOMENDACIONES

- Que la Asamblea Nacional, proceda a la revisión de las disposiciones de la Ley Notarial.
- Que, la Federación Nacional de Abogados a nivel nacional, y cada Colegio de Abogados organicen seminarios, y talleres de capacitación dirigidos a sus socios, cuyas temáticas versarán sobre el Derecho Notarial.
- Que se expidan reformas a la Ley Notarial permitiendo que el Notario tenga como atribución autorizar el amojonamiento y deslinde de propiedades sin importar si su ubicación pertenece al sector rural o urbano, con la finalidad de que no haya diferencia entre personas ni visos de discriminación.
- Que las Cortes de Justicia presenten proyectos de ley que vayan en beneficio de la actualización de la normativa legal con la finalidad de que se garanticen los derechos de las personas.

Como recomendación final, quiero formular mi propuesta de reforma que se la ha elaborado de la siguiente manera:

BIBLIOGRAFÍA

- ARMELLA, Cristina Noemí. Tratado de Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario. Villela Editor. Tomo I. Buenos Aires. Argentina.
- ALBAN NUÑEZ, Marco. El Notario y sus atribuciones. Primera Edición. Imprenta Riera. Santo Domingo. Ecuador. 2010.
- BORRERO ESPINOSA, Camilo. Práctica Notarial. Tomo II. Imprenta Emar. Loja. Ecuador. 2002
- CABANELLAS, Guillermo, “Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual”, Editorial Heliasta, Buenos Aires-Argentina, 2002.
- CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, Noviembre 2008.
- CÓDIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2011.
- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2011.
- LEY NOTARIAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2012.
- CABANELLAS DE TORRES. Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Ed. Heliasta. 1997.
- DIAZ, Ruy. DICCIONARIO JURIDICO, Diccionario Jurídico de Ciencias Jurídicas y Sociales.
- DICCIONARIO ENCICLOPEDICO ILUSTRADO, Océano Uno, Editorial Océano, Año 2004.
- ESPASA. Diccionario Jurídico Espasa. Espasa Calpe S.A. Madrid – España. 2001.

- ESCRICHE, Joaquín. Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia.
- LARA CASTRO, Félix. Hilando Notarialmente. Editorial Jurídica LYL. Quevedo. Ecuador. 2010
- LEÓN, Rodrigo. Procedimiento Notarial. Editorial Jurídica. El Forum. Quito. Ecuador. 2008
- MANTILLA GUERRA, Carlos. Manual Práctico de Procedimientos Notariales. Tomo I. Gráficas L y L. 2010.

ANEXOS

EL PLENO DE LA ASAMBLEA NACIONAL

Considerando:

Que es deber primordial del Estado garantizar a todos los ciudadanos del derecho a la igualdad y libre desarrollo de sus derechos.

Que los actos de amojonamiento y deslinde que se siguen en la actualidad siempre tienen como fundamento la demarcación de linderos en forma ágil y esperar en la Función Judicial el trámite resulta limitante de los derechos de los usuarios.

De conformidad al numeral 6 del Art. 120 de la Constitución:

En ejercicio de sus atribuciones:

Resuelve:

EXPEDIR LA SIGUIENTE LEY REFORMATORIA A LA LEY NOTARIAL

Artículo 1.- El Nral 21 del Art. 18 dirá:

“21.- Autorizar los actos de amojonamiento y deslinde en sectores rurales y urbanos, que a petición de las partes, siempre que exista acuerdo, tengan por objeto el restablecimiento de los linderos que se hubieren oscurecido, desaparecido o experimentado cualquier cambio o alteración, o en que se deban fijar por primera vez la línea de separación entre dos o más inmuebles, con señalamiento de linderos. Al efecto, se señalará fecha y hora para la diligencia, a la que concurrirán las partes, que podrán designar perito o peritos, quienes presentarán sus títulos de propiedad y procederán a señalar e identificar lugares, establecer linderos y dar cualquier noticia para esclarecer los hechos.

De esta diligencia se levantará un acta, siempre y cuando exista conformidad de todas las partes, la que se agregará al protocolo del notario y de la cual se entregará copias certificadas a las mismas para su catastro municipal e inscripción en el Registro de la Propiedad correspondiente.

De presentarse oposición, el notario procederá a protocolizar todo lo actuado y entregará copias a los interesados, para que éstos, de considerarlo procedente, comparezcan a demandar sus pretensiones de derecho ante los jueces competentes”.

Artículo 2.-Deróguense todas las normas legales que se opongan a la presente reforma.

Art. final.- Esta Ley reformativa entrará en vigencia desde su promulgación en el Registro Oficial.

Dado y suscrito en la sede de la Asamblea Nacional, ubicada en Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, a los veinte días del mes de mayo de dos mil catorce. f.) GABRIELA RIVADENEIRA, Presidenta de la Comisión Legislativa y de Fiscalización.-

Quito, 26 de mayo de 2014.

f.) SECRETARIO