



Informe de Investigación

Título: La custodia del Protocolo

Rama del Derecho: Derecho Notarial	Descriptor: Protocolo Notarial
Tipo de investigación: Simple	Palabras clave: Custodia del Protocolo, Entrega, Custodia
Fuentes: Normativa, Jurisprudencia	Fecha de elaboración: 09-2009

Índice de contenido de la Investigación

1 Resumen.....	2
2 Normativa.....	2
TÍTULO III: De los protocolos.....	2
ARTÍCULO 43.- Definición.....	2
CAPÍTULO II: Entrega, custodia y devolución de los protocolos.....	2
ARTÍCULO 49.- Entrega.....	2
ARTÍCULO 50.- Razón inicial.....	2
ARTÍCULO 51.- Custodia y conservación del protocolo.....	3
ARTÍCULO 52.- Razón de cierre.....	3
ARTÍCULO 53.- Depósito de los tomos por inhabilitación o ausencia.....	3
ARTÍCULO 54.- Revisión y autorización de nuevo tomo.....	3
ARTÍCULO 55.- Entrega de tomos inconclusos.....	3
ARTÍCULO 56.- Fallecimiento del notario.....	3
ARTÍCULO 57.- Providencias para devolver los tomos.....	4
ARTÍCULO 58.- Conclusión sin intervención del notario.....	4
ARTÍCULO 59.- Devolución de protocolos de la Notaría del Estado y los consulados.....	4
ARTÍCULO 60.- Custodia definitiva de los protocolos.....	4
3 Jurisprudencia.....	4
Sanción disciplinaria al notario: Análisis sobre el cómputo del plazo para entregar el protocolo concluido.....	4
Pronunciamiento de la Procuraduría General de la República C-108-94	9
Pronunciamiento de la Procuraduría General de la República C-123-94	16



1 Resumen

En el presente resumen, se adjunta el articulado del Código Notarial contenido en el Título Tercero Capítulo Segundo, que contiene “Entrega, custodia y devolución de los protocolos”, adicionando el artículo 43 en donde se define lo que es el protocolo del notario. Se adjunta a su vez una jurisprudencia del Tribunal de Notariado, en la que se habla de la sanción disciplinaria que se le hace al Notario Público y por último, dos Pronunciamientos de la Procuraduría General de la República en los cuales se dice como la correcta procedencia con los protocolos, haciendo una salvedad sobre estos, que los mismos fueron promulgados en 1994, y aunque su valor legal no es el mismo, son una valiosa referencia del proceso en estudio.

2 Normativa

TÍTULO III: De los protocolos

[Código Notarial]¹

ARTÍCULO 43.- Definición

Protocolo es el conjunto de libros o volúmenes ordenados en forma numérica y cronológica, en los cuales el notario debe asentar los instrumentos públicos que contengan respectivamente los actos, contratos y hechos jurídicos sometidos a su autorización.

CAPÍTULO II: Entrega, custodia y devolución de los protocolos

ARTÍCULO 49.- Entrega

Los protocolos serán entregados, personalmente, a los notarios o a los funcionarios consulares habilitados para ejercer la función notarial, que se encuentren al día en sus obligaciones como notarios.

ARTÍCULO 50.- Razón inicial

En la primera página de cada tomo del protocolo, se consignará una razón donde consten el número del tomo, los folios que contiene, su estado, la fecha y el nombre del notario público o, en su caso, el del funcionario consular. El funcionario que autoriza el uso del protocolo y el notario o funcionario que lo recibe firmarán la razón. Esta suscripción hace presumir absolutamente que el tomo se recibe con sus hojas completas, limpias y en buen estado.

ARTÍCULO 51.- Custodia y conservación del protocolo

El notario es el depositario y responsable de la guarda y conservación de su protocolo, así como de su devolución oportuna al Archivo Notarial.

ARTÍCULO 52.- Razón de cierre

Al concluirse cada tomo de protocolo, luego del último instrumento público el notario debe consignar una razón de cierre, en la cual indicará el número de instrumentos que contiene, su estado y que todos están debidamente firmados por los otorgantes y testigos, en su caso, así como cualquier otra circunstancia que estime importante. Después del último instrumento público, el notario debe tener cuidado de reservar espacio suficiente para dicha razón.

ARTÍCULO 53.- Depósito de los tomos por inhabilitación o ausencia

Cuando los notarios sean inhabilitados o se ausenten del país por un lapso superior a tres meses, deben depositar su protocolo en el Archivo Notarial.

Si la ausencia del país fuere inferior a ese lapso, los notarios pueden llevar consigo el protocolo, en cuyo caso deben informarlo a la Dirección Nacional de Notariado. De no llevarlo deberán depositarlo en la Dirección o en una notaría seleccionada por ellos, con la respectiva comunicación a la Dirección.

ARTÍCULO 54.- Revisión y autorización de nuevo tomo

Entregado el tomo, el Archivo Notarial lo revisará para constatar que el número de folios esté completo y que todos los instrumentos públicos válidos hayan sido suscritos por el notario; además, verificará que el notario solicitante se encuentre al día en la presentación de los índices.

Comprobados los requisitos anteriores, el Archivo Notarial emitirá una autorización para que el interesado solicite el nuevo tomo.

ARTÍCULO 55.- Entrega de tomos inconclusos

En caso de que el notario sea suspendido o abandone el país por más de seis meses o cuando surja impedimento legal para el ejercicio del notariado, la inhabilitación al notario o el cese voluntario en la actividad, debe consignarse en la razón de cierre, en los términos indicados y el tomo debe devolverse al Archivo Notarial en el estado en que se halle.

ARTÍCULO 56.- Fallecimiento del notario

De fallecer un notario, se tendrá por concluido el tomo de su protocolo en curso. El albacea de la sucesión, el cónyuge del notario, sus parientes, los administradores de sus bienes o cualquier otra persona que pueda hacerlo, debe devolver el protocolo al Archivo Notarial, el que deberá informar de inmediato al Registro Nacional y la Dirección Nacional de Notariado.

ARTÍCULO 57.- Providencias para devolver los tomos

La Dirección Nacional de Notariado estará obligada a tomar las providencias necesarias para devolver oportunamente los protocolos, recogerlos y entregarlos al Archivo Notarial cuando proceda.

ARTÍCULO 58.- Conclusión sin intervención del notario

Cuando un tomo debe tenerse por concluido sin intervención del notario, el Jefe del Archivo Notarial consignará la razón de cierre, en la forma antes dispuesta.

ARTÍCULO 59.- Devolución de protocolos de la Notaría del Estado y los consulados

Las normas anteriores rigen, también, para los notarios de la Notaría del Estado y los funcionarios consulares autorizados para el ejercicio del notariado. Los superiores de estos funcionarios velarán por el cumplimiento de esas normas.

ARTÍCULO 60.- Custodia definitiva de los protocolos

Corresponde al Archivo Notarial la custodia de los tomos de protocolos, los cuales no podrán salir de esta dependencia, salvo por orden de los tribunales de justicia o la Dirección Nacional de Notariado. En estos casos, deberán ser devueltos al Archivo Notarial en un plazo máximo de tres meses. Vencido ese término sin haber sido devueltos, el Archivo Notarial informará la situación a la Corte Suprema de Justicia para lo procedente.

Asimismo, para conservar los tomos en condiciones óptimas, la Junta Administrativa del Archivo Nacional cobrará, por la encuadernación y cualquier otro medio de protección, la suma que considere conveniente.

3 Jurisprudencia***Sanción disciplinaria al notario: Análisis sobre el cómputo del plazo para entregar el protocolo concluido***

[Tribunal de Notariado]²

Texto del extracto:

“V.- Los agravios que expone el notario, no son admisibles. En el caso que nos ocupa nos encontramos ante una conclusión material o normal del protocolo en su último folio.- La Ley de Notariado anterior N° 39 de 5 de enero de 1943 y sus reformas, establecía en el artículo 33 los presupuestos de cierre de protocolo por estar concluido el mismo y su entrega al Archivo Nacional o al Juez Civil de su jurisdicción, que es lo que se conoce en la práctica notarial como conclusión normal del protocolo, al establecer: "Artículo 33.-Cuando se hubieren agotado las hojas de un



protocolo, el Notario extenderá al pie de la última escritura razón del número de escrituras que contiene y su estado. Deberá afirmar en esta razón, bajo su responsabilidad, que todas las escrituras se encuentran debidamente firmadas por él, por el colega autorizante en casos de actuaciones ante dos Notarios y por las partes y testigos, según lo expresado al final del artículo 31. Puesta la razón referida, el Notario entregará el protocolo al Director de los Archivos Nacionales si estuviere domiciliado en la provincia de San José, o al Juez Civil de su jurisdicción si su domicilio estuviere en otra provincia. Efectuada la entrega, el Director o el Juez, en su caso, dará al Notario un recibo y constancia con los requisitos necesarios para que pueda obtener nuevo protocolo. Para los efectos de este artículo el Notario dejará después de la última escritura espacio suficiente en blanco" (negrita suplida).- De la misma forma, el Código Notarial vigente mantiene ese deber de devolución " oportuna " del protocolo por parte del notario, esto es, que se hace en tiempo y califica la conclusión de cada tomo de protocolo, al igual que en el caso anterior, "luego del último instrumento público", y circunscribe su devolución exclusivamente al Archivo Notarial, excluyéndose a las autoridades judiciales, al indicar: " Artículo 51°.- Custodia y conservación del protocolo . El notario es el depositario y responsable de la guarda y conservación de su protocolo, así como de su devolución oportuna al Archivo Notarial. Artículo 52°.- Razón de cierre. Al concluirse cada tomo de protocolo, luego del último instrumento público el notario debe consignar una razón de cierre, en la cual indicará el número de instrumentos que contiene, su estado y que todos están debidamente firmados por los otorgantes y testigos, en su caso, así como cualquier otra circunstancia que estime importante. Después del último instrumento público, el notario debe tener cuidado de reservar espacio suficiente para dicha razón." (negrita y subrayados suplidos).- Asimismo, la legislación anterior, contemplaba otros casos especiales de conclusión de protocolo, que se asimilan al concepto de " protocolos concluidos", y que correspondían a los siguientes casos: "Artículo 31.- Cuando por cualquier motivo que no fuere señalado en el artículo 33, deba ser presentado un protocolo al Juez o al Director de los Archivos Nacional, el Notario inmediatamente después de la última escritura pondrá razón del número de folios utilizados, de los que aún quedaren en blanco y del motivo que dio lugar a la entrega del protocolo. El Notario afirmará en la razón, bajo su responsabilidad, que todas las escrituras se encuentran debidamente firmadas por él, por el colega autorizante en caso de actuaciones ante dos Notarios y por las partes y testigos que sepan y puedan hacerlo". (negrita suplida).- Así, la expresión "por cualquier motivo" cobijaba todos aquellos casos de conclusión anormal de protocolo, distintos a la conclusión normal que comprende el numeral 33 antes transcrito.- Y también abarcaba casos en que excepcionalmente se debía depositar el protocolo, como son los siguientes: "Artículo 42.-Cuando la ausencia o imposibilidad se prolongare por más de seis meses, en el caso de haber otro Notario en el mismo lugar, o por más de tres meses, si no lo hubiere, se tendrá la oficina del Notario ausente o impedido por definitivamente cerrada y su protocolo como concluido, salvo especial permiso de la Corte para que el depósito se mantenga por más tiempo que el señalado en este artículo. El Notario encargado del protocolo lo depositará donde corresponda, con la razón final de que habla el artículo 31. Si el depositario fuere un Juez o Alcalde, éstos pondrán la razón final. Artículo 43.-El protocolo en curso de un Notario que, por cualquier motivo cese en sus funciones, se tendrá también por concluido. Los Notarios cesantes tendrán derecho a que se les devuelva en especies fiscales el valor de las hojas no usadas en su protocolo. Artículo 44.-A los protocolos que se tienen por concluidos son aplicables las disposiciones de los artículos 31, 32 y 33, y siempre que por alguna causa el dueño del protocolo no pueda escribir y firmar la razón final, la extenderá el funcionario respectivo, salvo que la ley disponga otra cosa" .- Estas disposiciones al igual que la jurisprudencia desarrollada por la Sala Segunda de la Corte que ejercía anteriormente el régimen disciplinario sobre los notarios, pudiendo citarse entre otros votos número 059-98; 271-98; 272-98 y 273-98, se encuentran recogidas hoy en día en el numeral 55 del Código Notarial que expresa: " Artículo 55°.- Entrega de tomos inconclusos.- En caso de que el notario sea suspendido o abandone el país por más de seis meses o cuando surja impedimento legal para el ejercicio del



notariado, la inhabilitación al notario o el cese voluntario en la actividad, debe consignarse en la razón de cierre, en los términos indicados y el tomo debe devolverse al Archivo Notarial en el estado en que se halle." De lo anterior se infiere que tanto la legislación anterior como la actual establecen la devolución oportuna del protocolo, tanto por haber concluido en forma normal éste, como también en los casos de conclusión en forma anormal o especial y precisan sanción por atraso en la devolución del protocolo, pues el numeral 23, inciso ch) de la Ley de Notariado anterior, sancionaba con suspensión al notario que conservare en su poder por tiempo mayor a un mes y sin motivo justificado, tomos de protocolo que debiera haber entregado al Juzgado o a los Archivos Nacionales por estar concluidos o considerarse como concluidos, que son los presupuestos antes señalados.- Esta norma, en su contenido, es muy similar al texto actual 143 inciso i) del Código Notarial vigente y ni una ni otra normativas establecen como punto de partida para devolver el protocolo la razón de cierre (artículo 33 Ley anterior, hoy en día, artículo 52).- Es por eso, que lo que interesa dilucidar en este proceso -y así se demostró- es si el notario incurrió o no en falta grave al incumplir un deber que le impone el correcto ejercicio del notariado, ya que estamos ante una conclusión normal del protocolo en su último folio.- No comparte este Tribunal y así lo ha externado en innumerables pronunciamientos, la posición del recurrente en el sentido de que el plazo para devolver el protocolo debe contarse a partir de la razón de cierre, que es la que pone fin al protocolo, pues el numeral 143 inciso i) debe relacionarse con el artículo 52 del Código Notarial, numeral que está ubicado en el Capítulo II sobre Entrega, custodia y devolución de los protocolos y éste artículo alude al último instrumento público autorizado (al igual que la legislación anterior), y si bien este Órgano Colegiado no desconoce ni discute que el protocolo cuenta con una razón de inicio y otra de cierre, la primera que es de autorización para el uso del protocolo y el estado en que el notario recibe el protocolo y la última consignada por el notario, según regula el mismo numeral citado en último término, no puede confundirse la razón de cierre con un instrumento, pues es a partir del último instrumento autorizado que se cuenta el plazo para proceder a su devolución.- Tomar como punto de partida la citada razón de cierre para efectuar esa devolución -como constituye el foco argumental de la defensa del denunciado- conduciría al absurdo de tornar ilusoria la existencia de un plazo concreto para devolver el protocolo al Archivo Notarial, como sí sucede en los Códigos Notariales de Guatemala y Honduras y Portugal, por disposiciones propias de la legislación nacional de esos países.- Una norma en ese sentido en nuestra legislación, como se expresó, dejaría al libre arbitrio de cada notario la consignación de la razón de cierre y con ello la devolución no sería "oportuna" como prescribe el numeral 51 de la actual legislación sino que sería antojadiza, lo cual iría en detrimento del deber de custodia de los protocolos notariales que le es atribuible a esa dependencia pública según las disposiciones contenidas en el artículo 24 de la Ley del Sistema Nacional de Archivos N° 7202 de 24 de octubre de 1990.- Ya este Tribunal se ha pronunciado sobre este punto en el sentido de que: " La falta que aquí se atribuye a la notaria sí esta contemplada en el Código Notarial, al disponer el artículo 143 inciso i) que si el notario conserva en su poder por más de un mes el tomo concluido de su protocolo, se le debe suspender hasta por un mes de acuerdo con la importancia y gravedad de la falta. Y de la relación de este artículo con el 51 y 52 del mismo código, se concluye que ese tiempo máximo que el notario puede tener en su poder el protocolo, debe contarse a partir de la fecha de la última escritura y no de la razón de cierre que debe poner el notario, porque esta razón no constituye un instrumento más del protocolo como lo entiende la apelante, sino una constancia en la que se indican el número de instrumentos que contiene, su estado y que todos están debidamente firmados por los otorgantes y testigos. Entenderlo de otra forma significaría caer en el contrasentido de que si no transcurrió un mes entre la fecha en que el notario puso la razón de cierre y la fecha de entrega del protocolo, no incurrió en presentación tardía, aún cuando la última escritura tenga mucho tiempo de haber sido otorgada. Con tal interpretación el notario no incurriría nunca en dicha falta, y no tendría razón de ser la disposición del Código en cuanto al tiempo máximo que puede el notario tener en su poder el protocolo una vez terminado, pues sería



suficiente con que se haga coincidir la fecha de cierre con la fecha de entrega del documento, independientemente de la fecha de la última escritura.-" (Tribunal de Notariado. Voto # 59 de las 11:45 horas del 2 de mayo del dos mil tres).- No debe dejarse de lado -y el denunciado no lo desconoce, pues así lo expresa en sus argumentos- que el notario es el depositario provisional y custodio del protocolo que se le ha entregado y su devolución al Archivo Notarial debe ser hecha con la mayor prontitud, no sólo por el cometido que le asignó el legislador a esa dependencia para que custodie en forma definitiva los protocolos de los notarios, dado su indiscutible valor histórico y jurídico, sino porque esa entidad es un órgano especializado en la custodia del patrimonio histórico de nuestro país para lo cual aplica todos aquellos mecanismos, técnicas y procedimientos necesarios para garantizar su conservación.- Asimismo, el Archivo Notarial constituye en la práctica un complemento de la publicidad que brindan los registros, ya que también publica a terceros los instrumentos públicos asentados en dichos protocolos.- Los presupuestos que apunta el denunciado relativos a suspensión o abandono por más de seis meses, la inhabilitación o cese voluntario que se catalogan como conclusión especial o anormal del protocolo no quedan marginados de cumplir con la devolución al Archivo, pues están contemplados en la segunda parte del inciso i) del numeral 143 citado (al igual que en el artículo 23 inciso ch) de la Ley de Notariado anterior) y, en caso de no darse una devolución voluntaria en los presupuestos de conclusión especial, la Dirección Nacional de Notariado, conforme lo establecía el numeral 99 de los anteriores Lineamientos y el 159 de los actuales Lineamientos para el ejercicio y control del Servicio Notarial publicados en el Boletín Judicial # 99 del 24 de mayo del 2007, dentro del proceso correspondiente apercibe la devolución del protocolo.- En todo caso, esos presupuestos no pueden equipararse al caso denunciado, pues son conclusiones anormales.- En cuanto a que el espíritu del legislador fue de que la razón de cierre es con la que concluye el protocolo, lo que sustenta en razón de haberse suprimido el párrafo que establecía el plazo de un mes que señalaba la legislación anterior para devolver el protocolo, a raíz de una moción que el propio denunciado presentó en la Comisión de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa, cuando en los prolegómenos del actual Código Notarial fue devuelto el expediente respectivo para que se dictaminara nuevamente, debe indicarse que ese aspecto no le da razón a su argumento de que la razón de cierre es la que se toma en cuenta para contar el plazo de devolución del protocolo, ya que, aunque es evidente que ese párrafo fue suprimido del artículo 53 como lo demuestra con la documentación que aporta; se desprende, sin embargo, que el legislador no modificó el artículo 52, que es el que contempla la conclusión material del tomo de protocolo, luego del último instrumento autorizado, seguido de lo cual debe reservarse el espacio necesario para consignarse la razón de cierre y es quizá esta última apreciación la que induce en error al denunciado al efectuar su argumentación, ya que aunque la razón de cierre es la que clausura el protocolo, no es la fecha de ésta la que debe tomarse como referencia para contabilizar el plazo de devolución.- En relación al reparo que hace de que la A quo no se refirió a la posición doctrinaria del tratadista Argentino Neri , que fue tomada como base para modificar la legislación actual, debe indicarse que este Órgano Colegiado respeta la postura doctrinaria que se aporta como fuente valiosa del Derecho Notarial, pero no puede tomarse esa doctrina como punto de partida, junto con la eliminación que se hizo al párrafo final del artículo 53 del proyecto original del código, para asumir que el plazo para contar la devolución del protocolo es a partir de la razón de cierre y no la del último instrumento y por ende, no tiene aplicación para dar solución al presente caso que a criterio de este tribunal debe resolverse conforme se ha expuesto.- El mismo tratadista Neri ilustra en el propio material que aporta el denunciado (folio 524 del expediente), que el plazo jurídico de entrega del protocolo lo fija cada país atendiendo a diversos factores y, el caso de la legislación argentina, no se puede equiparar con el nuestro, pues es totalmente disímil ya que la misma doctrina señala que la razón de cierre en el protocolo se consigna a continuación de la última escritura del año, debido a que en esa legislación, el protocolo por ser anual, tiene una fecha de vencimiento: concluye el último día del año, en tanto en nuestro ordenamiento jurídico, como es sabido, eso no funciona así, ya que, el



plazo para devolver el protocolo una vez concluido se cuenta a partir de la fecha del último instrumento autorizado.- De la misma forma, la doctrina expuesta lo que hace es desarrollar el concepto de la razón de cierre y su importancia, y no se discute que es la que clausura el protocolo, pero lo que aquí se ventila es a partir de qué momento se debe contar el plazo de un mes para devolver el protocolo a fin de determinar si el notario incurrió o no en falta.- Atinente a lo expresado por la A quo en la parte considerativa de que el notario omitió haber consignado la fecha de la razón de cierre, lo cual no es así, ya que sí consta, se estima -como se indicó al inicio- es un simple error material que no reviste nulidad y que por las razones que se han expuesto, carece de interés.- Las excepciones que al parecer del notario no fueron resueltas como son el error de hecho y el error de derecho no están contempladas como tales en el Código Procesal Civil por lo que no era necesario referirse a ellas como excepciones y, de todas formas, el argumento en que funda esas defensas no es aplicable, pues al estar el notario sujeto al principio de legalidad y ser un contralor de la misma materia no puede argüir que actuaba en la creencia de que lo hacía correctamente.- Asimismo, las defensas que alegó el notario fueron resueltas oportunamente por la A quo incluyendo la sine actione agit .- En cuanto al problema de salud que sufrió el denunciado, que a su decir le impidió cumplir con la devolución del protocolo, debió ser alegado en su oportunidad, es decir al contestar la denuncia, pero de todas maneras debe indicarse que este Tribunal lamenta el tropiezo de salud que lo aquejó, sin embargo, éste no constituye causa justa suficiente como para que le impidiera cumplir con la devolución oportuna del protocolo, pues, dentro del proceso no se comprobó que fuera un problema insuperable de salud, de tal forma que quedara imposibilitado incluso para delegar funciones, al punto de que si estaba impedido de firmar, por lo menos hubiera instruido o delegado a algún tercero para que lo depositara en el Archivo Notarial, dentro del plazo de ley, haciendo ver ese inconveniente de salud, que le impedía firmar esa razón de cierre, lo cual hubiera demostrado su intención de cumplir con su deber funcional dentro del plazo previsto.- Esta posición ya ha sido externada por este Tribunal al expresar: "La autoridad de primera instancia declaró sin lugar el incidente de reposición de términos planteado por el notario denunciado. Considera este Tribunal que lo así resuelto esta ajustado a derecho, pues el artículo 201 del Código Procesal Civil, establece como requisito para que proceda la interrupción de un plazo, que la enfermedad de la parte que la alega, sea grave, y este Tribunal ya se ha pronunciado al respecto en el sentido de que esa enfermedad ha de ser de tal gravedad que impida la delegación de la diligencia a realizar, y eso no ha sido demostrado en el proceso, pues en el dictamen que se aportó, sólo se recomienda reposo durante tres días.-" (Tribunal de Notariado. Voto # 60 de las 9:15 horas del 27 de marzo del dos mil ocho).- En el mismo orden de cosas, cabe hacer notar, que el penúltimo y último instrumentos fueron autorizados el 25 de setiembre y 4 de octubre ambos del 2001, esto es, dentro del plazo en que se encontraba incapacitado el notario por lo que no es admisible que no podía suscribir la razón dentro del plazo legal.- Por consiguiente, debe rechazarse la prueba para mejor resolver que ofrece el denunciado, ya que resulta innecesaria, así como también deben declararse sin lugar las excepciones que nuevamente plantea por haber sido ya resueltas por la a quo, y la de prescripción se resuelve al inicio de este fallo.- Debe recalarse que el notario es el responsable de cumplir con el deber de presentar a tiempo el protocolo ante el Archivo Notarial, una vez concluido, lo cual puede hacer personalmente o bien puede encargar a otra persona para que lo haga, aún en circunstancias como las que aduce el notario como justificante para no haber podido cumplir con su deber, porque el artículo 143 inciso i) del Código Notarial establece el deber de presentar el tomo concluido del protocolo, antes de que transcurra un mes, y el incumplimiento de ese deber conlleva que el notario incurra en falta grave que se sanciona con suspensión, como ocurre en este caso.- Finalmente, este Tribunal resalta que de la documentación aportada por el denunciado en su contestación se evidencia un aporte valioso del notario en la promulgación de la legislación notarial vigente, pero siendo él un profesional en derecho que ejerce una función pública en forma privada está obligado a ajustar su actuar profesional a todas las previsiones normativas vigentes y que regulan su actividad (principio de

legalidad), según lo dispone el artículo 31 del Código Notarial en relación a los numerales 11 de la Constitución Política y Ley de Administración Pública, desarrollado por copiosa jurisprudencia de la Sala Constitucional, principio de legalidad que también está obligado a observar este Órgano Colegiado, por lo cual debe aplicarse lo dispuesto para casos como el presente, toda vez que la devolución del protocolo dentro del plazo referido constituye una norma de orden público y de acatamiento obligatorio para todo notario en ejercicio de sus funciones.- Así las cosas, se ha de confirmar la sentencia apelada.-"

Pronunciamiento de la Procuraduría General de la República C-108-94³

C-108-94

24 de junio de 1994

Señora Licda. Ana Lucía Jiménez Monge Jefe

Departamento Archivo Notarial S. O.

Estimada señora:

Con la aprobación del señor Procurador General de la República, me refiero a su oficio No. 0283 de 2 de marzo último (recibido en el Despacho del suscrito hasta el 28 de abril pasado), por el que solicita a la Procuraduría General de la República que emita criterio en relación con las solicitudes que la Secretaría General de la Corte Suprema de Justicia envía al Archivo Notarial, con la finalidad de que se les facilite, en calidad de préstamo, tomos de protocolos que han sido pedidos por los órganos jurisdiccionales, para de esta forma tener dichos originales a la vista en los diferentes procesos judiciales. Lo anterior a la luz de lo que sobre este particular disponen los artículos 40 de la Ley Orgánica de Notariado y 24 de la Ley del Sistema Nacional de Archivos.

Para tal propósito, nos adjunta a su oficio la opinión jurídica de la Asesora Legal Licda. Argerie Díaz Rojas, de fecha 18 de abril del año en curso.

Asimismo, esta Procuraduría le concedió audiencia al Consejo Superior del Poder Judicial para que se refiriera sobre el particular, por tratarse de un tema que necesariamente involucra el accionar de los órganos jurisdiccionales. Dicho Consejo Superior contestó la audiencia conferida mediante oficios N° 5507-94 de 6 de mayo y N° 5976-94 de 26 de mayo (recibido éste último el 3 de junio recién pasado).

I.- ALCANCES DE LA CUSTODIA DEFINITIVA QUE EL ARCHIVO NACIONAL TIENE CON RESPECTO A LOS PROTOCOLOS, SEGUN ART. 40° DE LA LEY ORGANICA DE NOTARIADO

En primer término, debe partirse del contenido del artículo 40° de la Ley Orgánica de Notariado N° 39 de 5 de enero de 1943 y sus reformas, que dispone:

"Artículo 40.-

Los Jueces Civiles, con excepción de los de la provincia de San José, conservarán en los archivos de sus Juzgados, por dos años, los protocolos concluidos de los Notarios de su jurisdicción. Pasado ese término, los enviarán al Director de los Archivos Nacionales para su custodia definitiva.



Por ningún motivo permitirán los Jueces ni el Director de los Archivos que salgan de sus respectivas oficinas los protocolos que tengan en custodia.

A los protocolos no concluidos que llegaren a los Juzgados se les aplicará la misma regla."

Circunscribiéndonos al tema objeto de consulta, se pueden extraer dos conclusiones básicas del numeral antes transcrito, a saber:

- 1.- Que el legislador común le ha dado la competencia exclusiva al Archivo Nacional, de ser el órgano público que tendrá la custodia definitiva de los protocolos concluidos y no concluidos de los Notarios, los que desde ahora se identificarán como "protocolos";
- 2.- Que una vez teniendo la custodia definitiva de dichos protocolos, el Archivo Nacional no está autorizado legalmente para que los mismos salgan de sus oficinas; o lo que es lo mismo, existe una norma legal que "prohíbe" de manera expresa, una actuación particular por parte del órgano público involucrado. En la especie se establece que "por ningún motivo" el Archivo Nacional permitirá que los protocolos aquí referidos, salgan de sus oficinas.

Cabe advertir que la regla descrita en el punto segundo anterior, es igualmente aplicable a los Juzgados Civiles distintos de los de la Provincia de San José, que conservan en sus archivos ese tipo de protocolos, pero únicamente por el tiempo que ahí se indica, sea, por dos años y mientras son enviados al Archivo Nacional para su custodia definitiva.

Dicha normativa no es la única de su tipo, toda vez que es importante que se tenga presente, además, que la propia Ley Orgánica del Poder Judicial N° 8 de del 29 de noviembre de 1937, reformada recientemente por la Ley N° 7333 de 5 de mayo de 1993, en su artículo 4° establece una normativa similar, en cuanto a la disposición de expedientes judiciales, al indicar que sólo en casos muy calificados se pueden pedir los mismos ad effectum videndi y por no más de diez días.

Más aún, sanciona el hecho de que dicho expediente judicial sea retenido, injustificadamente, por un tiempo mayor al permitido.

Ahora bien, para efectos del análisis de la consulta objeto de estudio, es importante tener presente los alcances del concepto "custodia" o la acción misma de "custodiar" de que habla el artículo 40° antes citado.

Es así como Guillermo Cabanellas nos indica que la acción "custodiar" se identifica con términos tales como: guardar, cuidar, vigilar con celo. Mientras que "custodia" propiamente dicha proviene del "latín custos, custodis, voz derivada de curtos, forma agente del verbo curare, cuidar, es la guarda con cuidado y vigilancia de alguna cosa".

Más aún, Cabanellas identifica a su vez la custodia con los ya citados términos de cuidado, guarda y vigilancia, agregando posteriormente, al precisar dicho concepto, que "la preservación (entiéndase prevención) del peligro, la evitación de amenazas, la imposibilidad de ser totalmente sorprendido de ataques conscientes y hasta por fortuitos daños caracterizan la custodia de personas y cosas en toda la amplitud material..." (Cabanellas, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 21 Edición, Tomo II, 1989, pp. 454-455).

Históricamente se tiene que "el Derecho romano entendía por custodia una clase especial de diligencia que consistía en el cuidado necesario para conservar la cosa ajena y en vigilarla para que no se perdiese, fuese robada, hurtada o usucapida por terceros..." (Villamil, Francisco. Enciclopedia Jurídica OMEBA. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Tomo V, 1956, pp. 380-381).



Deviene entonces claro que la custodia de los protocolos de los Notarios, por parte del Archivo Nacional, es precisamente con la finalidad de que, por la misma naturaleza del tipo de documento de que se trata -libro foliado con numeración consecutiva, en el cual el Notario Público autoriza una serie de instrumentos públicos, escrituras matrices otro tipo de actos o contratos conforme con la ley-, los mismos sean guardados, cuidados y vigilados de la mejor forma posible, procurando para ello utilizar o aplicar todos aquellos mecanismos, técnicas y procedimientos para preservarlos y conservarlos de una manera tal que no sufran deterioro, daño, sustracción o pérdida.

Ello en definitiva significa, como dice el brocardo, "realizar todas aquellas diligencias necesarias para conservar el bien en buenas condiciones debiendo ejercer para ello todos los cuidados de un buen padre de familia" (tomado de la resolución del Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Segunda, N° 227 de las 8:10 horas del 19 de mayo de 1989).

Dicha custodia, por su parte, puede ser temporal o definitiva, dependiendo del régimen jurídico de que trata. En nuestro caso de estudio, el legislador no sólo ha dispuesto que la custodia que debe ejercer el Archivo Nacional con respecto a los protocolos de los Notarios, es definitiva, sino que ha señalado expresamente otra condición de relevancia, a nivel incluso de prohibición, a saber, que los referidos protocolos no podrán salir de las respectivas oficinas del Archivo Nacional y por ningún motivo o circunstancia.

En doctrina se puede encontrar que se admite, no solo la procedencia legal de la custodia definitiva de protocolos por parte de un órgano especializado y técnico, regularmente denominado "archivo general" o "Notario archivero" (sobre todo por las técnicas, instrumentos científicos y procedimientos especializados que se han de utilizar para la adecuada conservación y cuidado de tales documentos), distinto y separado del profesional Notario; sino también el reconocer la prohibición de extraer ese tipo de documentos de las oficinas de su custodia, salvo por las causas o circunstancias expresamente contempladas por la ley.

Es así como tenemos a Pedro Avila Pérez que nos indica:

"Los Notarios y archiveros -dice el Reglamento- serán responsables de la integridad y conservación de los protocolos." A ellos compete, por tanto, evitar tanto el deterioro como la desaparición total o parcial del protocolo..."

Para evitar la desaparición se encomienda la custodia del protocolo al Notario titular, a su sustituto legal o voluntario o (al pasar al archivo general), al Notario archivero. Y ha de custodiarse en el despacho del Notario titular o en el local destinado al efecto, del cual no podrá extraerse ni aún por decreto judicial u orden superior más que en los siguientes casos:...

- Traslado al Juzgado, por orden judicial, de la matriz que constituya cuerpo de delito, que será desglosada del protocolo dejando testimonio literal de aquélla con intervención del Ministerio Fiscal" (tomado de: Avila Pérez, Pedro. Derecho Notarial, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1986, pp. 355-356.

Por su parte, Carlos A. Pelosi nos advierte:

"...Prohibición de extraer el protocolo. Índice elocuente de que las leyes notariales han incorporado un conjunto orgánico de preceptos sobre la materia, lo constituye la general previsión que contienen vedando extraer el protocolo de la escribanía, salvo causas taxativamente enunciadas" (ver en este sentido a: Pelosi, Carlos A., El documento notarial. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 154).

Admitida, reconocida y sobre todo, entendida como está la razón o fundamento de la custodia definitiva de protocolos por parte del Archivo Nacional, cuya Dirección General deberá a su vez

actuar "según las disposiciones contenidas en la legislación notarial concernientes a la institución" (artículo 24 de la Ley del Sistema Nacional de Archivos N° 7202 de 24 de octubre de 1990), conviene que se tenga presente que precisamente fue el legislador el que impuso como condición legal y expresa, que dichos protocolos no salieran de las oficinas del referido Archivo Nacional.

Así como el legislador pudo haber dispuesto una serie de situaciones que obligaban a excepcionar la regla de no extraer o sacar de las oficinas del Archivo Nacional, los protocolos que están bajo su cuidado y protección, igual es válido afirmar que en esta oportunidad nuestros legisladores no establecieron ninguna excepción a la regla y más bien reafirmaron que "por ningún motivo" debía permitir el Archivo Nacional que ello se produjera.

II.- LOS PROTOCOLOS QUE SE ENCUENTRAN EN CUSTODIA DEFINITIVA EN EL ARCHIVO NACIONAL, COMO MEDIOS DE PRUEBA A UTILIZAR EN LOS PROCESOS JUDICIALES

Resta ahora analizar el contenido del ya descrito artículo 40° de la Ley Orgánica de Notariado, en relación con aquella normativa que regula lo concerniente a este tipo de documentos, contemplándolos como medios de prueba tanto en sede procesal civil como en sede procesal penal y que incluso son de aplicación supletoria en otras disciplinas o ramas del derecho.

Sobre este punto, Carlos J. Rubianes nos introduce al tema cuando se refiere a los instrumentos públicos como medios de prueba:

"...Otro grupo importante de instrumentos públicos son las escrituras públicas, otorgadas por los escribanos públicos en los libros de su protocolo, las que también han de ajustarse a la competencia y formalidades legales... En cuanto esos instrumentos públicos han de permanecer archivados o en una oficina determinada, también lo son las copias de ellos, expedidas en la forma determinada por la ley.

En lo relativo al valor probatorio de los instrumentos públicos, previamente a usarlos en su función de medio de prueba, deben ser objeto de prueba. La inspección judicial ha de verificar su autenticidad, o sea, el instrumento en sí mismo, con prescindencia de su contenido. Pudiendo, desde luego, cuando se trate de copias, realizar la confrontación con el original, y, eventualmente, pericia caligráfica.

Comprobada su autenticidad, el instrumento público hace plena prueba, o sea, plena fe, en cuanto a la existencia material de los hechos que el oficial público hubiese enunciado, como cumplidos por él mismo, o que han pasado en su presencia..." (Rubianes, Carlos J. Manual de Derecho Procesal Penal. Ediciones Depalma, Buenos Aires, Tomo II, 1983, pp. 386 y 387).

Ahora bien, es fundamental partir, para efectos de nuestro análisis jurídico, del principio de "amplitud de la prueba" o de "libertad probatoria", contenido dentro del principio constitucional del "debido proceso", el cual fue desarrollado por la Sala Constitucional en su Voto N° 1739-92 de las 11:45 horas del 1 de julio de 1992, en los siguientes términos:

"Como se dijo, el debido proceso implica, precisamente desde sus orígenes, el derecho al debido proceso "legal", con la consecuencia de que cualquier violación grave del procedimiento aún meramente legal -no constitucional per se-, en perjuicio del reo equivale a uno de sus derechos fundamentales y, por ende de la propia Constitución (sic). Entre los principios de regularidad del procedimiento que generan a su vez derechos para el imputado, merecen destacarse los siguientes:



a) El principio de la amplitud de la prueba: Supuesto que la finalidad del procedimiento es ante todo la averiguación real de los hechos, tanto el Ministerio Público como el juez tienen el deber de investigar esa verdad objetiva y diligentemente, sin desdeñar ningún medio legítimo de prueba, sobre todo si ofrecida por la defensa no resulta manifiestamente impertinente, e inclusive ordenando para mejor proveer la que sea necesaria, aún si ofrecida irregular o extemporáneamente.

En materia penal todo se puede probar y por cualquier medio legítimo, lo cual implica, desde luego, la prohibición absoluta de valerse de medios probatorios ilegítimos y de darles a éstos, si de hecho los hubiera, ninguna trascendencia, formal o material".

La doctrina ha conceptualizado también el principio de libertad probatoria, fundamentalmente en sede penal, señalando que el mismo "se ha caracterizado diciendo que en el proceso penal todo se puede probar y por cualquier medio de prueba. Su vigencia se justifica plenamente en cuanto se lo relaciona con la necesidad de alcanzar la verdad real, extendiéndose tanto al objeto como a los medios de prueba. Sin embargo, el principio no es absoluto porque existen distintos tipos de limitaciones... la libertad de medios de prueba no significa arbitrariedad en el procedimiento probatorio, pues éste se concibe como una forma de asegurar la eficacia de la prueba y los derechos de las partes. Cada prueba se ajustará al trámite asignado, y cuando se quiera optar por un medio probatorio no previsto, se deberá utilizar el procedimiento señalado para el medio expresamente regulado que sea analógicamente más aplicable, según la naturaleza y modalidad de aquél" (Cafferata Nores, José I. La Prueba en el Proceso Penal. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1988, pp. 24, 25 y 27).

El Dr. Enrique Castillo Barrantes agrega sobre dicho principio que "la libertad de la prueba en el proceso penal tiene el sentido pleno de que en él todo se puede probar y por cualquier medio (lícito, claro está). Es el abandono absoluto del sistema de pruebas legales" (Castillo Barrantes, J. Enrique. Ensayos sobre la Nueva Legislación Procesal Penal. Colegio de Abogados, San José, 1977, p. 60).

Nuestro Código de Procedimientos Penales establece dicho principio en la fase de instrucción, en su numeral 198º cuando dispone:

"Artículo 198.- No regirán en la instrucción las limitaciones establecidas por las leyes civiles respecto de la prueba, con excepción de las relativas al estado civil de las personas."

Asimismo, el Código de Procedimientos Penales prevé una serie de mecanismos o vías para incorporar al proceso penal, aquella prueba documental que considera importante para la investigación que se está llevando a cabo. Así tenemos, para el caso que nos ocupa, los siguientes numerales:

"Artículo 250.- Cotejo de documentos. Cuando se trate de examinar o cotejar documentos, el Juez ordenará la presentación de escritura de comparación, pudiendo usarse escritos privados si no hubiere dudas sobre su autenticidad. Para la obtención de ellos podrá disponer el secuestro, salvo que su tenedor sea una persona que deba o pueda abstenerse de declarar como testigo..."

"Artículo 216.- Orden de secuestro. El Juez podrá disponer que sean recogidas y conservadas las cosas relacionadas con el delito, las sujetas a confiscación y aquéllas que puedan servir como medios de prueba para ello, cuando fuere necesario, ordenará su secuestro.

En casos urgentes esta medida podrá ser delegada en un funcionario de la Policía Judicial, en la forma prescrita para los registros."

"Artículo 217.- Orden de presentación. Limitaciones. En vez de disponer el secuestro, el Juez



podrá ordenar, cuando fuere oportuno, la presentación de los objetos o documentos a que se refiere el artículo anterior; pero esta orden no podrá dirigirse a las personas que deban o puedan abstenerse de declarar como testigos, por razón de parentesco, secreto profesional o de Estado."

"Artículo 218.- Custodia o depósito. Los efectos secuestrados serán inventariados y puestos bajo segura custodia, a disposición del tribunal. En caso contrario se ordenará el depósito.

Podrá disponerse la obtención de copias o reproducciones de las cosas secuestradas, cuando éstas puedan desaparecer, alterarse, sean de difícil custodia o convenga así a la instrucción..."

Por su parte el Código Procesal Civil contiene igualmente una serie de artículos que regulan expresamente lo concerniente a los protocolos como medios de prueba de los procesos judiciales de esa naturaleza:

"Artículo 369.- Documentos e instrumentos públicos. Son documentos públicos todos aquellos que hayan sido redactados o extendidos por funcionarios públicos, según las formas requeridas y dentro del límite de sus atribuciones.

Las fotocopias de los documentos originales tendrán el carácter que este artículo establece, si el funcionario que las autoriza certifica en ellas la razón de que son copias fieles de los originales, y cancela las especies fiscales de ley.

Es instrumento público la escritura otorgada ante un notario público, así como cualquier otro documento al cual la ley le dé expresamente ese carácter."

"Artículo 370.- Valor probatorio. Los documentos o instrumentos públicos, mientras no sean argüidos de falsos, hacen plena prueba de la existencia material de los hechos que el oficial público afirme en ellos haber realizado él mismo, o haber pasado en su presencia, en el ejercicio de sus funciones."

"Artículo 375.- Cotejo del documento público con el original. El juez podrá, de oficio o a solicitud de parte, disponer el cotejo de un documento público con su original.

El cotejo se practicará por el secretario, o por el juez, si éste lo estima conveniente, para lo cual se constituirá en el archivo o lugar donde se halle la matriz, previo señalamiento de la hora y el día.

A dicha diligencia podrán concurrir las partes y sus abogados.

El juez podrá disponer, si fuera posible, que se lleven a su presencia los registros, los archivos o los protocolos. Los gastos de la diligencia serán pagados por la parte proponente.

Si el cotejo no pudiere verificarse por haber desaparecido la matriz, el documento hará fe mientras no se demuestre por otras pruebas legales su inexactitud o falsedad.

En este último caso se procederá de acuerdo con lo dicho en el artículo 202, inciso 2)."

"Artículo 378.- Copia de documentos. Los documentos privados y los expedidos por un notario podrán ser presentados en copia debidamente certificada por dicho funcionario, salvo que el juez o el adversario solicitaren la presentación del original."

Nótese que del contenido mismo del artículo 40º de la Ley Orgánica de Notariado, por el que se establece la custodia definitiva de los protocolos por parte del Archivo Nacional, prohibiéndose a su vez la salida de éstos de sus oficinas por ningún motivo, en relación con el espíritu de las disposiciones procesales antes transcritas, sea, procurar una libertad probatoria amplia y efectiva, no se aprecia que exista roce o contradicción entre dichas normativas, ni mucho menos violación o quebrantamiento del principio antes referido de libertad de prueba.

Lo que procede en la especie es que, para que los órganos jurisdiccionales puedan tener acceso a los originales de los protocolos de Notarios que se encuentran en custodia definitiva por parte del Archivo Nacional, por ser éstos documentos de prueba necesarios para determinadas diligencias judiciales, se hace indispensable que los mismos sean utilizados en las propias instalaciones u oficinas del Archivo Nacional, por existir una prohibición expresa de tipo legal que no admite, bajo ninguna circunstancia, que dichos documentos salgan de tales oficinas.

Véase que con el anterior procedimiento no se está "imposibilitando" el acceso a este tipo de prueba, sino que se establece un mecanismo o procedimiento particular de acceso a dicha prueba, admitido y contemplado por la propia legislación procesal, atendiendo a las muy especiales razones en cuanto a la naturaleza y alcances de la custodia de que se trata, el mismo tipo de documento que se está custodiando y las técnicas y procedimientos especializados que utiliza el órgano encargado de la custodia para preservarlo, protegerlo y en definitiva, cuidarlo como buen padre de familia.

En este último sentido se pronunció el legislador común al redactar los tres primeros párrafos del artículo 375 del Código Procesal Civil, en el caso de cotejo del documento público con el original o matriz. Aquí el Juez o el Secretario practicarán dichas diligencias de cotejo de documentos, en el archivo o lugar donde se halle la matriz (como regla general) y sólo se podrá disponer, si ello fuera posible (excepción a la referida regla), que se lleven a su presencia los documentos objeto de análisis.

Es claro que para el caso de los protocolos que están en custodia definitiva en el Archivo Nacional, al no poder salir los mismos de las instalaciones u oficinas de su órgano custodio, su estudio, análisis, cotejo, revisión, etc, por parte de los órganos jurisdiccionales en general, debe verificarse en dichas oficinas o instalaciones del Archivo Nacional, con las previsiones, mecanismos, instrumentos y procedimientos que para tal efecto disponga éste último.

CONCLUSION

1.- Entendido como está el fundamento y alcances legales de la custodia definitiva de protocolos de Notarios por parte del Archivo Nacional, es dable concluir que precisamente el legislador impuso como condición legal y expresa, que dichos protocolos no salgan de las oficinas del referido Archivo Nacional.

2.- Que nuestro legislador no estableció ninguna excepción a la regla de custodia antes descrita y más bien reafirmó que "por ningún motivo" deberá permitir el Archivo Nacional que ello se produzca.

3.- Que en armonía con el contenido del artículo 40° de la Ley Orgánica de Notariado, el que establece la custodia definitiva de los protocolos por parte del Archivo Nacional, prohibiéndose a su vez la salida de éstos de sus oficinas por ningún motivo, en relación con el espíritu de las disposiciones procesales enunciadas, sea, procurar una libertad probatoria amplia y efectiva, es que procede afirmar que para que los órganos jurisdiccionales puedan tener acceso a los referidos protocolos, como documentos de prueba necesarios para llevar a cabo determinadas diligencias judiciales, se hace indispensable que los mismos sean examinados en las propias instalaciones u oficinas del Archivo Nacional. Por existir una prohibición expresa de tipo legal que no admite, bajo



ninguna circunstancia, que dichos documentos salgan de tales oficinas, es que se reafirma la voluntad del legislador en el sentido antes descrito.

4.- Que con el anterior procedimiento no se está "imposibilitando" el acceso a este tipo de prueba, sino que se establece un mecanismo o procedimiento particular de acceso a dicha prueba, admitido y contemplado por la propia legislación procesal, atendiendo a las muy especiales razones en cuanto a la naturaleza y alcances de la custodia de que se trata, el mismo tipo de documento que se está custodiando y las técnicas y procedimientos especializados que utiliza el órgano encargado de la custodia para preservarlo, protegerlo y en definitiva, cuidarlo como buen padre de familia.

Sin otro particular, Geovanni Bonilla Goldoni PROCURADOR ADJUNTO

GBG/gbg.e

cc: Miembros del Consejo Superior del Poder Judicial.-

Archivo.-

Archivado: CONS\108-PROT.ARC

Pronunciamiento de la Procuraduría General de la República C-123-94⁴

C-123-94

27 de julio de 1994

Señora Licda. Ana Lucía Jiménez Monge

Jefe Departamento Archivo Notarial S. O.

Estimada señora:

Con la aprobación del señor Procurador General de la República, me refiero a su oficio No. 0357 de 12 de mayo último (recibido en el Despacho del suscrito el 18 del mismo mes), por el que solicita a la Procuraduría General de la República que emita criterio en relación con una serie de situaciones derivadas de los depósitos de protocolos por parte de los Notarios Públicos y la presentación de los índices notariales que se llevan a cabo en el Departamento de Archivo Notarial del Archivo Nacional.

Específicamente se plantean las siguientes interrogantes:

"1.- Está autorizado un Notario o no para cerrar su tomo de protocolo, depositarlo donde corresponde, no sacar nuevo tomo y continuar habilitado para ejercer asuntos extracartularios.

2.- Si lo anterior es posible, continúa o no el Notario en la obligación de presentar los índices notariales regulado en el art. 36 de la Ley Orgánica de Notariado.

3.- Y por último, cuál es el procedimiento que debe seguir el Notario para comunicar esa situación".

Para tal propósito, acompaña a su oficio copia del acuerdo tomado por el Consejo Superior del Poder Judicial, en su sesión ordinaria celebrada el 14 de abril último, artículo LVII, por el que se indica que dicho Consejo "ni la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, actualmente encargada del régimen disciplinario de los Notarios, son competentes para evacuar la consulta planteada, la cual se sugiere hacerla a la Procuraduría General de la República".

En este sentido, el suscrito le solicitó a la Jefatura bajo su digno cargo, mediante oficio N° PA-GBG-34-94 de 27 de mayo, que nos adjuntara el criterio u opinión de la Asesoría Legal respectiva sobre el tema consultado, por exigirlo así el artículo 4° de nuestra Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

Ante dicha solicitud, la Licda. Virginia Chacón Arias, Directora General del Archivo Nacional, por medio de nota de 27 de junio (recibida el primero de julio recién pasado), nos explica que no es posible cumplir con lo prevenido anteriormente, por cuanto no solo la Dirección General del Archivo Nacional no cuenta con un Departamento o Asesoría Legal debidamente constituido, sino que además el Departamento Legal del Ministerio de Cultura, Juventud y Deportes, con fundamento en una serie de lineamientos dados, no atiende consultas provenientes de órganos desconcentrados y adscritos a dicho Ministerio.

Atendiendo las muy especiales razones expuestas líneas atrás, se procede a dar respuesta a sus interrogantes de la siguiente forma: I.- NATURALEZA JURIDICA DEL NOTARIO PUBLICO EN COSTA RICA Y SU RELACION CON EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Es importante tener presente, de manera preliminar, la naturaleza jurídica del Notario Público en Costa Rica, para de esta forma determinar el régimen jurídico aplicable en su accionar profesional.

La Ley Orgánica de Notariado Ley N° 39 de 5 de enero de 1943 y sus reformas, establece en su artículo 1° que "la persona autorizada para ejercer el notariado público tiene fe pública cuando deja constancia de un hecho, suceso, situación, acto jurídico o contrato que tenga por objeto asegurar o hacer constar derechos y obligaciones dentro de los límites que la ley señala a sus atribuciones y observando los requisitos que exige..."

Sobre los alcances de este numeral, ya la Procuraduría se pronunció anteriormente en su dictamen N° C-022-87 de 28 de enero de 1987, al afirmar, en el aspecto que nos interesa, que "el primer punto que conviene precisar es que el Notario Público es un funcionario público, tal como su

nombre lo indica y como lo establece la Ley Orgánica de Notariado costarricense... Todo lo dicho anteriormente nos lleva a la conclusión de que el Notario Público es funcionario público, aunque no trabaje en una institución pública. Es funcionario público porque el Estado lo ha facultado para dar "fe pública".

Más aún, en el referido pronunciamiento se menciona la definición de "Notario" que da Manuel Ossorio en el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales (Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1974), la cual es tomada a su vez del artículo 1º de la Ley Española de Notariado: "...funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales".

El propio Pedro Avial Alvarez, al comentar el contenido de dicho artículo 1º de la Ley Española de Notariado, advierte:

"Al dar forma y autenticar los actos y negocios jurídicos de los particulares, el Notario sirve al interés de aquéllos, pero al mismo tiempo y prevalentemente, sirve al interés público o general de que se conserve la paz social mediante la afirmación del Derecho. Si, pues, el Notario desempeña una función pública o de interés público, no extrañará que la Ley del Notariado lo defina como funcionario y que el Reglamento Notarial atribuya al Notario, desde que toma posesión de su Notaría en el distrito a que corresponda la demarcación de la misma, el carácter de funcionario público" (Pedro Avial Alvarez, Derecho Notarial, Bosch Casa Editorial, Barcelona, Sexta Edición, 1986, p. 25).

Coincidente con la anterior definición es la dada por Giménez Arnau, que lo concibe como aquel "profesional del Derecho que ejerce una función pública para robustecer, con una presunción de verdad, los actos en que interviene, para colaborar en la formación correcta del negocio jurídico y para solemnizar y dar forma legal a los negocios jurídicos privados, y de cuya competencia, sólo por razones de históricas, están sustraídos los actos de la llamada jurisdicción voluntaria" (Guillermo Cabanellas, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, tomo V, 21a edición, 1989, p. 572).

Finalmente, Castán Tobeñas nos dice sobre este particular:

"No puede negarse el carácter público de la función y la institución notarial. Las finalidades de la autenticidad y la legitimación de los actos jurídicos exigen que el notario sea un funcionario público, que intervenga en ellos en nombre del Estado y para atender, más que al interés particular, al interés general o social de afirmar el imperio del Derecho asegurando la legalidad y la prueba fehaciente de los actos y hechos de que penden las relaciones privadas" (tomado de: José María Mustápic, Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial, Editores Ediar S.A., Buenos Aires, tomo I, 1955, p. 141).

Es por ello que la doctrina ha llegado al concepto generalmente aceptado de que el Notario Público es "el profesional del Derecho encargado de una función pública, consistente en la autenticación de hechos y en recibir, interpretar, y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando el instrumento adecuado al fin específico, dándole autenticidad y conservando temporalmente los originales (que luego pasan al Archivo Nacional), expidiendo copias, certificaciones o testimonios que dan fe pública de su contenido" (tomado de: Guillermo Huevo Stancari, La Notaría del Estado, Tesis de Grado para optar al título de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, 1988, pp. 50-51).

En esta misma línea se ha venido estructurando, desde hace algunos años atrás, el Proyecto de Ley de "Código Notarial", cuya última versión fue publicada en La Gaceta Nº 240 de 16 de

diciembre de 1993. En dicho proyecto se puede apreciar que en sus numerales 1º y 2º se reitera, en gran medida, las cualidades y naturaleza jurídica del Notario Público costarricense, acorde con la definición doctrinal imperante:

"Artículo 1º.- NOTARIADO PUBLICO. El notariado público es la función pública ejercida por profesionales en derecho por medio de la cual se brinda asesoría a las personas en la correcta formación y expresión legal de su voluntad en los actos jurídicos que realicen. Asimismo da fe de la existencia de los hechos que objetivamente le consten o que concurren en su presencia".

"Artículo 2º.- NOTARIO PUBLICO. Notario Público es el profesional en derecho autorizado para ejercer el notariado público, quien en ejercicio de sus facultades legítima y autentica actos jurídicos de modo que surtan con plenitud sus efectos legales.

La profesión de notario está enmarcado dentro del sistema de ejercicio libre, con sujeción a las regulaciones del presente Código".

Entendido como está que en la persona del Notario Público concurre la particular circunstancia de que se ejerce, de manera simultánea, una profesión privada y una función pública y que en virtud de ésta última condición es considerado un funcionario público que ejerce una función pública delegada por el Estado, a saber, la de dar fe pública, que incluye a su vez "la formación y custodia del protocolo y en su actuación independiente e imparcial, no sometida ni a las partes, ni tampoco a instrucciones de fondo procedentes del poder público" (tomado de: Tomás-Ramón Fernández y Fernando Sáinz Moreno, *El notario, la función notarial y las garantías constitucionales*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1989, p. 158); es claro entonces afirmar que éste funcionario debe someter su actuación profesional al cuerpo normativo que lo rige y que en definitiva significa estar sujeto al "principio de legalidad". Como bien lo señala Pedro Avila Alvarez, "las leyes establecen la órbita de actuación del Notariado" (Pedro Avila Alvarez, op. cit. p. 26).

Recordemos que la propia Constitución Política consagra dicho principio en su artículo 11 que indica que "los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad y no pueden arrogarse facultades que la ley no les concede"; el cual, a su vez, es desarrollado en el ámbito de la Administración Pública en el numeral 11 de la Ley General de la Administración Pública que advierte que la misma se encuentra necesariamente sometida al bloque de legalidad, pudiendo realizar solo aquella actividad expresamente autorizada por el ordenamiento jurídico, o sea, todo lo que no le está autorizado a la Administración le está vedado.

Más aún, la propia Sala Constitucional así lo ha concebido al afirmar, mediante su resolución N° 4310-92 de las 14:05 horas del 10 de noviembre de 1992, que el principio de legalidad contenido en los artículos 11 de la Constitución Política y 11 de la Ley General de la Administración Pública debe entenderse de la siguiente forma:

"El principio de legalidad que se consagra en el artículo 11 de nuestra Constitución Política y se desarrolla en el 11 de la Ley General de la Administración Pública, significa que los actos y comportamientos de la Administración deben estar regulados por norma escrita, lo que significa, desde luego, el sometimiento a la Constitución y a la ley, preferentemente, y en general a todas las otras normas del ordenamiento -reglamentos ejecutivos y autónomos, especialmente-; o sea, en última instancia, a lo que se conoce como el "principio de juridicidad de la Administración".

Consecuentemente, el Notario Público, por su propia condición de funcionario público, debe cumplir en su actuar profesional dentro del ámbito y límites que el propio ordenamiento jurídico le impone

(principio de legalidad). Y es precisamente la Ley Orgánica de Notariado la normativa primaria que le circunscribe el marco de acción fundamental en su actuación como profesional, la que a su vez debe ser vista en conjunto y en forma armónica con el resto de la legislación aplicable.

II.- SITUACION PLANTEADA: UN NOTARIO PÚBLICO EST. O NO AUTORIZADO "PARA CERRAR SU TOMO DE PROTOCOLO, DEPOSITARLO DONDE CORRESPONDE, NO SACAR NUEVO TOMO Y CONTINUAR HABILITADO PARA EJERCER ASUNTOS EXTRACARTULARIOS"

Es por lo anteriormente expuesto que se puede contestar la interrogante que nos ocupa de la siguiente forma:

La Ley Orgánica de Notariado N° 39 de 5 de enero de 1943 y sus reformas, prevé los casos en los que se autoriza al Notario Público a depositar su tomo de protocolo.

Así, la regla general es la contenida en el numeral 33° de la referida ley, que comprende precisamente aquellas situaciones de cierre de protocolo por estar concluido el mismo y su consecuente entrega al Archivo Nacional o al Juez Civil de su jurisdicción:

"Artículo 33.-

Cuando se hubieren agotado las hojas de un protocolo, el Notario extenderá al pie de la última escritura razón del número de escrituras que contiene y su estado. Deberá afirmar en esta razón, bajo su responsabilidad, que todas las escrituras se encuentran debidamente firmadas por él, por el colega autorizante en casos de actuaciones ante dos Notarios y por las partes y testigos, según lo expresado al final del artículo 31.

Puesta la razón referida, el Notario entregará el protocolo al Director de los Archivos Nacionales si estuviere domiciliado en la provincia de San José, o al Juez Civil de su jurisdicción si su domicilio estuviere en otra provincia.

Efectuada la entrega, el Director o el Juez, en su caso, dará al Notario un recibo y constancia con los requisitos necesarios para que pueda obtener nuevo protocolo.

Para los efectos de este artículo el Notario dejará después de la última escritura espacio suficiente en blanco".

Sin embargo, el propio legislador previó también el procedimiento a seguir para la entrega del tomo de protocolo por parte del Notario Público, en aquellos otros casos no contemplados en el artículo 33° antes transcrito (protocolos concluidos propiamente), pero que se toman "como protocolos concluidos", específicamente lo consignado en el numeral 31 de la Ley Orgánica de Notariado, que es el numeral que da la pauta para desarrollar el tema consultado:

"Artículo 31.-

Cuando por cualquier motivo que no fuere señalado en el artículo 33, deba ser presentado un protocolo al Juez o al Director de los Archivos Nacional, el Notario inmediatamente después de la última escritura pondrá razón del número de folios utilizados, de los que aún quedaren en blanco y del motivo que dio lugar a la entrega del protocolo. El Notario afirmará en la razón, bajo su responsabilidad, que todas las escrituras se encuentran debidamente firmadas por él, por el colega autorizante en caso de actuaciones ante dos Notarios y por las partes y testigos que sepan y puedan hacerlo".

De la disposición anterior se aprecia que legislador previó dicho procedimiento especial para la entrega del tomo de protocolo por parte del propio Notario Público, en aquellos otros supuestos o motivos distintos al establecido en el artículo 33° de repetida cita.

Por lo tanto y siguiendo con la tesis de que el Notario, como funcionario público que es, sólo está autorizado a realizar aquello que le está regulado por el ordenamiento jurídico, se puede afirmar que el procedimiento antes descrito está concebido para cualquier otro motivo o supuesto distinto al regulado en el numeral 33° aquí mencionado.

Ahora bien, conviene precisar que al indicar la normativa objeto de análisis "cualquier otro motivo", debe entenderse en ese sentido, sea, cualquier otra circunstancia distinta o diferente a la enmarcada como regla general en el artículo 33°, toda vez que dicha normativa es clara y expresa.

Ello debe ser interpretado así partiendo de la misma doctrina contenida en el artículo 10° del Código Civil, el cual proporciona la pauta a seguir en materia de interpretación de normas:

"Artículo 10.-

Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de ellas".

Igualmente es dable tener presente lo que sobre este mismo particular nos expone nuestro Tratadista Alberto Brenes Córdoba:

Como auxiliar de la interpretación doctrinal existe un arte -la hermenéutica legal- que suministra ciertas reglas por cuyo medio se puede llegar a conocer más o menos lo que se llama la mente o espíritu de la ley, o sea, la intención del legislador.

Hay que decir que cuando el sentido de la ley no es dudoso sino que resulta comprensible, sin mayor esfuerzo, no es lícito variarla, a título de interpretación, porque los jueces carecen de esa facultad, aunque se trate de una disposición inconveniente y aún injusta o demasiado severa, pues así y todo, tiene que ser aplicada por su sola calidad de precepto dictado por el legislador; idea esta que los antiguos condensaron en la fórmula "aunque la ley sea dura, siempre es ley." Dura lex, sed lex.

...De otro lado, preciso es interpretar las disposiciones legislativas en la dirección más racional, en la que mejor corresponda al bien de la sociedad, a las necesidades y conveniencias del pueblo para quien se legisla, porque tal ha debido ser el propósito tenido en mente al dictarlas" (Brenes Córdoba, Alberto. Tratado de las Personas. Editorial Juricentro, San José, pp. 42-43).

Correlativamente, en el ámbito de la Administración Pública, se tiene el artículo 10° de la Ley General de la Administración Pública, que dispone:

"Artículo 10.-

1. La norma administrativa deberá ser interpretada en la forma que mejor garantice la realización del fin público a que se dirige, dentro del respeto debido a los derechos e intereses del particular.
2. Deberá interpretarse e integrarse tomando en cuenta las otras normas conexas y la naturaleza y valor de la conducta y hechos a que se refiere."

Coincidente con la finalidad que persigue este proceso de interpretación, tenemos por otra parte lo

expuesto por Juan Santamaría Pastor cuando afirma:

"Como hemos visto, los procesos de interpretación y aplicación del Derecho son operaciones complejas cuyo objetivo final es la construcción de una solución jurídica para un caso concreto: una solución que no sólo ha de ser justa y socialmente aceptable, sino también adecuada y coherente con las normas que han de utilizarse para construirla... (tomado de: Juan Santamaría Pastor, Fundamentos de Derecho Administrativo. Editorial Centro Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, p. 390).

Ahora bien, es oportuno aclarar que la propia Ley Orgánica de Notariado prevé también, de manera expresa, algunos motivos o casos que, de presentarse, obligaría al Notario Público a utilizar el procedimiento antes referido, específicamente los contemplados en sus numerales 42º y 43º, en relación con el 44º siguiente, los que se transcriben seguidamente:

"Artículo 42.-

Cuando la ausencia o imposibilidad se prolongare por más de seis meses, en el caso de haber otro Notario en el mismo lugar, o por más de tres meses, si no lo hubiere, se tendrá la oficina del Notario ausente o impedido por definitivamente cerrada y su protocolo como concluido, salvo especial permiso de la Corte para que el depósito se mantenga por más tiempo que el señalado en este artículo. El Notario encargado del protocolo lo depositará donde corresponda, con la razón final de que habla el artículo 31. Si el depositario fuere un Juez o Alcalde, éstos pondrán la razón final".

"Artículo 43.-

El protocolo en curso de un Notario que, por cualquier motivo cese en sus funciones, se tendrá también por concluido. Los Notarios cesantes tendrán derecho a que se les devuelva en especies fiscales el valor de las hojas no usadas en su protocolo".

"Artículo 44.-

A los protocolos que se tienen por concluidos son aplicables las disposiciones de los artículos 31, 32 y 33, y siempre que por alguna causa el dueño del protocolo no pueda escribir y firmar la razón final, la extenderá el funcionario respectivo, salvo que la ley disponga otra cosa".

Tal y como se a expuesto hasta ahora, resulta evidente que el legislador estableció de manera clara y meridiana, que el Notario Público no sólo sí está autorizado legalmente y de manera expresa a depositar él su tomo de protocolo al Archivo Nacional o al Juez Civil de su jurisdicción, por cualquier otro motivo distinto al previsto en el artículo 31º de la Ley Orgánica de Notariado (cierre de protocolo cuando el mismo está concluido), teniéndose para tal efecto "como concluido" dicho protocolo, sino que igualmente se tienen previstas como causales para realizar lo anterior aquellas contenidas en los artículos 42 y 43.

Consecuentemente se puede afirmar que los casos que el legislador ha autorizado al Notario Público para depositar su tomo de protocolo en el Archivo Nacional o ante el Juez Civil de su jurisdicción, son los siguientes:



- 1.- En casos de ausencia o imposibilidad de ejercer el notariado por más de seis meses si existiere otro Notario en el mismo lugar (salvo permiso especial de la Corte para mantener en depósito el protocolo por más tiempo);
- 2.- En casos de ausencia o imposibilidad de ejercer el notariado por más de tres meses si no existiere Notario en el mismo lugar (y también teniendo la salvedad del permiso especial al que se ha hecho referencia anteriormente);
- 3.- En los casos que, por cualquier motivo, el Notario Público cesa en sus funciones como tal; y
- 4.- Por cualquier otro motivo distinto al contemplado en el numeral 31 de la ley de cita.

Cabe mencionar que no se hace referencia a los numerales 45 y 46 de la Ley Orgánica de Notariado, toda que los mismos señalan el procedimiento a seguir para depósito de protocolos, en los supuestos de muerte o inhabilitación del Notario, lo que obliga a que sea otra persona, distinta al Notario, la encargada de verificar el depósito de ley, situación ésta que no es la que está siendo objeto de estudio o análisis.

Otro fundamento o argumento que sustenta la anterior conclusión, lo encontramos en la propia Ley Orgánica de Notariado, específicamente en el artículo 38º, el cual contiene los deberes de custodia, guarda y conservación que debe cumplir el Notario Público con respecto a su protocolo:

"Artículo 38.-

Los Notarios son los depositarios de sus protocolos y, como tales, responsables de su guarda y conservación. Sólo podrán tener un protocolo en curso y les está prohibido principiar un protocolo sin haber terminado el anterior. Al Notario a quien se le probare que burla esa prohibición, o que descuida su protocolo y lo confía para el otorgamiento de escrituras a persona que no lo es, o a otro Notario sin sujeción a las formalidades legales o que autoriza con su firma escrituras no otorgadas con su presencia, le será cancelada por la Corte la licencia para ejercer la profesión, sin perjuicio de las otras responsabilidades en que incurra".

La doctrina es coincidente en sostener como deberes esenciales del Notario Público, el de custodiar, guardar y conservar con el mayor de los cuidados y celo, su protocolo (Ver en este mismo sentido, entre otros autores, a: José María Sanahuja y Soler, Tratado de Derecho Notarial, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1945, p. 236; Pedro Avila Alvarez, op. cit., pp. 346 a 358; José María Mustápic, op. cit., p. 146 a 158).

Más aún, recientemente la Procuraduría se pronunció sobre los alcances del deber de custodia definitiva que el propio Archivo Nacional ejerce sobre los protocolos puestos bajo su cuidado, mediante el dictamen N° C-108-94 de 24 de junio de 1994, argumentos que en gran medida son igualmente aplicables al deber de custodia que tienen los Notarios Públicos con respecto a su



protocolo en uso: En dicho pronunciamiento se indicó:

"Ahora bien, para efectos del análisis de la consulta objeto de estudio, es importante tener presente los alcances del concepto "custodia" o la acción misma de "custodiar" de que habla el artículo 40° antes citado.

Es así como Guillermo Cabanellas nos indica que la acción "custodiar" se identifica con términos tales como: guardar, cuidar, vigilar con celo. Mientras que "custodia" propiamente dicha proviene del "latín custos, custodis, voz derivada de curtos, forma agente del verbo curare, cuidar, es la guarda con cuidado y vigilancia de alguna cosa".

Más aún, Cabanellas identifica a su vez la custodia con los ya citados términos de cuidado, guarda y vigilancia, agregando posteriormente, al precisar dicho concepto, que "la preservación (entiéndase prevención) del peligro, la evitación de amenazas, la imposibilidad de ser totalmente sorprendido de ataques conscientes y hasta por fortuitos daños caracterizan la custodia de personas y cosas en toda la amplitud material..." (Cabanellas, Guillermo.

Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 21 Edición, Tomo II, 1989, pp. 454-455).

Históricamente se tiene que "el Derecho romano entendía por custodia una clase especial de diligencia que consistía en el cuidado necesario para conservar la cosa ajena y en vigilarla para que no se perdiese, fuese robada, hurtada o usucapida por terceros..." (Villamil, Francisco. Enciclopedia Jurídica OMEBA. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Tomo V, 1956, pp. 380-381).

Deviene entonces claro que la custodia de los protocolos de los Notarios, por parte del Archivo Nacional, es precisamente con la finalidad de que, por la misma naturaleza del tipo de documento de que se trata -libro foliado con numeración consecutiva, en el cual el Notario Público autoriza una serie de instrumentos públicos, escrituras matrices otro tipo de actos o contratos conforme con la ley-, los mismos sean guardados, cuidados y vigilados de la mejor forma posible, procurando para ello utilizar o aplicar todos aquellos mecanismos, técnicas y procedimientos para preservarlos y conservarlos de una manera tal que no sufran deterioro, daño, sustracción o pérdida.

Ello en definitiva significa, como dice el brocardo, "realizar todas aquellas diligencias necesarias para conservar el bien en buenas condiciones debiendo ejercer para ello todos los cuidados de un buen padre de familia" (tomado de la resolución del Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Segunda, N° 227 de las 8:10 horas del 19 de mayo de 1989)".

Lo anterior nos permite llegar a la siguiente conclusión: partiendo de los deberes de custodia, guarda y conservación a los que está obligado el Notario Público con respecto a su propio tomo de protocolo, así como por su condición de funcionario público que como tal debe someter su actuación al ordenamiento jurídico (principio de legalidad), es que se puede afirmar que dicho profesional está autorizado legalmente a depositar su tomo de protocolo al Archivo Nacional o al Juez Civil de su Jurisdicción, si por cualquier otro motivo distinto al contenido en el artículo 33° de la Ley Orgánica de Notariado o a los casos expresamente previstos en los numerales 43 y 43 de la misma ley, decide dicho Notario no seguir cartulando ni obtener nuevo protocolo, todo al amparo de la autorización dada en el numeral 31° de la Ley Orgánica de Notariado.

En lo que respecta a la posibilidad de que el Notario Público que realice lo anterior (sea, entregar su tomo de protocolo por cualquier otro motivo distinto a los previstos en los artículos 33°, 42° y 43° de repetida cita y no sacar un nuevo protocolo), pueda seguir ejerciendo otras funciones propias de

su profesión consideradas como extracartularias, debe tenerse presente que el Notario Público no solo cumple, por disposición legal en tal sentido, funciones netamente cartularias que implican uso de su protocolo, sino que por el contrario, el ordenamiento jurídico le ha autorizado igualmente llevar a cabo otra serie de actividades que no implican, necesariamente, utilizar su tomo de protocolo.

Véase en ese sentido los artículos 80 Bis y 82 Bis que en lo conducente establecen:

"Artículo 80 Bis.-

Autenticación de Firmas. En caso de autenticación de firmas, el Notario no tendrá necesidad de dejar razón en su protocolo; bastará su manifestación, en el documento que tiene esa firma, de que ésta es auténtica, poniendo su firma y sello..."

"Artículo 82 Bis.-

El Notario también podrá extender, bajo su responsabilidad, certificaciones relativas a inscripciones o documentos existentes en registros y oficinas públicas, incluso piezas de expedientes, así como de libros, documentos y atestados particulares o privados, sin que fuere necesario levantar acta en el protocolo, haciendo constar si la certificación es literal, en lo conducente o en relación. Si se tratare de certificación literal podrá usarse el sistema de fotocopia..."

Por lo tanto, sí es posible que un Notario Público que ha depositado su tomo de protocolo, en cumplimiento con lo establecido en el artículo 31º aquí referido, y decide además no obtener un nuevo protocolo, pueda seguir ejerciendo su profesión de Notario Público extendiendo documentos o ejerciendo funciones extra- cartularias o extra-protocolarias, como lo serían las contenidas en los numerales 80 bis y 82 bis, ambos de la Ley Orgánica de Notariado. En lo relativo a documentos extraprotocolarios, téngase presente la definición que sobre los mismos nos da Carlos A.

Pelosi: "documento extraprotocolar (tipificado o no, con o sin designación específica), es el instrumento público autorizado por notario, en original, fuera del protocolo, con las formalidades de ley, en ejercicio de sus funciones y dentro de los límites de su competencia; susceptible de este tipo de facción por su contenido o prescripción legislativa, sin perjuicio de la entrega, guarda, colección o archivo de otros ejemplares voluntariamente o por mandato legal y de las formas de anotación o registración así como de reproducción que pueden reglamentarse. En consecuencia se trata de documentos que tienen fe originaria" (tomado de: Carlos A. Pelosi. El Documento Notarial. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1987, p. 249).

II.- SI LO ANTERIOR ES POSIBLE, CONTINUA O NO EL NOTARIO EN LA OBLIGACION DE PRESENTAR LOS INDICES NOTARIALES REGULADO EN EL

ARTICULO 36 DE LA LEY ORGANICA DE NOTARIADO

El artículo 36º de la Ley Orgánica de Notariado señala, en lo que nos interesa, lo siguiente:

"Artículo 36.-

Durante el plazo improrrogable de cinco días hábiles a partir del primero y dieciséis de cada mes, los Notarios presentarán al Archivo Nacional un índice completo de las escrituras que hubieren autorizado en sus protocolos durante la quincena anterior, el cual contendrá los requisitos que determine el reglamento respectivo...

De la lectura del primer párrafo del numeral 36° aquí transcrito parcialmente, se evidencia que la obligación legal de los Notarios Públicos de presentar en las fechas ahí determinadas, los respectivos índices notariales, es bajo el supuesto de que dichos profesionales tienen bajo su custodia su respectivo tomo de protocolo y consecuentemente está posibilitado para otorgar en el mismo escrituras públicas.

Sin embargo, resulta evidente que en el tanto se haya depositado el referido tomo de protocolo, bajo las condiciones y supuestos que hemos expuesto y descrito líneas atrás y que son objeto de esta consulta, y no se haya sacado además un nuevo protocolo, no es dable aplicar la obligación contenida en el referido artículo 36°, por existir precisamente una imposibilidad material de cartular por parte del Notario Público, al no tener él un tomo de protocolo en uso.

III. Y POR ULTIMO, CUAL ES EL PROCEDIMIENTO QUE DEBE SEGUIR EL NOTARIO PARA COMUNICAR ESA SITUACION

El artículo 31° de la Ley Orgánica de Notariado nos advierte que para verificar el cierre del tomo de protocolo, en los casos ahí autorizados, el Notario Público debe consignar en la respectiva razón de cierre el "motivo que dio lugar a la entrega del protocolo".

Es precisamente en la citada razón de cierre donde el Notario Público comunica oficialmente su decisión de depositar su protocolo y de no sacar uno nuevo, por el o los motivos que ahí consignará.

De todo lo anterior deberá tomar nota el Archivo Nacional, a través de su Departamento de Archivo Notarial, o bien el Juez Civil, según corresponda, para que de esta forma dichas oficinas comuniquen lo pertinente a los órganos que correspondan, informando que determinado Notario ha dejado de cartular por haber depositado su tomo de protocolo y que además ha indicado su decisión de no sacar uno nuevo, por lo que está dispensado de presentar los respectivos índices notariales por tal circunstancia.

CONCLUSIONES

1.- Que el Notario Público, por su propia condición de funcionario público, debe cumplir en su actuar profesional dentro del ámbito y límites que el propio ordenamiento jurídico le impone (principio de legalidad), siendo en consecuencia la Ley Orgánica de Notariado N° 39 de 5 de enero de 1943 y sus reformas la normativa primaria que le circunscribe el marco de acción fundamental en su actuación como profesional, la que a su vez debe ser vista en conjunto y en forma armónica con el resto de la legislación aplicable.

2.- Que partiendo de los deberes de custodia, guarda y conservación a los que está obligado el Notario Público con respecto a su propio tomo de protocolo (artículo 38° de la Ley Orgánica de Notariado), así como por su condición de funcionario público, es que se puede afirmar que dicho profesional está autorizado legalmente a depositar su tomo de protocolo al Archivo Nacional o al Juez Civil de su Jurisdicción, si por cualquier otro motivo distinto al contenido en el artículo 33° de la Ley Orgánica de Notariado o a los casos expresamente previstos en los numerales 43 y 43 de la misma ley, decide dicho Notario no seguir cartulando ni obtener nuevo protocolo, todo al amparo de la autorización dada en el numeral 31° de la Ley Orgánica de Notariado.



3.- Que sí es posible que el Notario Público que realice lo anterior (sea, entregar su tomo de protocolo por cualquier otro motivo distinto a los previstos en los artículos 33°, 42° y 43° de repetida cita y no sacar un nuevo protocolo), pueda seguir ejerciendo otras funciones propias de su profesión consideradas como extracartularias, por cuanto el mismo no solo cumple, por disposición legal en tal sentido, funciones netamente cartularias que implican uso de su protocolo, sino que el propio ordenamiento jurídico le ha autorizado igualmente llevar a cabo otra serie de actividades que no implican, necesariamente, utilizar su tomo de protocolo, tal y como sería el caso de los artículos 80° Bis y 82° Bis de la referida Ley Orgánica de Notariado.

4.- Que de conformidad con lo dispuesto en el primer párrafo del numeral 36° de la ley de cita, se establece que la obligación legal de los Notarios Públicos de presentar en las fechas ahí determinadas, los respectivos índices notariales, es bajo el supuesto de que dichos profesionales tengan bajo su custodia y guarda su respectivo tomo de protocolo y consecuentemente estar posibilitado para otorgar en el mismo escrituras públicas.

5.- En consecuencia, en el tanto se deposite el tomo de protocolo bajo los supuestos que han sido objeto de análisis en esta consulta y no se haya sacado además un nuevo protocolo, no es dable aplicar la obligación contenida en el referido artículo 36°, por existir precisamente una imposibilidad material de cartular por parte del Notario Público, al no tener él un tomo de protocolo en uso.

6.- Que según lo dispone el artículo 31° de la Ley Orgánica de Notariado, para verificar el cierre del tomo de protocolo, en los casos ahí autorizados, el Notario Público debe consignar en la respectiva razón de cierre el "motivo que dio lugar a la entrega del protocolo", por lo que es en dicha razón de cierre donde el Notario Público debe comunicar su decisión de depositar su protocolo y de no sacar uno nuevo, por el o los motivos que ahí consignará.

7.- De lo que se consigne en la referida razón de cierre deberá tomar nota el Archivo Nacional, a través de su Departamento de Archivo Notarial, o bien el Juez Civil, según corresponda, para que de esta forma dichas oficinas comuniquen lo pertinente a los órganos que correspondan, informando que determinado Notario Público ha dejado de cartular por haber depositado su tomo de protocolo y que además ha indicado su decisión de no sacar uno nuevo, por lo que está dispensado de presentar los respectivos índices notariales por tal circunstancia.

Sin otro particular, Geovanni Bonilla Goldoni PROCURADOR ADJUNTO

GBG/gbg cc: Señores Magistrados Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia.-

Señores Miembros del Consejo Superior del Poder Judicial.-

Señores Miembros Junta Directiva del Colegio de Abogados.-

Archivo.-

Archivado: CONS\123-NOTA.ARC



ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

- 1 ASAMBLEA LEGISLATIVA. Ley número 7764 del 17/04/1998. CÓDIGO NOTARIAL. Fecha de vigencia desde 22/11/1998. Versión de la norma 7 de 7 del 23/04/2008. Datos de la Publicación: N° Gaceta 98 del 22/05/1998 Alcance 17. Artículos Citados 43, 49-60.
- 2 TRIBUNAL DE NOTARIADO. Sentencia número 232 de las nueve horas cuarenta minutos del dieciséis de octubre de dos mil ocho. Expediente: 02-000001-0627-NO.
- 3 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictamen número 108 del ventiséis junio de mil novecientos noventa y cuatro.
- 4 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictamen número 123 del ventisiete de julio de mil novecientos noventa y cuatro.