



DOCUMENTOS PÚBLICOS Y PRIVADOS

AUTOR: Abg. Dipl. Diego Verny Briones Espinoza

DOCUMENTOS PÚBLICOS

Es el autorizado con las solemnidades legales por la autoridad competente, fuere otorgado ante notario e incorporado en un protocolo o registro público, se llamará escritura pública.

El instrumento público hace plena fe ante terceros, constituyen prueba plena porque son autorizados en debida forma por las personas encargadas de los asuntos correspondientes a su cargo o empleo, tal es el caso de un certificado conferido por el Registrador de la Propiedad, instrumento dentro del cual se hace constar detalladamente la historia del dominio de un inmueble determinado, si limitación alguna.

Para que el documento público constituya prueba plena debe estar conferido en forma nítida ya que se encuentra en malas condiciones este documento no prueba en juicio.

DOCUMENTO PRIVADO

El instrumento privado es aquel que ha sido otorgado sin la intervención de notario o de otra persona legalmente autorizada o por personas públicas.

Son documentos privados todos aquellos documentos en que no es necesario solemnidad alguna para su validez y es elaborado entre personas particulares.

Las actas

Según el tratadista (De Pina, pág. 74), manifiesta:

“acta es todo documento escrito en que se hace constar la relación de lo acontecido durante la celebración de una asamblea, sesión, visita jurídica o reunión de cualquier naturaleza o de los acuerdos o decisiones tomadas.”



Dentro del campo notarial, se dice que es el instrumento original que el notario asienta en el protocolo para hacer constar un hecho jurídico y que tiene la firma y sello del notario.

De acuerdo al Reglamento Notarial de España, manifiesta que:

“es el instrumento público que contiene la exacta narración de un hecho capaz de incurrir en el derecho de los particulares y levantada por requerimiento de una persona, con las actas los notarios dan fe, mediante el acta notarial se obtiene un testimonio documental de primera calidad por la conciencia con que los hechos se registran y los conocimientos jurídicos que el fedatario público posee, en la comparecencia no hará falta firmar la capacidad de los requirentes, ni se precisará otro requisito para requerir al notario al efecto de levantar una acta que el interés legítimo de la parte requirente y la licitud de la actuación notarial, precisan la intervención de testigos, no exigen tampoco la dación de fe de conocimiento ni tampoco la unidad de acto”. (Pérez del Castillo, pág. 95)

Los protocolos

Etimológicamente protocolo proviene del término latín protocollum, de griego protokollon, según el diccionario de la academia española, protocolo significa primera hoja encolada o pegada, es el ordenamiento cronológico de una serie de escrituras matrices u otros documentos que el escribano o notario autoriza y custodia con ciertas formalidades.

Escrich, dice protocolo viene de la voz griega protos que significa primero en su línea y de la latina collium o colliatio que significa comparación o cotejo.

Hoy en día a la palabra protocolo se lo conoce con la palabra registro, el cual se insertan cronológica todas y cada una de las escrituras, insertándose en la parte final las protocolizaciones que han sido solicitadas y se incorpora al protocolo a petición de parte.



Dentro de nuestra legislación, el protocolo es el registro palabra que ha tenido su evolución como hoy es el notariado, para lo cual y uno de los únicos tratados que se preocupa de la evolución es el Argentino Neri , el mismo que manifiesta:

“la palabra protocolo como creación técnico-notarial de los derechos griegos y romanos a fecundado distintos criterios, primeramente tuvo una aceptación restringida importaba una norma procesal para la otorgación y autorización de todo documento productor de efectos jurídicos, el protocolo se refería a la primera y sustancial anotación de voluntad que se expresaba ante el notario y que éste reconocía de modo breve y sucinto en la parte superior de la carta que luego rubricaba y entregaba al declarante, con cuya integridad de aspectos, quedaba formado el instrumento público”. (Neri, 1998)

Más tarde se pudo contemplar al protocolo como el resumen documental del negocio o hecho jurídico declarado por las partes pero escrito por el notario en presencia de los testigos rogados, el notario formaba el legajo que hacía las veces de registro, posteriormente el protocolo fue el escrito en original de las declaraciones de voluntad hechas en el registro o manual del notario, suscrito por las partes y los testigos asistentes firmado y asignado por el escribano. Hoy en cambio es la colección armónica cronológica de los registros en los cuales se hacen las escrituras públicas o lo que es igual a la colección ordenada de las escrituras matrices.

Apertura de los protocolos.

Los protocolos se abren en los siguientes casos:

- a. Con la creación de una nueva notaría, la cual el notario nombrado da apertura de su protocolo;
- b. Con el nombramiento de un nuevo notario, es decir el protocolo termina y se procede a la apertura del mismo protocolo con la intervención del notario reemplazante;



- c. Por muerte, destitución o renuncia del titular, casos en los cuales el protocolo pasa a ser adjudicado por otro notario;
- d. Por la iniciación de cada año, es decir que el protocolo se abre el primer día de enero y se cierra el último día que sería en diciembre.

El mundo está sometido a un proceso de acercamiento. El acortamiento del mundo que han significado los rápidos avances que, en este siglo, se han producido en los medios de comunicación que, en la dimensión territorial permiten trasladarse en escasas horas a los lugares más remotos del mundo y en el ámbito de los conocimientos permite asistir como si se estuviera presente, y a veces en mejores condiciones de acercamiento y comodidad, que si se estuviera presente a cualquier acontecimiento.

Ya hemos dicho que en el mundo tradicionalmente se separan tres sistemas distintos, que son: anglosajón, estatal y latino.

Sistema notarial estatal. - En este sistema de notariados estatalizados en que el notario es un empleado público conocemos dos ejemplos. Uno el de los países colectivistas y otros, algunos residuos de países autoritarios. Parece oportuno señalar que, este tipo de notariado está en franca regresión.

El notariado anglosajón. - Es importante conocer el sistema llamado anglosajón para compararlo con lo nuestro. El sistema anglosajón, *commo law*. – ley común, también llamado simplemente Sistema Sajón o Sistema de Profesionales Libres, tiene como características, que el Notario es un fedante o fedatario, concretándose a dar fe de la firma o firmas de un documento, no entra a orientar sobre la redacción del documento ni asesora a las partes. Es necesaria sólo una cultura general y algunos conocimientos legales, sin necesidad de obtener un título universitario. La autorización para el ejercicio notarial en este sistema es temporal, pudiendo renovarse, y se está obligado a prestar una fianza para garantizar la responsabilidad en el ejercicio profesional. En este sistema no existe protocolo.



En líneas anteriores nos hemos referido al notariado; y, en resumen, podemos establecer la siguiente diferencia entre los dos tipos de notarios más comunes: el latino y el anglosajón:

El notario latino, es un profesional que se maneja con documento público y tiene Protocolo. Está investido de fe pública que da seguridad jurídica a los actos y contratos que realiza.

Generalmente los requisitos son:

1. Ser abogado con título expedido.
2. Ser ciudadano nacional
3. Tener determinada, mayor de edad,
4. Tener 3 años de ejercicio profesional en abogacía, con probidad notoria.
5. Pleno goce de sus derechos civiles y políticos.
6. El notario es el actor del instrumento público el que lo autentifica y formaliza.

El notario anglosajón (commo law) ley común. Se manejan documentos privados. No se necesita ser abogado para ser notario, solo se basa en la buena fe. No tiene los atributos ni obligaciones del notario latino. Solo se limita a dar fe de que una persona puso su firma y él lo presencio.

Además:

- Es conocido como notario público testigo calificado.
- No es profesional del derecho.
- No redacta ni se introduce al fondo del asunto.
- No vigila la legalidad del acto esto lo deja a la corte.
- No tiene preparación jurídica previa y solo prepara de manera parcial en algunas ocasiones los contratos.
- Su cargo es personal y carece formación profesional.
- Se maneja con documento administrativo.



En los Estados Unidos los requisitos generalmente son:

1. Ser residente y ciudadano del estado, distrito o jurisdicción.
2. Mayor de 18 años.
3. Acreditar buena conducta.
4. Solicitud mediante cuestionario.
5. Nombramiento en la mayoría de los estados.
6. Son designados por el gobernador del estado, el senado o las autoridades de los condados.
7. Fianza de 10,000.00 dólares

Es importante referirnos brevemente a la diferencia entre Notario (sistema latino) y fedatario (sistema anglosajón). En el derecho notarial el término jurídico notario es más amplio y conocido que el término jurídico fedatario, según algunos tratadistas el primero de los citados implicaría mayor jerarquía, respecto del segundo.

El notariado es una persona investida de fe pública para autorizar o dar fe de hechos y actos que ante ellos pasan y se otorgan. El notario es representante del poder público, obligado y capaz de recibir y dar forma a cuanta manifestación jurídica surja de la vida de relación contractual.

El notario es un funcionario dotado de fe pública y un abogado que ilustra a las partes, redacta el documento, lo autoriza, expide copias certificadas y conserva el original. La actuación del notario no tiene más límites que los que marcan las leyes. Tiene la autoridad de la fe pública y la autoridad notarial.

En el sistema anglosajón, el Notario es un fedante o fedatario, concretándose a dar fe de la firma o firmas de un documento, no entra a orientar sobre la redacción del documento ni asesora a las partes. En este sistema no existe protocolo.

La fe pública es la autoridad legítima atribuida a notarios, agentes de cambio y bolsa, cónsules y secretarios de juzgados, tribunales y otros institutos oficiales, para que los



documentos que autorizan en debida forma sean considerados como auténticos y lo contenido en ellos sea tenido por verdadero mientras no se haga prueba en contrario.

La fe pública se encuentra encargada a los Notarios y a funcionarios públicos y no es igual en todos los casos, es decir que la fe pública es distinta, conforme esté encargada a determinados funcionarios, por lo cual podemos hablar de fe pública notarial, fe pública administrativa, registral, judicial y consular, entre otras.

Otorgamiento de testamentos

Según lo señala el Art. 25 de la Ley Notarial, los testamentos formarán parte del protocolo y de las cubiertas de los cerrados se dejará en él una copia firmada por el testador, los testigos y el Notario en el acto mismo del otorgamiento.

El Art. 1037 del Código Civil define al testamento como un acto más o menos solemne por el cual una persona dispone total o parcialmente de sus bienes, para que esta disposición tenga efecto después de su muerte, conservando la facultad de revocarlo o reformarlo en cualquier tiempo.

Características del testamento

Del concepto que da el Código Civil, se puede concluir que en el testamento concurren los siguientes elementos o características:

- a. Es un contrato unilateral. Por lo tanto, es imposible la existencia de testamento en forma conjunta, ni aun por parte de los cónyuges, cada uno tiene que realizar uno diferente.
- b. Es un acto más o menos solemne. Este elemento es demasiado sui generis y da lugar a doble interpretación, pero personalmente considero que al manifestar "más o menos solemne" se refiere que el testador puede otorgar su última voluntad sin que se cumpla la totalidad de las solemnidades exigidas para otros contratos. Tal como lo define el Art. 1046 del Código



- Civil. Inclusive la propia ley señala que existe testamentos privilegiados y en tiempo de guerra.
- c. La disposición testamentaria puede ser de todo o parte de los bienes. En testamento tiene efectos post mortem, es decir después de la muerte del causante, en consecuencia, de existir bienes que no constan en el testamento, se procederá conforme a las reglas de la sucesión intestada, prevista en los Arts. 1021 y siguientes del Código Civil.
 - d. El testamento es revocable en cualquier momento. Al ser un acto unilateral que depende únicamente de la voluntad del testador puede reformarlo o revocarlo en cualquier momento, incluso puede realizarse ante otro Notario, en este caso el testador deberá detallar que ha realizado testamento anterior e indicar ante qué Notario, a fin de que se margine su revocatoria o reforma.
 - e. El testamento puede ser abierto y cerrado

El testamento abierto

Según el Art. 1052 del Código Civil, el testamento abierto se otorga como cualquier otra escritura pública, con las características que le dan especial solemnidad, en presencia del Notario y de testigos, inclusive puede cualquier abogado en libre ejercicio realizar la respectiva minuta, pero una vez elevada a escritura pública debe ser leído por el Notario al testador en presencia de los testigos. Para el testamento es obligación del Notario determinar en la escritura pública o matriz que dio fe de la cabalidad mental del testador. Para esta apreciación únicamente se fundamenta en la apreciación de las condiciones externas del compareciente.

Conforme el Art. 1053 del Código Civil, la característica fundamental del testamento abierto es que el Notario y los testigos pueden conocer la última voluntad del compareciente, entonces el contenido de este testamento es público y forma parte del protocolo del Notario, además puede ser requerido y fotocopiado por cualquiera persona, pero únicamente surte efectos después de la muerte del testador.



Testamento cerrado

La característica del testamento cerrado es que el propio testador presenta y entrega al Notario en presencia de testigos un sobre cerrado en el que contiene su última voluntad. El testamento cerrado tiene más solemnidades que el abierto y según el Art. 1061 del Código Civil, son las siguientes:

- a. Se otorga ante Notario y cinco testigos;
- b. El texto del testamento deberá ser escrito con puño y letra del testador o por lo menos firmado por éste, es decir que esta clase de testamentos únicamente puede ser otorgado por quien sabe leer y escribir;
- c. La cubierta (sobre) que contiene el testamento que debe cerrarse debidamente y debe colocarse en el poder del Notario que no será cambiada ni abierta sino por pedido del testador o por el juez después de su muerte;
- d. En la cubierta (sobre) que contiene el testamento, el Notario bajo el título de testamento debe expresar lo siguiente:
 - Que, a criterio del Notario, el testador se encuentra en sano juicio;
 - El nombre, apellido y domicilio tanto del testador como de cada uno de los testigos;
 - El lugar, día, mes y año del otorgamiento;
 - Este sobre debe estar firmado por el testador, los cinco testigos y el Notario de manera que impida que se extraiga el testamento sin romper la cubierta o sobre.

Una vez entregado el testamento cerrado, queda en poder y custodia del Notario y cualquier persona puede saber en qué notaría consta la última voluntad del testador, lo que no puede es conocer el contenido del testamento.

Cuando fallezca el testador, llega el momento de abrir y publicar el testamento, para esto cualquier persona que presuma ser beneficiario puede solicitar la apertura del



testamento, luego de lo cual el notario de conformidad con el Art. 1063 presentará al Juez.

Respecto del otorgamiento del fideicomiso mercantil

El agregado al Art. 25 de la Ley Notarial dispone;

"Los fideicomisos mercantiles cerrados no requerirán para su otorgamiento de testigos, pero una copia de la cubierta de ellos debidamente firmada por las partes y por el Notario se incorporará al protocolo".

Es decir que para este tipo de contratos se establece el mismo procedimiento señalado para el otorgamiento de testamentos cerrados. Realmente esta figura del Fideicomiso mercantil es nueva, y ha creado una terrible confusión en el comercio inmobiliario, por lo que es necesario realizar un pequeño análisis.

El Fideicomiso mercantil ingresa al sistema jurídico a través de la Ley N° 31 del 6 de mayo de 1993. El Art. 80 de la Ley de Mercado de Valores reforma al Código

de Comercio, introduciendo cuatro innumerado a partir de su artículo 409, en el cual contempla el Fideicomiso mercantil, que lo define en los siguientes términos:

"Se denomina Fideicomiso mercantil al acto en virtud del cual una o más personas llamadas constituyentes transfieren dineros u otros bienes a otra llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos por un plazo o para cumplir una finalidad específica".

"El fideicomiso así conformado tendrá independencia total de sus constituyentes y se establece por instrumento abierto o cerrado con el objeto de destinarlos a las actividades señaladas por el o los constituyentes".

Según el Art. 748 del Código Civil "se llama propiedad fiduciaria la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona por el hecho de verificarse una condición. La constitución de la propiedad fiduciaria se llama fideicomiso. Este nombre se da



también a la cosa constituida en propiedad fiduciaria. La traslación de la propiedad a la persona en cuyo favor se ha constituido el fideicomiso se llama restitución".

Acorde a lo señalado en el Art. 41 del Reglamento General de la Ley de Mercado de valores, el fideicomiso mercantil al que se refiere el título innumerado agregado por el Art. 80 de la Ley, a continuación del Art. 409 del Código de Comercio, se sujetará a las siguientes normas:

1. El acto de fideicomiso debe constar en instrumento público abierto o cerrado. Cuando al patrimonio de un fideicomiso se aporten bienes inmuebles y para otros para los cuales la ley exija la solemnidad de escritura pública se cumplirá con esta;
2. Podrá actuar como constituyente cualquier persona natural o jurídica y, en último caso, exclusivamente con cargo a los fondos de libre disposición de los socios o miembros;
3. Actuarán como fiduciarios únicamente los bancos e instituciones financieras autorizadas por sus leyes especiales y las compañías administradoras de fondos;
4. Serán beneficiarios del patrimonio constitutivo del fideicomiso o de sus resultados periódicos o de ambos, según se determine en el acto constitutivo, las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras que existan o se espera que existan al momento de su constitución o de la extinción del fideicomiso. Podrán también ser beneficiarios los propios constituyentes;
5. El patrimonio constitutivo del fideicomiso puede estar constituido por dinero u otros bienes muebles o inmuebles de naturaleza corporal o incorporal que serán transferidos en propiedad al fiduciario, con carácter irrevocable. No surtirá efecto esa irrevocabilidad cuando se probará que el fideicomiso se hubiera constituido con la finalidad de ocasionar perjuicios a terceros;
6. El patrimonio constitutivo del fideicomiso es uno separado e independiente de aquel o aquellos del constituyente, fiduciario o beneficiario y, por lo tanto,



no puede ser objeto de medidas o providencias preventivas ni embargos por deudas, u obligaciones de aquellos, ni negociable por el fiduciario, salvo disposición en contrario del constituyente o en razón de la naturaleza o finalidad del fideicomiso;

7. El fideicomiso podrá constituirse hasta el cumplimiento de una condición o plazo fijo o determinado o por el necesario para cumplir la finalidad específica que debe estar determinada en el correspondiente acto;
8. A la conclusión del plazo señalado o cumplida la condición o no existiendo beneficiario alguno ni heredero abintestato del mismo para la entrega del fondo se aplicará lo dispuesto en Art. 1055 del Código Civil;
9. El patrimonio del fideicomiso constituirá, de conformidad con los Arts. 4 y 94 de la Ley de Régimen Tributario Interno, sujeto pasivo de tributos;
10. Cuando el fideicomiso se constituya por instrumento público cerrado, esto es, sujeto a reserva total o parcial, las disposiciones reservadas solo podrán darse a conocer por orden judicial y dentro de juicios que tengan relación directa con el fideicomiso. El fideicomiso que viole el deber de guardar sigilo sobre el con-tenido de este tipo de fideicomiso deberá indemnizar al constituyente o beneficiario de los daños y perjuicios que su irregular conducta le irroque;
11. En el acto constitutivo del fideicomiso deberán establecerse, sin ninguna reserva, las causas o mecanismos para el traspaso de su administración a otro fiduciario;
12. Ningún fiduciario aceptará la constitución de un fideicomiso que establezca como beneficiario directo o indirecto al propio fiduciario que no tenga el carácter de irrevocable;
13. Igualmente, ningún fiduciario aceptará la constitución de un fideicomiso sin receptar una declaración juramentada de los constituyentes en el sentido de que los fondos o bienes aportados al mismo han sido habidos legítimamente y no tiene intención de irrogar perjuicios a terceros, ni causa u objeto ilícito, además tratándose de personas naturales, que su valor no exceda del que tiene



la porción de bienes de la que puede disponer libremente, de conformidad con las disposiciones aplicables a las asignaciones forzosas.

El incumplimiento de esta norma obligará a los Superintendentes de Bancos o de compañías a investigar las causas de esa omisión y de aparecer hechos que pudieran ser punibles, a proceder conforme a lo dispuesto en los artículos 86 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero y 452 de la Ley de Compañías.

El incumplimiento por el fiduciario de cualquiera de las normas exigidas para la constitución de un fideicomiso será causal para que las Superintendencias de Compañías o de Bancos, según corresponda, les suspenda o cancele la facultad para actuar como tal".

De lo analizado, se establece que en el fideicomiso mercantil participan las siguientes personas:

- a) El o los fideicomitentes o constituyentes;
- b) El fiduciario;
- c) El fideicomisario.

El Fideicomitente o constituyente

Es toda persona legalmente capaz que transfiere o transfieren los bienes en fideicomiso al fiduciario.

El Fiduciario

José SERRANO TRANSVIÑA señala que "es la persona que tiene la titularidad de los bienes fideicomisitos y se encarga de la realización de los fines del fideicomiso. El fiduciario lleva a efecto la realización o cumplimiento de los fines por medio del ejercicio obligatorio de los derechos que le ha transferido el fideicomitente".

En el Ecuador el fiduciario mercantil únicamente puede ser una persona jurídica que esté autorizada por la Superintendencia de Bancos.



El Fideicomisario

Es la persona en cuyo beneficio se realiza el negocio y en caso de haberse establecido en el acto constitutivo, éste puede ser el propio constituyente, quien recibirá los bienes al término del fideicomiso.

En cuanto a la reserva a la que se refiere el Art. 25 de la Ley Notarial y las disposiciones que constan transcritas, básicamente tiene que ver con el secreto que deben guardar los empleados de la institución financiera o bancaria que, en aplicación a las normas legales de las instituciones del sistema financiero, la terminación de esta reserva únicamente puede ser autorizada por el Juez de lo Civil.

BIBLIOGRAFÍA:

- BARRAGÁN, Alfonso. Manual de Derecho Notarial, Editorial Temis, Bogotá
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental: Argentina, Edit. Heleaste, 1998.
- LARREA HOLGUIN, Juan. Derecho civil del Ecuador, La sucesión por causa de muerte, Editorial Arquidiócesis Justicia y Paz, Guayaquil, 2001.
- ESPASA siglo XXI Diccionario Jurídico, Editorial Espasa Calpe, España 2001.
- LARREA HOLGUIN, Juan. Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador vol. 2, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito 2002.
- LEY NOTARIAL Y REGISTRO: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2007.
- CARVAJAL FLOR, Bécquer. Practica Notarial y Registral. Año 2007
- CÓDIGO CIVIL: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2007.
- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2007.
- Constitución del Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008.
- RAMOS, Ricardo. El Control de Legalidad como un deber del Notario, 2016.



REVISTA ACADÉMICA

Coordinadora Andina de los Derechos Humanos
"CADHU"



- Código Orgánico general de Procesos, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016.

TEMA: DOCUMENTOS PÚBLICOS Y PRIVADOS

AUTOR: Abg. Dipl. Diego Verny Briones Espinoza

PUBLICACION: Revista Académica Coordinadora Andina de los Derechos Humanos "CADHU"

PAGINA WEB: www.cadhu.ec

Lugar y fecha: Ecuador-Quito, lunes, 06 de febrero de 2023