

Informe de Investigación

Título: La Firma en las Escrituras Notariales

Rama del Derecho: Derecho Notarial.	Descriptor: Instrumento Público Notarial.
Tipo de investigación: Compuesta.	Palabras clave: Sanción al Notario, unidad del acto, omisión de firma, firma en fecha distinta, Falta Grave.
Fuentes: Jurisprudencia.	Fecha de elaboración: 08 – 2010.

Índice de contenido de la Investigación

1 Resumen.....	2
2 Jurisprudencia.....	2
a) Sanción disciplinaria al notario: Quebranto al principio de la unidad del acto.....	2
b) Sanción disciplinaria al notario: Omisión de firmar escritura al momento de su otorgamiento constituye falta grave.....	3
c) Sanción disciplinaria al notario: Escritura de compraventa que es firmado por una de las partes días después de su otorgamiento.....	4
d) Sanción disciplinaria al notario: Omisión de acreditar comparecencia de madre en ejercicio de la patria potestad a conceder su asentimiento al matrimonio de la menor contrayente constituye falta grave.....	7
e) Sanción disciplinaria al notario: Firma de escrituras en fecha distinta a la establecida en ella misma constituye falta grave.....	9
f) Testamento: Nulidad por determinarse falsedad de firma del causante.....	10
g) Nulidad absoluta en materia notarial: Alcances y efectos de la escritura pública sin firmar.....	14
h) Sanción disciplinaria al notario: Quebranto al principio de intermediación, unidad y fe pública registral al otorgar e inscribir una escritura sin estar firmada por todas las partes.....	17
3 Dictamen PGR.....	20

1 Resumen

El presente informe de investigación contiene información sobre el tema de la Firma en las Escrituras Notariales, se adjunta variada jurisprudencia sobre las sanciones que reciben los notarios por la falta de firma en las escrituras, tocando temas como el principio de unidad del acto, la omisión de la firma en el momento de su otorgamiento, la firma en fecha posterior de la escritura, la falsedad de la firma, los efectos de la escritura pública sin firmar, entre otros.

2 Jurisprudencia

a) Sanción disciplinaria al notario: Quebranto al principio de la unidad del acto

[Tribunal de Notariado]¹

Voto de mayoría:

"II-[...] El notario debe velar porque se cumpla el principio de la unidad del acto, lo que quiere decir que las partes, los testigos y el notario deben firmar en el mismo momento en que comparecen las partes a celebrar el acto o contrato rogado, lo cual debe coincidir con la hora y fecha que se indica en la escritura. En este asunto, se detectó por parte de los funcionarios de la Dirección que llevaron a cabo la fiscalización en la oficina de la notaria denunciada, que existían algunas escrituras no firmadas por las partes, y otras no autorizadas por la notaria. Esto quiere decir que se rompió la unidad del acto, y se causó un daño a la fe pública, ya que no fueron firmadas en la fecha que se indica en la escritura, lo cual no se subsana por el hecho de que tales escrituras fueran firmadas con posterioridad. La apelante manifiesta en su apelación que en la sentencia no se tomó en cuenta que cuando se le notifica la denuncia, ya había subsanado la falta al deber, que ninguno de los actos señalados le produjo perjuicio a terceros o beneficio propio, y que nunca ha sido sancionada. Al respecto debe decirse que el hecho de haberse firmado las escrituras con posterioridad a la fiscalización, no eliminan de pleno derecho la responsabilidad disciplinaria, como bien lo dijo el señor juez de instancia, pues la falta se configuró desde el momento en que se confeccionaron las escrituras con una hora y fecha determinada, dando fe de la comparecencia de las partes en ese momento, y no siendo firmadas en esa hora y fecha. Luego, el hecho de si causó o no perjuicio a terceros o beneficio propio, no es óbice para dejar de sancionar a la notaria, pues el artículo 139 del Código Notarial no sólo contempla como falta grave la conducta del notario cuando perjudica a terceros, sino también cuando se incumple un deber establecido por ley, y eso fue lo que se dio en el proceso: la notaria incumplió el deber establecido en los artículos 92 y 93 del Código Notarial que disponen que la autorización contendrá: el lugar, la hora, el día, mes y año en que se autoriza la escritura, y las firmas de quienes intervienen en ella, y que primero firman los comparecientes, luego los testigos, y por último el notario autorizante. Tampoco influye en la resolución del asunto, el hecho de si la notaria ha sido sancionada con anterioridad, pues el Código no contempla esa circunstancia como eximente o atenuante de responsabilidad. Así las cosas, lo que se impone."

b) Sanción disciplinaria al notario: Omisión de firmar escritura al momento de su otorgamiento constituye falta grave

[Tribunal de Notariado]²

Voto de mayoría:

“**V** . El Juzgador de primera instancia en sentencia fundamenta las razones para tener por demostrada la actuación indebida en que incurrió el notario apelante, al haber autorizado los instrumentos públicos 33, 35 y 36, en fecha posterior al otorgamiento, que le hizo acreedor de la sanción impuesta, dentro de las que cita el Voto N° 223-2005, de las nueve horas treinta y cinco minutos del veinticuatro de noviembre del dos mil cinco. Todo lo cual avala este Tribunal, pues la fe pública conferida al notario para que quede inserta en el documento confeccionado, requiere de la firma del notario autorizante, (párrafo segundo del artículo 31 del Código Notarial: *En virtud de la fe pública, se presumen ciertas las manifestaciones del notario que consten en los instrumentos y demás documentos AUTORIZADOS POR ÉL* .). Sin la firma del notario, el documento confeccionado no se puede tener como documento público, pues con la firma, el notario no sólo prueba su autoría, sino que con ella le confiere el carácter de documento notarial y la naturaleza de documento público. Téngase en cuenta que, conforme lo establece el artículo 81 del Código Notarial, “ *La ESCRITURA PÚBLICA constará de tres partes: introducción, contenido y CONCLUSIÓN*”, dentro de la conclusión se “*incluirlá las reservas y advertencias notariales, las constancias, el otorgamiento y LA AUTORIZACIÓN*”. No es de recibo y por ende ha de rechazarse, el alegato del recurrente en el sentido de que el artículo 92 del Código Notarial “*es completamente omiso respecto a que la firma del notario deba realizarse en el mismo momento que los otorgantes*”, pues en el artículo 92 citado se indica: “ *LA AUTORIZACIÓN contendrá: ... c) LA CONSTANCIA QUE FIRMAN EL NOTARIO PÚBLICO, los testigos instrumentales, los de conocimiento y los intérpretes en su caso, así como los comparecientes o el motivo por el cual estos no firman* ” ; además en el artículo 93 del mismo Código, se establece que: “ *... Primero FIRMARÁN los comparecientes y los testigos, en su caso; AL FINAL, EL NOTARIO AUTORIZANTE. El incumplimiento se sancionará de acuerdo con este código*”, por ello, no es cierto que no exista norma que obligue al notario autorizar con su firma en el mismo acto del otorgamiento, pues es todo lo contrario, es con su firma que autoriza el documento notarial y que le confiere la naturaleza del instrumento público (artículos 369, 370 y 371 del Código Procesal Civil), por lo que en el presente caso no se está recurriendo a interpretación alguna, pues en estos artículos ante citados se contempla el principio de unidad del acto que el notario alega no está normado. El propio recurrente, cita al profesor José Luis Aramburu Restrepo en su Manual de Derecho Notarial, funciones y responsabilidades, indicando que: “ *LA FIRMA DEL NOTARIO EXPRESA SU AUTORIZACIÓN DEL DOCUMENTO. Consiste en la fe que imprime el notario a este (el instrumento) en vista de que se han llenado los requisitos pertinentes, y de que las declaraciones han sido realmente emitidas por los particulares*”, de lo que se infiere que, dentro del documento debe encontrarse la autorización del notario, ya que sin ella, no existe documento notarial alguno, pues no se ha impreso la fedación pública, la cual se realiza con la firma del notario. El argumento de que en doctrina, se analiza la posibilidad de que los comparecientes firmen el instrumento público en tiempos distintos, y que algunos países cuenten con legislación que así lo permite, no afecta la inmediatez ni la unidad del acto exigida por nuestro ordenamiento jurídico, y no es aplicable en Costa Rica (salvedad de las actas notariales por el inciso f) del artículo 102 del Código Notarial que pueden insertarse dentro de las 24 horas, sin embargo, una vez insertas las mismas deben ser firmadas en el acto), porque para nuestro Código la omisión de firma del notario que debe autorizar el documento notarial

protocolar es de tal gravedad, que su falta se sanciona con una nulidad absoluta del instrumento público, según lo establece el inciso a) del artículo 126 del citado Código. El recurrente, alega que, la jurisprudencia de este Cuerpo Colegiado citada (Voto 223-05), no es aplicable al presente caso, pues en éste ya “todas las partes habían estampado su rúbrica”, mientras que, en la resolución citada, **“fueron firmadas por las partes y autorizadas por él (el notario), en hora y fecha distinta a las consignadas”**, lo que tampoco es de recibo, pues la sanción de nulidad absoluta contenida en el inciso a) del artículo 126 del Código Notarial, no hace distinción alguno en cuanto a la falta de firma de una parte o del notario. El apelante discrepa del calificativo de grave de la falta cometida y solicita que se le imponga en lugar de la suspensión un apercibimiento como sanción, lo cual no es posible, dado que expresamente el artículo 139 del Código Notarial, establece que: **“Existirá falta grave y, por consiguiente, procederá la suspensión en todos los casos en que la conducta del notario perjudique a las partes, terceros o la fe pública, así como cuando se incumplan requisitos, condiciones o deberes propios del ejercicio del notariado, contemplados en las leyes o resultantes de las disposiciones emanadas de las autoridades públicas, en el ejercicio de competencias legales.”**

(negrita y subrayado suplidos), es decir, con su conducta el notario incumplió un deber funcional establecido por ley para el correcto ejercicio del notariado, en los tres casos denunciados, las escrituras debieron ser firmadas por las partes y el notario a la hora y fecha en que se autorizaron, según lo disponen los artículos 92 y 93 del Código Notarial. Tampoco es de recibo el alegato del denunciado de aplicar en su caso el indubio pro notario, pues los juzgados notariales somos tribunales de derecho no de conciencia y habiendo incurrido el notario denunciado en falta grave, como se dijo, con su actuación se ha hecho acreedor de la sanción impuesta. El rechazo de la prueba testimonial, no sólo es un asunto precluido, por haberla rechazado en su oportunidad el juzgado de primera instancia, resolución que fuera confirmada por este Tribunal en voto 256-2004 a las diez horas del siete de octubre del dos mil cuatro, pues con la misma no era posible desvirtuar la omisión de firma autorizante en los instrumentos públicos 33, 35 y 36 denunciados, que el propio notario reconoció haber incurrido, por lo que tampoco existe la argüida nulidad. Cabe indicar, que en el presente proceso se le imputa al notario la comisión de tres faltas independientes (una por cada instrumento público no autorizado), por las cuales debió habersele impuesto una sanción por cada una de ellas, el juzgador a quo impuso sólo una sanción, sin embargo, este Tribunal no puede reformar en perjuicio. Así las cosas, lo que se impone es confirmar en lo apelado, la sentencia recurrida.”

c) Sanción disciplinaria al notario: Escritura de compraventa que es firmado por una de las partes días después de su otorgamiento

[Tribunal de Notariado]³

Voto de mayoría:

“III.- Este Tribunal avala lo resuelto por la autoridad de instancia en relación al presente asunto. Entre los agravios que expresa el apelante está que la suspensión le implica una serie de perjuicios



en su condición de notario, que incluye un daño moral, ya que el simple hecho de ser suspendido implica ante la sociedad una presunción de haber cometido una falta, independiente de cuál haya sido. Ese agravio no resulta de recibo, pues la legislación notarial y normas conexas establecen una serie de deberes y lineamientos que, con carácter imperativo debe observar el notario en el ejercicio de su función quien, por su condición de fedatario público está obligado a ejercer su actividad en una forma correcta. Más bien, la colectividad misma exige de este tipo de profesionales un adecuado ejercicio de su profesión para que no se menoscabe la seguridad jurídica que ampara los actos en que interviene, por lo que actuaciones como la que aquí se analiza, contravienen esos postulados. Otro agravio atañe a que la sentencia apelada es confusa, en el sentido de que se funda en el artículo 144 inciso e) del Código Procesal Civil y 150 del Código de Familia. Ciertamente el juzgador de instancia aludió en su sentencia a dichos cuerpos normativos, siendo que lo correcto es que esos mismos numerales corresponden al Código Notarial, por lo que se corrigen esos yerros. En el caso del numeral 150, fue invocado para rechazar la falta de legitimación opuesta por el denunciado, ya que ese artículo es el que se refiere a la legitimación que tienen oficinas públicas, como la denunciante, para efectuar este tipo de denuncias, a lo que ya se hizo mención, y en el caso del 144 inciso e) por ser la norma que establece el margen de sanción a imponer cuando se incumplan deberes, como el que transgredió el notario Cerdas, esto es, por no haber firmado los comparecientes la escritura en un mismo momento, como lo prescriben los numerales 91 y 92 del Código Notarial, citados acertadamente por la autoridad de instancia, errores que en todo caso no desvirtúan la falta indicada, motivo por el que se rechaza ese agravio. También expresa el apelante que el juzgador está equivocado al decir que él autorizó un instrumento público sin la firma de uno de los otorgantes, lo que es falso. Que lo cierto es que él procedió a autorizar el instrumento del primer testimonio posterior a la fecha en que se presentó junto con el adquirente al Archivo Notarial, el día tres de octubre del dos mil uno, pero el primer testimonio lo autorizó para su debida tramitación hasta el día siguiente. Sin embargo, no lleva razón el notario en cuanto ese aspecto, ya que la prueba que consta en autos es contundente en el sentido de que la escritura trescientos dos no fue firmada en el acto de otorgamiento por el adquirente, contrariando lo dispuesto en los artículos 91 y 92 del Código Notarial, antes citados, que establecen que tanto la firma de las partes como la del notario tiene que estamparse en el mismo acto en que se otorga el instrumento público. Al no hacerlo así, por los motivos que fuere, se vulneran los principios de unidad del acto e intermediación, orientados en el mismo sentido, que invoca en forma correcta el juzgador y apoyado en la cita de doctrina, que también hace suya este Organismo Colegiado. Aunque los agravios del denunciado son insistentes en que las partes comparecieron, se les leyó la escritura y manifestaron su conformidad con la misma, es claro que el mejor testimonio de que así hubiera sucedido lo evidenciaría la firma estampada en ese mismo acto por los comparecientes, pero eso no fue así, según se desprende del propio dicho del notario al consignar esa nota en el Archivo Notarial, de tal manera que tiene razón la autoridad de instancia al decir que el notario autorizó un instrumento público sin la firma de uno de los otorgantes, ya que autorizó la escritura número trescientos dos, que constituye un instrumento público con efectos probatorios plenos, conforme lo disponen los artículos 369 párrafo in fine y 370 del Código Procesal Civil, relacionando la comparecencia de dos otorgantes en dicho instrumento, cuando en realidad firman únicamente el notario y el vendedor, aunado al hecho, reconocido ampliamente por el notario en los autos, de que en fecha posterior, tuvo que desplazarse con el comprador al Archivo Notarial para que éste firmara la escritura, careciendo de importancia cuándo expidió el testimonio de la escritura, ya que esto corresponde a un presupuesto distinto al que aquí se analiza. Menciona el agraviado que omitió señalar que los otorgantes comparecieron ante él a las ocho horas del 28 de setiembre del referido año, y supuestamente formalizaron la negociación. Que les leyó la escritura y estuvieron de acuerdo, el comprador pagó el precio y se retiraron de su oficina, pero por un descuido suyo solo se recogió la firma del vendedor, cuando todos suponían que se habían recogido todas las firmas y que luego, se enteró de que el comprador no había firmado y por error



el protocolo se entregó al Archivo. Como ya se dijo antes, es un hecho admitido por el mismo denunciado que el comprador no firmó en el mismo acto en que se otorgó la escritura y es lo que en definitiva debe tomarse en cuenta para sancionarlo y su confesión de que por un descuido el comprador no firmó ese instrumento, lo que hace es confirmar que incurrió en un descuido inexcusable, de manera que este agravio también ha de rechazarse. Por otro lado, aunque al notario le fue permitido por esa dependencia que la escritura la firmara el comprador, es claro que ese hecho más bien confirma que en momentos distintos firmaron los contratantes, propiciando que ese instrumento sea absolutamente nulo, conforme a lo dispuesto en el artículo 126 inciso a) del Código Notarial y, pese a que el comprador consignó la firma, la falta nació con la omisión en que incurrió el notario de no recoger la firma del comprador en el mismo momento en que se autorizó la escritura matriz. El reparo que hace el notario de que tampoco incumplió con el principio de unidad del acto, ya que todos estuvieron presentes en su oficina a una misma hora y se les leyó la escritura a los comparecientes, quienes manifestaron su conformidad, no resulta de recibo por los mismos motivos citados en último término, pues sin lugar a dudas vulneró ese principio así como el de intermediación, al firmar las partes en momentos distintos. IV.- También el denunciado manifiesta agravio en cuanto a que el hecho de recoger la firma del comprador en el Archivo Notarial, no constituye causal de suspensión de las establecidas en los artículos 143, 144 y 145 del Código Notarial y nunca autorizó la compraventa referida, sino hasta que se recogieran las firmas de las partes, por tanto jamás autorizó un acto ilegal o ineficaz. De igual manera se equivoca el denunciado en cuanto a este otro agravio, toda vez que el artículo 144 inciso e) de dicho cuerpo legal sanciona al notario que incumpla alguna disposición, legal o reglamentaria, que le imponga deberes u obligaciones sobre la forma en que debe ejercer la función notarial, no teniendo ninguna relación las otras dos normas señaladas y precisamente uno de los deberes que le impone dicha función al denunciado es que, de conformidad con los numerales 91 y 92 de dicho cuerpo legal, las partes de una escritura firmen a la misma hora y fecha en que se otorga ésta, aspecto inobservado y reconocido por el apelante con relación a la escritura número trescientos dos en el caso del comprador, lo que realizó el notario mediante razón el día tres de octubre del dos mil uno, omisión ésta que, torna nulo dicho instrumento, ya que la escritura no fue suscrita en el mismo acto por el comprador, como abundantemente se ha explicado, por lo que no le asiste razón al denunciado sobre ese punto. No lleva razón el notario en cuanto a que su conducta no constituye falta grave de las enumeradas en el artículo 139 del Código Notarial. Más bien este numeral establece que faltas como las que aquí se analiza son graves porque, en el caso de marras, incumplió un deber propio del ejercicio de sus funciones, contemplado específicamente en los numerales antes indicados, lo cual debe sancionarse con suspensión según lo establece dicho artículo, de manera que no es posible sancionarlo en una forma diferente ya que se le impone el mínimo del margen previsto en el artículo 144 inciso e) del Código Notarial, no pudiendo sancionarse con una simple reprobación o apercibimiento porque eso es para faltas leves. Asimismo, es errada la posición del notario en el sentido de que el citado cuerpo legal permite la corrección de errores en el protocolo, como lo es el artículo 96. Eso no es cierto, ya que el citado artículo relaciona un presupuesto distinto al que aquí se analiza, cual es la facultad que se le otorga a los notarios para corregir los errores u omisiones en las escrituras asentadas en su protocolo, después de firmadas por las partes, mediante su subsanación en la matriz por medio de razón al o al pie, con la firma de las partes, lo que sin duda, no es el caso que corresponde al presente asunto. Finalmente, este Tribunal lamenta lo expresado por el notario en el sentido de que la sanción impuesta le priva del medio con el cual mantiene su familia, pero debe decirse al respecto que, como ha dicho con anterioridad éste Órgano Colegiado, la calificación de la falta y su sanción deviene de la ley y por ende, no puede ser variada por el juzgador, además, en lo que al presente caso se refiere, corresponde a la tercera parte de la sanción máxima prevista para este tipo de faltas. Así las cosas, lo que se impone es confirmar la sentencia recurrida."

d) Sanción disciplinaria al notario: Omisión de acreditar comparecencia de madre en ejercicio de la patria potestad a conceder su asentimiento al matrimonio de la menor contrayente constituye falta grave

[Tribunal de Notariado]⁴

Voto de mayoría

"II.- En su sentencia la autoridad de primera instancia declaró con lugar el proceso disciplinario notarial incoado contra el notario y le impuso la corrección disciplinaria de tres meses de suspensión, debido a que al autorizar el matrimonio que relaciona la escritura número ochenta y ocho, omitió la comparecencia de la madre en ejercicio de la patria potestad de la menor contrayente, para expresar su asentimiento.-

El notario no expresó agravios, pero en su escrito de apelación expresa que si bien el numeral 139 del Código Notarial faculta al órgano disciplinario para sancionar, es lo cierto que no se le pueden imponer sanciones que coarten el ejercicio de su profesión sin un fundamento legal idóneo.- Que su actuación no encuadra dentro de los presupuestos que establece el citado numeral, además que la madre de la menor contrayente estuvo presente en el mismo acto del matrimonio y dio su asentimiento expreso para que su hija contrajera nupcias, hecho que le mereció fe a él como notario, prescindiendo de los documentos que demostraran el asentimiento, y en los autos consta declaración jurada ratificando su dicho.- Que el numeral 31 del Código de Familia no hace referencia a la manifestación expresa del referido asentimiento, lo que si es obligado en el certificado de declaración de matrimonio, casilla # 17, y se le sanciona por una normativa que no establece en forma clara su deber como notario de consignar dicho asentimiento, y que el artículo 139 del Código Notarial es una norma en blanco, que faculta al juzgador a calificar de grave la situación en forma antojadiza.- Que su actuar fue de buena fe, su familia depende de sus ingresos y pide como prueba para mejor resolver, que se reciba el testimonio de los contrayentes y de la madre de la menor a fin de que aclaren si ésta última estuvo presente en el matrimonio y si otorgó su asentimiento.

III.- La sentencia apelada se encuentra a derecho y por eso ha de confirmarse.- El notario denunciado autorizó la escritura número ciento ochenta y ocho, el día dieciséis de marzo del dos mil dos, relativo al enlace matrimonial de Melvin Chinchilla y C.O., ésta última menor de edad a esa fecha, pues nació el doce de febrero de mil novecientos ochenta y cuatro.- Los artículos 81 y siguientes del Código Notarial establecen que la escritura pública constará de tres partes: introducción, contenido y conclusión.-

La introducción estará compuesta por el encabezamiento, la comparecencia y las representaciones.- En la comparecencia se expresarán el nombre y los apellidos de los comparecientes, la clase de documento de identificación que porten con el número si lo tuviere, el estado civil, el número de nupcias, la profesión u ocupación, el domicilio y la dirección exactos, así como la nacionalidad si son extranjeros.- Finalmente, el artículo 92 inciso c) del citado cuerpo legal, indica que la autorización del instrumento debe contener la constancia de que firman el notario, así como los comparecientes o el motivo por el cual estos no firman.- En este asunto, conforme a lo



antes expuesto, del examen del testimonio del instrumento que contiene el matrimonio civil, que es copia fiel y exacta de la matriz, no se desprende en parte alguna la comparecencia de la señora María Isabel Ortega Rojas, madre en ejercicio de la patria potestad de la menor contrayente C.I., por lo que es evidente que el denunciado infringió la prohibición contenida en el numeral 16 del Código de Familia, que en forma imperativa obliga al notario a no realizar el matrimonio de un menor de 18 años si no cuenta con el asentimiento previo y expreso de quien ejerza sobre él la patria potestad o tutela, como en este caso sucede con la contrayente menor de edad.- No es suficiente con que el notario diga que dicha señora estuvo presente en la ceremonia y que otorgó el asentimiento, así como de que aporte declaración jurada de ésta en igual sentido, porque lo que se requiere es que tal declaración de voluntad la recoja el notario y quede plasmada en el mismo instrumento en que asienta el matrimonio y quede documentada con la comparecencia y firma de la progenitora de la menor contrayente, toda vez que se trata de un instrumento público, con valor probatorio pleno, conforme lo establecen el párrafo final del artículo 369 y 370 del Código Procesal Civil.- El hecho de que dicha señora estuviera presente en el momento en que se celebró el enlace matrimonial y que por medio de declaración jurada diga que dio su asentimiento para el matrimonio de su hija menor de edad, no tiene la fuerza de eliminar la comisión de la falta en que incurrió el notario, que contrario a lo que él afirma, constituye una falta grave, conforme a lo dispuesto en el artículo 139 del Código de Familia, ya que incumplió un deber funcional establecido por una ley especial, como es la del Código de Familia, en sus artículos 16 y 21, que requiere el asentimiento de quien ejerce la patria potestad de un menor para que éste contraiga nupcias, debiendo el notario abstenerse de prestar el servicio, de no contar con éste.- De ahí que no lleve razón el notario al decir que la normativa no está clara, al no requerir el asentimiento en forma expresa, ya que tratándose de un matrimonio civil, que la legislación de familia autoriza al notario para llevarlo a cabo, éste debe autorizarlo por medio de un acta de matrimonio contenida en un instrumento público, donde comparecen los contrayentes y testigos en su caso, a expresar su consentimiento los primeros, y en el caso de menor, quien ejerza la patria potestad, lo que queda manifiesto mediante la lectura, aprobación y firma de ese instrumento, el cual hace plena prueba de la convención para la cual ha sido otorgado, de acuerdo a lo establecido en el artículo 371 del Código Procesal Civil en relación a los artículos 2 y 31 del Código Notarial, sin que pueda suplirse la omisión en que incurrió el notario por una declaración jurada posterior de parte de quien no hizo la manifestación en el acto en que se celebró el matrimonio.- Finalmente, debe indicarse que este Tribunal lamenta la situación personal del denunciado al tener que hacer frente a una sanción como la que se le impone, pero ésta es congruente con la gravedad de la falta cometida, prevista en el numeral 139 antes citado, la cual califica de esa forma el incumplimiento de requisitos, condiciones o deberes propios del ejercicio del notariado, contemplados en las leyes, que para este caso, como se ha explicado profusamente, prescribe la legislación de familia, cuando uno de los contrayentes es menor de edad.- En cuanto a la prueba testimonial ofrecida en esta instancia debe decirse que ésta resulta inconducente a los efectos de la valoración de la falta denunciada por el Registro Civil, ya que es suficiente la documental.- Así las cosas, ha de confirmarse la sentencia recurrida, por haber autorizado el notario un matrimonio civil sin la comparecencia de la madre en ejercicio de la patria potestad de la menor contrayente para manifestar su asentimiento, lo que constituye falta grave por haber inobservado el notario un requisito que le establece una ley especial."

e) Sanción disciplinaria al notario: Firma de escrituras en fecha distinta a la establecida en ella misma constituye falta grave

[Tribunal de Notariado]⁵

Voto de mayoría:

"IV.- Las faltas denunciadas por la señora Directora de Notariado, a saber, que cuando se apersonaron los fiscales de la dependencia a su cargo, las referidas escrituras se encontraban sin firmar, no constituyen por sí solas motivo de sanción, ya que como lo denuncia, esos documentos que estaban identificados como "*escrituras*" no eran tales, pese a estar asentadas en el protocolo, al no encontrarse firmados por las partes y el notario mismo, es decir, no eran instrumentos públicos.- Ahora bien, a contrapelo de lo anterior, en su escrito de contestación presentado el 16 de setiembre del 2003 visible a folios 20 y siguiente, como sustenta el señor juez de primera instancia en su fallo, el notario expresa que los referidos documentos se encuentran debidamente firmados por las partes y por su persona.- Tales procedimientos si constituyen faltas a la fe pública, y no son un correcto ejercicio del notariado por parte del profesional denunciado, tal y como lo expresa dicha autoridad, motivo por lo que los reparos que hace el denunciado en su escrito de apelación no resultan de recibo, ya que de conformidad con lo establecido en lo conducente por los artículos 369, 370 y 371 del Código Procesal Civil, es instrumento público la escritura pública autorizada por un notario público, la que tiene efectos sustantivos y probatorios plenos, ya que mientras no sea argüida de falsa, hace plena prueba de la existencia material de los hechos ahí afirmados por el profesional autorizante, en el ejercicio de sus funciones, o haber pasado en su presencia.- De la misma forma, el documento otorgado por las partes ante un notario hace fe, no sólo de la existencia de la convención o disposición para la prueba para la cual ha sido otorgado, sino aún de los hechos o actos jurídicos anteriores que se relatan en él.- A su vez, el artículo 31 del Código Notarial establece que el notario tiene fe pública cuando deja constancia de un hecho, suceso, situación, acto o contrato jurídico, cuya finalidad sea asegurar o hacer constar derechos y obligaciones, dentro de los límites que la ley le señala para sus atribuciones y con observación de los requisitos de ley, presumiéndose ciertas las manifestaciones del notario que consten en los instrumentos públicos.- En este caso, no es admisible que las partes y el notario firmen en fecha distinta a la consignada en la escritura matriz, ya que esta práctica es indebida y violatoria a los deberes funcionales que le impone a dicho fedatario público, el correcto ejercicio del notariado.-

Por eso, los argumentos que hace el notario en su escrito de apelación a efecto de que no se le sancione no son de recibo, pues de la prueba recabada en autos se constata que sí transgredió lo dispuesto en los artículos 2, 31, 33, 91, 92 y 93 del Código Notarial, toda vez que las escrituras números 192, 193, 194 y 195 fueron firmadas por las partes y autorizadas por él, en hora y fecha distinta a las consignadas en su protocolo, hecho éste que fue reconocido por el propio denunciado en su escrito de contestación, al aportar copia de esos instrumentos debidamente firmados, haciendo ver este hecho con la mayor naturalidad, cuando es inexacto que esas escrituras hayan sido firmadas en la hora y fecha que relacionan esos documentos, tanto por él como por las partes, lo cual infringe no sólo las normas antes transcritas, sino que también es una violación de la fe pública de la cual es depositario.- También debe señalarse que esas acciones representan una falta al deber de cuidado de parte del profesional denunciado, el cual le es exigible a él con más rigor que al común de las personas, ya que sus actuaciones están sujetas al principio de legalidad, todo lo cual deviene en un incorrecto ejercicio del notariado.- No lleva razón el denunciado en su

argumento de que no cometió falta alguna y que no se le puede sancionar por no estar tipificada la falta y que de estarlo, contraviene todo criterio de proporcionalidad, ya que independiente de que haya causado o no perjuicio a las partes o terceros, sí es evidente que sus actuaciones constituyen faltas a la fe pública y, como se indicó, reflejan un incorrecto ejercicio del notariado, y eso sí está tipificado como una falta grave, conforme a lo dispuesto en el artículo 139 del Código Notarial, sancionable conforme lo dispone el artículo 144 inciso e) del mismo cuerpo legal, con uno a seis meses de suspensión, siendo que en este caso la autoridad de instancia le fijó un mes de suspensión por todas las faltas cometidas, criterio del cual disiente este Cuerpo Colegiado, ya que sí debió haber sido sancionado dentro de ese marco de sanción, pero por cada una de las faltas, ya que éstas fueron cometidas en forma independiente, pero eso no se puede variar ahora en esta instancia por cuanto resultaría violatorio del principio de reforma en perjuicio.- Asimismo, debe indicarse que no interesa en este caso que las escrituras referidas no sean actos de disposición de bienes y que el notario haya actuado de buena fe, lo cual no se pone en duda, sino que lo que aquí interesa y se valora, es el desapego del notario a la normativa sobre la materia que le impone un correcto ejercicio del notariado, en lo cual hay un marcado interés público de que los depositarios de la fe pública sean fieles observantes y contralores de legalidad por lo que prácticas de esta naturaleza, son del todo censurables y deben ser desterradas, ya que inciden en que la sociedad misma pierda credibilidad en los notarios por este tipo de actuaciones.- Finalmente, debe decirse que a pesar de que las faltas denunciadas por la entidad quejosa no son reprobables, se sanciona al notario por las faltas cuya comisión se deriva del reconocimiento que hace en su escrito de contestación, esto es que las escrituras supra referidas ya están firmadas.-

Eso no constituye violación al debido proceso ni el derecho de defensa, pues el propio notario, en su escrito de contestación visible a folio 20 reconoce que la falta se produjo y al respecto ya se ha pronunciado la Sala Constitucional, en su voto # 9198 de 16:33 horas del 17 de octubre del dos mil cuando expresa que: *"Las consideraciones del recurrente en el sentido de que este hecho constituye una violación al principio del debido proceso y a su derecho de defensa no son de recibo, ya que la imposición de esa sanción se debió a que fue un hecho admitido durante la tramitación del proceso por parte de los notarios...de manera que resulta a todas luces ilógico que al recurrente tuviera que dársele audiencia sobre los hechos que él mismo reconoció..."*- Así las cosas, ha de confirmarse la sentencia recurrida."

**f)Testamento: Nulidad por determinarse falsedad de firma del causante
Calígrafo que desvirtúa veracidad de firma del causante en testamento**

[Tribunal Segundo Civil Sección Extraordinaria]⁶

Voto de mayoría

"III.- La actora - recurrente se alza contra la sentencia dictada en primera instancia por considerar que la misma se dictó violándose el valor probatorio de la prueba pericial y a su vez el de la prueba testimonial.-

Con respecto a las conclusiones a que arriba el Despacho a quo cuando pondera la experticia inicial y su posterior aclaración aduce que su análisis es contrario a lo: "que dicta las reglas de la

sana crítica, de la lógica, de la experiencia, buen entendimiento humano, nos hace pensar que no es posible que más de cinco años después el señor Gonzalo Fallas, haya tenido una mejoría en su firma, más bien sucede todo lo contrario en personas adultas mayores. Asimismo no lleva razón este juzgador al puntualizar que “la poca o ninguna escolaridad” así como la “posible facilidad o comodidad que pudo tener el causante en uno u otro recinto, vayan más bien a ser elementos que JUSTIFIQUEN LA MEJORA DE SU FIRMA, esto aunado a como se dijo líneas atrás, que ya habían transcurrido más de cinco años, y que, desde su última firma había quedado constancia por la Oficialía Mayor del Registro Civil de su dificultad de firmar.”. Agrega que la propia hija del causante indicó en la prueba confesional “además por su edad , era un anciano y eso hacía que se le dificultara”. IV.– El artículo 330 del Código de Rito Civil señala que: “los jueces apreciarán los medios de prueba en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, salvo texto legal en contrario.-

” Normativa de la cual se deduce, que una vez admitidos y evacuados los distintos medios de prueba aportados al proceso, el operador del derecho debe efectuar un ejercicio intelectual analizando todos ellos en conjunto, a efecto de extraer los elementos probatorios que servirán de plataforma para la solución de la controversia sometida a su conocimiento.- Consecuentemente, una pericia pese a provenir de un técnico en cierta materia, deviene en recomendaciones no vinculantes para el juzgador, por lo que su contenido puede ser perfectamente desvirtuado con el resto de la prueba evacuada por los medios legales.-

No obstante en el presente asunto la prueba técnica es más bien la que prevalece, por la contundencia de sus argumentaciones que no pueden desvirtuarse con lo depuesto por los testigos.-

Los argumentos que utiliza el a quo para apartarse de las conclusiones a que se arriba en la experticia, al interno de esta Cámara no son compartidos, ya que es un hecho indubitable que el técnico vertió un dictamen (y su posterior aclaración) con la rigurosidad que se requería, para cuestionar la bondad de la firma del señor Gonzalo Fallas Agüero.-

Y si bien no se considera que “se ha violado el valor probatorio de la prueba pericial” como se argumenta en la recurrencia, ya que la juzgadora fue puntal en los motivos que utilizó para apartarse de la misma y de acuerdo a las potestades de su cargo, lo determinante es que esta Cámara analiza el dictamen desde otra óptica.-

Básicamente, las conclusiones del experto se consideran idóneas como apoyo técnico para anular el valor de la rúbrica estampada en el testamento de cita , por cuanto hay concordancia y logicidad entre lo que se afirma en el dictamen inicial y lo que concluye luego en la ampliación del mismo.- En su primer informe sostiene que es probable que la firma puesta en la escritura número dieciséis ,no haya sido hecha por el señor Fallas Agüero o que no corresponda a sus firmas auténticas (folio 208) y explica que su criterio se apoya en que hay diferencias entre la última firma indubitada (cuenta cedular de 1994) y la que luce en el testamento de cita.-

A saber, resalta disimilitud en cuanto a la calidad de la línea de escritura, en cuanto a la dimensión de las letras en lo referente a la altura, diferencia en cuanto al trazo de las letras, en los rasgos de enlace entre las letras, en los espaciosos distancias de separación entre palabras y letras, en la alineación de las letras en las palabras y de éstas con relación a la línea actual que le sirve de base en su extensión lineal hacia la derecha , en la presencia de rasgos iniciales y finales, en el ángulo de inclinación de la escritura, y en los signos de puntuación.-

(folio 208).- Aclarando el experto que comparando la firma dubitada con una genuina del año 1967, se nota “cierta similitud en cuanto a su forma” , pero advierte que hay desigualdad y el otro agravante es la diferencia de treinta y dos años entre una y otra puesto que con “el transcurrir de

los años, la firma de una determinada persona experimenta sus variaciones, las cuales modifican su línea escritural ,como se aprecia en la firma verdadera del año mil novecientos noventa y cuatro.-

”. Posteriormente y ante una aclaración solicitada por la parte actora, “en el sentido de que determine con las pruebas auténticas que tiene a su disposición, sea la solicitud de Cédula de Identidad que gestionó el señor Gonzalo Fallas Agüero en el año 1994, ante el Registro Civil, y la firma consignada en el testamento impugnado y tomando en consideración las dificultades que el propio Registro Civil hace constar en su cuenta cédular , si la firma fue o no puesta de su puño y letra”, el señor González Quirós rindió una ampliación del pluricitado dictamen.-

De este modo es que ante aquella rogativa y sin que tenga a mano algún otro cuerpo de escritura o firma incuestionada de aquel y efectuando la comparación con la firma indubitada del año mil novecientos noventa y nueve, reafirma su criterio y de modo categórico concluye que la firma con que se rubrica el testamento no es del citado señor, así: “Para llegar a esta afirmación me baso en el estudio realizado en sí y también en que la firma cuestionada muestra una mejor calidad en su línea escritural con relación a la firma auténtica, de la solicitud cédular del año mil novecientos noventa y cuatro; hay una diferencia de cinco años entre una y otra , ahora bien de acuerdo con el transcurrir del tiempo y a la constancia emitida por el Registro Civil, en la cual se manifiesta la dificultad que evidencia el señor Fallas Agüero al firmar, por lo que se infiere que la firma cuestionada debería ser más deformada en su configuración gráfica ,lo cual no se observa en este caso en particular”.-

Se cita de modo textual esta idea, por ser fundamental en la decisión que se toma en esta instancia de revocar la resolución recurrida, para dar acogida a la solicitud de declarar absolutamente nula la escritura número dieciséis, otorgada en San José, a las once horas quince minutos del veintinueve de abril de mil novecientos noventa y nueve, ante la notaria Adriana Miranda Serrano, en la que aparece el señor Gonzalo Fallas Agüero testando a favor de Joyce Mariel Fallas González, Norma Fallas Arrones y Jose Heiner Fallas Arrones por cuanto la misma no fue firmada por el señor Fallas Agüero.

V.- En efecto si se analiza de modo integrado y global este dictamen pericial con lo confesado por la señora Norma Fallas en la contestación a pregunta número seis contenida en la plica visible a folio 193,cuando se le inquiriere: “QUE A USTED LE CONSTA QUE A SU PADRE SE LE DIFICULTABA FIRMAR”, ella respondió: “Es cierto, mi papá no fue a la escuela y además por su edad, era un anciano y eso hacía que se le dificultara. Eso sí ,en ningún momento necesitaba ayuda ,lo hacía solito.” (folio 194 vuelto) y además lo consignado por la Oficialía Mayor del Registro Civil , en la solicitud de cédula del año 1994, respecto a que: “Debido a su edad le cuesta firmar”, se arriba al convencimiento que la firma estampada en el citado testamento no fue puesta por el señor Fallas Agüero.- Conforme a las reglas de la experiencia, la psicología y el buen entendimiento humano , si al señor Gonzalo Fallas por su ancianidad se le hacía difícil firmar en el año mil novecientos noventa y cuatro, es lógico que cinco años después (fecha en que fue otorgado el citado testamento) esa condición hubiera empeorado, y no como sucede en la especie que más bien la rúbrica en cuestión luce con más nitidez que la más antigua.-

No es admisible lo expuesto por la a quo en cuanto a que las conclusiones del perito son subjetivas y poco claras, al no haber vertido desde el dictamen inicial un veredicto enfático en cuanto a la autenticidad de la firma controvertida.-

Debe valorarse que el experto desde un inicio puso en evidencia la diferencia escritural en cuanto a la dimensión de las letras en lo referente a la altura, diferencia en cuanto al trazo de las letras, en los rasgos de enlace entre las letras, en los espacios o distancias de separación entre palabras y

letras, en la alineación de las letras en las palabras y de éstas con relación a la línea actual que le sirve de base en su extensión lineal hacia la derecha, en la presencia de rasgos iniciales y finales, en el ángulo de inclinación de la escritura, y en los signos de puntuación.-

Y posteriormente al requerírsele que de modo concreto indicara si la firma corresponde o no al señor Fallas Agüero es que retoma su análisis y tomando en cuenta lo indicado por el Registro Civil en cuanto a la dificultad de firmar en el año 1994, y razonando que la firma cuestionada no aparece más deformada en su configuración gráfica como la lógica exige, es que de modo tajante concluye que la firma no fue hecha por el señor Fallas Agüero.-

(folio 258) Tampoco se comparte el argumento de la juzgadora de instancia respecto a que esa diferencia de rasgos pudo haber obedecido a la “posible facilidad o comodidad que pudo tener el causante, en uno u otro recinto” (folio 284 vuelto), ya que es una suposición que no encuentra apoyo en los autos.-

Por otro lado, el Tribunal no considera que las deposiciones de los testigos de la parte demandada sean claras precisas y concordantes, ya que no son coincidentes en sus declaraciones al no precisar de igual modo los detalles de la lectura del acta, sobre con qué mano se firmo el testamento, o si hubo alguna dificultad al momento de estampar su firma el señor Fallas Arrones.-

Revisando el acta de recepción de testimonios, se extrae que hay detalles que no son consistentes como lo dicho por la señora Brilla Ferrer respecto a que ella estaba de pie y el señor Gonzalo le cedió la silla para ella se sentara, y luego la otra testigo Jetti Bustamante indica que estaban sentados de frente y fueron firmando en el protocolo .-Tampoco hay coincidencia entre las dos testigos en cuanto a si el señor Fallas Agüero había manifestado los motivos por los cuales solo heredaba a unos de sus hijos,ya que la testigo Brilla Ferrer indicó que este había dicho que había tenido problema con algunos de sus hijos y que por eso quería dejarle eso a los que le habían brindado mayor afecto, y Jetti Bustamante indicó que delante de ella no hubo ningún comentario en ese sentido.- Estando todos en un mismo recinto es extraño que de haber hecho esas manifestaciones alguien no se hubiera percatado, máxime que don Gonzalo en ese momento era la figura destacada por ser el que otorgaba el testamento.- El hecho que tanto la confesante Norma Fallas como las anteriores testigos hayan indicado que este señor firmó sin necesidad de ayuda, no favorece los intereses de la demandada.- Tómese en cuenta que nunca se ha debatido que él tuviera incapacidad para realizar sus actividades, puesto que lo que se ha cuestionado es que no es posible que la firma que luce en el testamento sea la suya por la nitidez que presenta en comparación con una puesta ante el Registro Civil cinco años antes.- Confrontando la falta de concordancia entre los testigos y la logicidad y convencimiento que se desprende de la pericia elaborada por un experto en grafoscopia, que a su vez se apoya en la razón puesta ya en el año 1994 por funcionarios del Registro Civil acerca de la dificultad para firmar que presentaba el señor Fallas Agüero, se crea un convencimiento interno de este Cuerpo Colegiado, en torno a que la firma pluricitada no fue hecha de puño y letra del señor Gonzalo Fallas Arrones.

VI.- Siendo así procede declarar absolutamente nulo el testamento suscrito en escritura número dieciséis, otorgada en San José, a las once horas quince minutos del veintinueve de abril de mil novecientos noventa y nueve, ante la notaria Adriana Miranda Serrano, en la que aparece el señor Gonzalo Fallas Agüero testando a favor de Joyce Mariel Fallas González, Norma Fallas Arrones y Jose Heiner Fallas Arrones , por cuanto esa escritura no fue firmada por el señor Fallas Agüero.-

El artículo 585 del Código Civil registra las formalidades que debe contener un testamento para que goce de validez y eficacia , y entre estas la más importante es que: “3. Debe ser firmado por el testador ,el cartulario y los testigos”.-

Por su lado el artículo 835 inciso segundo de ese mismo cuerpo de leyes castiga con nulidad

absoluta los actos o contratos cuando falta algún requisito o formalidad que la ley exige para otorgarles valor, en consideración a la naturaleza de los mismos y no a la calidad o estado de la persona que en ellos interviene.-

Como se ha expuesto, el testamento carece de la firma del señor Fallas Agüero, por lo que se encuentra ausente su consentimiento de transmitir su patrimonio a título gratuito a los demandados, y consecuentemente una de las condiciones indispensables para que el mismo surta efectos jurídicos. (artículo 1007 Código Civil).

VII.- Los daños y perjuicios reclamados por los actores, la suma de cuatro millones de colones , como consecuencia de la exclusión de sus partes alícuotas de la distribución del caudal hereditario, más sus intereses legales (perjuicios) que por esas partes se han dejado de percibir, desde que se otorgó la escritura hasta que cada uno recupere la parte que le corresponde, no son de recibo.- De lo expuesto en el hecho tercero de la demanda se extrae que las sucesiones acumuladas de Lidia Arrones Ulate y Gonzalo Fallas Agüero, se encuentran en trámite.- De este modo, aún no se ha repartido el acervo hereditario que interesa, y en consecuencia tampoco se les ha deparado un menoscabo patrimonial que pueda traducirse en dinero.-

Conforme al numeral 704 del Código Civil en la indemnización de daños y perjuicios sólo se comprenderán los que, como consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación se hayan causado o deban necesariamente causarse, y en este asunto no se ha producido alguno.-

Como se expuso no se encuentra razón alguna que permita la condena en daños y perjuicios solicitada.

VIII.- Por todo lo expuesto procede revocar el fallo recurrido declarando parcialmente con lugar la demanda y rechazando las excepciones de falta de derecho y la genérica de sine actione agit en su modalidad de falta de derecho, en cuanto a la pretensión principal y acogiéndolas respecto a la pretensión accesoria de cobro de daños y perjuicios que se deniega."

g)Nulidad absoluta en materia notarial: Alcances y efectos de la escritura pública sin firmar

[Tribunal Contencioso Administrativo Sección VIII]⁷

Voto de mayoría

“ **III- OBJETO DE ESTA LITIS** : Del análisis de las probanzas integradas a los autos, y de las manifestaciones hechas por las partes, este Tribunal considera que el objeto central de este asunto radica y se expresa en determinar la existencia o su contraria, del arreglo de pago entre las partes. La parte actora alega que efectivamente surgió a la vida jurídica el arreglo de pago, en tanto que la defensa del demandado alega su inexistencia. La existencia del arreglo de pago entre las partes, es el punto central de esta litis. Para llegar a dilucidar tal punto, habrá que determinar primeramente, si tal arreglo de pago se produjo, para luego examinar su contenido y alcances, y finalmente, concluir si surtió efectos, en la forma que lo ha valorado la Jueza de primera instancia, o



si por el contrario, tiene sustento lo alegado en alzada por la parte actora. De conformidad con lo que la apelante alega y con la prueba que se encuentra integrada a los autos, infiere este Tribunal que hubo una serie de tratativas entre ambas partes con el propósito de arribar a un arreglo respecto a la situación de atraso en los pagos de la operación 01-10-012447-0, de la que son mutuas contrapartes los mismos litigantes; el Banco Popular y de Desarrollo Comunal, en su condición de acreedor y Tralapa Ltda., en su condición de deudor y obligado único por dicho crédito, operación subyacente que, en todo caso no está en discusión en este asunto, pero que parece estar referida al certificado de prenda pactado el día 3 de noviembre de 1992, visible en los folios que ocupan los números 183 al 187 del Tomo V del expediente administrativo, y manifestación de la parte demandada de folio 453 del principal. Tal y como lo indican los Hechos Probados 2, 3, 4, 5 y 6 de la sentencia atacada, hubo varios intentos entre las partes, por arribar a un arreglo de pago para solventar el atraso en los pagos por parte de la empresa Tralapa Ltda, respecto de su obligación principal, aunque tal arreglo no se concretó, como permite concluirlo la afirmación hecha por la parte actora, visible a folio 492 del principal, en la que indica que se intentó varios arreglos que finalmente "no culminaron". La búsqueda de una propuesta de arreglo de pago continuó, hasta llegar al negocio jurídico que se plantea dentro de la escritura número catorce del Tomo cinco del Protocolo del Notario José Román Matamoros, la cual está fechada el día 19 de marzo de 1998, según la cual comparecieron Jorge Arredondo Calderón, en calidad de apoderado generalísimo sin límite de suma de la sociedad Tralapa Ltda., y Miguel Angel Miranda Matus en su condición de Subgerente con facultades de apoderado generalísimo sin límite de suma del Banco Popular y de Desarrollo Comunal, a concretar una dación en pago de Tralapa Ltda., en favor del Banco Popular y de Desarrollo Comunal, consistente en la entrega de dos autobuses, con la consecuente cancelación parcial de la deuda en el monto correspondiente al valor aceptado en avalúos practicados a los autobuses (folios 286 a 290 del principal). Al pie de dicho instrumento aparece consignada la leyenda "no corre", que fue puesta a mano; hay también, varias firmas aunque no se identificaron los firmantes, pero el Notario autorizante en el cierre de la matriz consignó que todos los comparecientes firman (folio 290 del principal). Esto último hace presumible, que quienes hayan firmado sean los comparecientes otorgantes del referido instrumento público. No obstante, tal presunción no se sostiene a la luz del testimonio rendido por el testigo Federico Antonio Mata Herrera, según la cual no reconoce como estampada la firma de Miguel Miranda, quien debía de comparecer en la firma de dicha escritura en representación del banco demandado (declaración de folios 373 a 383 del principal). Del testimonio rendido bajo la fe de juramento por el Notario José Antonio Román Matamoros, se colige que el representante del Banco Popular quien debía otorgar la escritura número catorce, **se negó a firmar** por que los señores Mario Jiménez González y Federico Mata, al revisar el expediente administrativo y los documentos que amparaban el arreglo de pago, encontraron que había "errores y fallos de procedimiento" como la falta del depósito total del dinero pactado y se cuestionaba el avalúo, por lo que le giraron instrucciones para ponerle razón de no corre a dicha escritura, lo cual hizo en ese acto (folio 438 vuelto del principal). Por su parte, en la testimonial rendida por el testigo Gerardo Jesús Ávila Quesada, se determina que la dación en pago, como producto del arreglo de pago, no se pudo completar (así en folio 385 del principal). De tal manera que la conclusión a la que arriba la juzgadora a quo, en el Hecho Probado N° 12, en el sentido que la escritura número catorce del 19 de marzo de 1998, nunca surtió efectos jurídicos, sí se sustenta en la prueba integrada al expediente. Respecto a la controversia que representa, a juicio de la parte actora, la fecha en la que se habría consignado tal leyenda de "no corre", en el sentido que ésta fue posterior al día de la firma de la matriz notarial, es lo cierto que al analizar el punto, el Tribunal concluye que resulta creíble el testimonio rendido por el Notario autorizante de la escritura en el sentido que fue en esa misma fecha, de firma del instrumento público para concretar la dación en pago -como parte de las condiciones del arreglo de pago-, en la que dicho profesional insertó al pie del cuerpo de la escritura, la razón de "no corre", bajo la instrucción de los personeros del banco demandado,



siendo en consecuencia, que efectivamente, tal y como lo consideró la juzgadora a quo, dicho instrumento no nació a la vida jurídica, y por consiguiente, no era apto para surtir los efectos jurídicos que sustentan la base del alegato de la parte actora. Y resulta creíble el dicho del Notario autorizante porque, en el momento temporal en el que ocurrieron los hechos, había una norma jurídica que así se lo permitía como parte del tráfico jurídico cotidiano para el quehacer notarial, según lo regulado en el Artículo 90 numeral 3º- de la Ley Orgánica de Notariado, vigente en el momento en que ocurrió el planteamiento del arreglo de pago comentado, por cuanto según dicha norma, la condición de nulidad absoluta que pudiere recaer sobre un instrumento de esta naturaleza, se producía al no haberse firmado la escritura por los otorgantes sin una explicación del motivo por el cual la firma no se produjo. Así, dicha norma disponía:

"ARTICULO 90.- Es absolutamente nula:

1º.- La escritura no extendida en protocolo, salvo lo que se dice en el artículo 2º;

2º.- La escritura hecha ante el Notario que hubiere cesado en sus funciones, salvo que la parte que la hace valer hubiere obrado de buena fe y que al tiempo de otorgar la escritura el Notario todavía ejerciere públicamente sus funciones;

3º.- **La que no estando firmada por los otorgantes no explique el motivo de esa omisión;**

4º.- Las que no estén firmadas por el notario, por los intérpretes si los hubiere, y por los testigos instrumentales cuando la ley exija este último requisito. (Así reformado por el artículo 1º de la ley No. 6145 de 18 de noviembre 1977).

5º.- La escritura en que alguno de los testigos instrumentales, cuando su asistencia fuere obligatoria por la ley, fuere menor de edad o estuviere absolutamente impedido para ser testigo instrumental según las disposiciones del artículo 734 del Código Civil; (Así reformado por el artículo 1º de la ley No. 6145 de 18 de noviembre de 1977).

6º.- La otorgada contra la prohibición del artículo 21."

Para el Notario autorizante, la falta de firma de las partes (en este caso, de una de ambas), autorizaba la aplicación de la anulación hecha respecto a la escritura número catorce, lo cual fue expresado por el deponente en su testimonio, sin que ninguno de los litigantes hasta el momento lo haya advertido. Obsérvese la manifestación que el Notario Matamoros hace cuando indica: *"...me parece que el personero de Tralapa firmó, porque estaba de primero, lo cual no tiene ningún alcance jurídico,..."* (véase folio 438 vuelto, líneas 2 y 3 superiores, del Expd. Principal). Precisamente esa falta de "alcance jurídico" que indica el Notario como testigo, respecto a la que ninguna de las partes le cuestionó, es la que denota la nulidad que produce según la ley, la falta de la firma de ambas partes o de una de ellas en el instrumento en ciernes. Ya la Sala Constitucional tuvo ocasión de ponderar los alcances de la nulidad a que se refiere el Artículo 90 de la ya derogada Ley Orgánica de Notariado, señalando al respecto, el tipo de efectos que ésta produce y el contenido de la nulidad que ella señala: "...la accionante entiende que la nulidad establecida en el recién transcrito artículo 90 inciso 6), es una sanción aplicada en su contra sin el respeto al debido proceso reconocido en los artículos 39 Constitucional y 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y en especial, al derecho de defenderse y probar su inocencia o bien la inexistencia de daños. Pero no es correcto equiparar la figura jurídica de nulidad absoluta establecida en el mencionado artículo 90 inciso 6) con una sanción, porque tienen entre sí diferencias sustanciales que las hacen radicalmente distintas. Entre ellas, destaca que la sanción se dirige a causar una lesión o perjuicio a un sujeto, cuando éste con su conducta se ha puesto en una situación de hecho predeterminada, todo con el fin de desestimular conductas consideradas incorrectas, inadecuadas o lesivas para la sociedad en su conjunto. Por su parte, **la nulidad**



absoluta recogida en el artículo cuestionado no está dirigida a causar lesión ni perjuicio a ningún sujeto en particular; de hecho, no causa perjuicios por sí misma, porque su finalidad única es el restablecimiento de la situación jurídica a la forma y condiciones en que estaba antes de la ocurrencia del acto nulo, y sus efectos en general se agotan con la eliminación de las consecuencias jurídicas del acto o hecho jurídico viciado, independientemente de si ellas son beneficiosas o perjudiciales para alguien en particular*. Nada más alejado entonces de la sanción, que repudia los efectos generalizados, para concentrarse en el sujeto sancionado y afectarlo solamente a él, sin trascender a los demás. Aparte de lo anterior, en el campo patrimonial - el que mayormente le interesa a la accionante- claramente se distinguen los conceptos de sanción y de nulidad, pues el primero implica siempre una pérdida en el haber patrimonial del sancionado, mientras **el concepto de nulidad absoluta no conlleva nunca tal disminución, sino únicamente un reacomodo en el patrimonio de afectados***. Lo anterior es suficiente para desechar el argumento de que en el artículo 90 inciso 6) se regula una sanción para alguna de los intervinientes en el acto anulado, y rechazar la supuesta violación de los principios del debido proceso contenidos en los artículos 39 de la Constitución Política y 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos."

Exp. N° 6728-M-95. **Sentencia N° 0403-96**. SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, de las quince horas treinta minutos del veintitrés de enero de mil novecientos noventa y seis. (*Uso de énfasis con negrilla agregado.) La nulidad que permitía declarar el citado Artículo 90 de la Ley Orgánica de Notariado, tenía alcances estrictamente notariales como lo ha señalado la Sala Constitucional en el voto parcialmente transcrito, y estrictamente para los efectos en los que el Notario había sido comisionado por las partes interesadas, en pactar un negocio jurídico mediante la formalidad del instrumento público."

h) Sanción disciplinaria al notario: Quebranto al principio de inmediatez, unidad y fe pública registral al otorgar e inscribir una escritura sin estar firmada por todas las partes

[Tribunal de Notariado]⁸

Voto de mayoría

"III.- Tanto la doctrina como nuestra jurisprudencia han señalado que el Notario Público ejerce una función pública que le ha sido conferida en forma personal por el Estado y que consiste principalmente, en dar fe a las situaciones de hecho que debe constatar. Junto con el carácter de fedatario público, actúa como asesor de quienes solicitan sus servicios, respecto de los alcances legales del acto o contrato que pretenden le sea autorizado por él. El Notario, se dice, modela el acto jurídico, dotándolo de forma legal. Para ello califica la naturaleza y legalidad del acto; admite éste a su intervención al tenerse por requerido por las partes, o bien lo rechaza, si tal calificación es contraria; y por fin lo redacta. Tiene además el notario la función autenticadora, que es la de mayor trascendencia pública, porque consiste en investir los actos notariales de una presunción de veracidad que los hace aptos para imponerse por sí mismos en las relaciones jurídicas, para ser impuestos por el poder coactivo del Estado (Véase al respecto: Derecho Notarial y Registral. Carral y Teresa, Luis. México D.F. I. Edición. 1965. Pág. 91. Sala II de la Corte Suprema de Justicia. Voto No 28 de las 8:45 horas del 27 de julio de 1990, citado en el voto de este Tribunal, # 50-01 de 9:55



horas del 29 de marzo del 2001). Lo antes transcrito encuadra lo que es la función notarial, la que fue inobservada por el notario denunciado, quien en su contestación, admite que el quejoso rogó sus servicios profesionales, para que realizara la constitución de una sociedad a la que, por similitud se le denominó finalmente “Servicios Contables de Guanacaste S.G.C. Sociedad Anónima” para lo que es menester la forma de la escritura pública, la cual debe estar asentada en el protocolo de un notario público y debidamente firmada por los otorgantes para que tenga validez y eficacia, así como inscribirla en el Registro de Personas Jurídicas. Lo lógico y normal, en una situación como la presente, es que, una vez cumplidos los actos preescriturarios y, receptada la voluntad de los comparecientes por parte del notario, éste le dé forma jurídica a lo que éstas expresaron, redactando al efecto el documento requerido. Una vez leído lo escrito a los comparecientes y aprobado el texto legal, las partes procedan a firmar en la hora y fecha requerida, sin que se puedan dar distorsiones en cuanto al momento en que firma el notario y las partes por cuanto todos deben firmar a una misma hora y fecha, según lo establecen los artículos 92 y 93 del Código Notarial y en atención a los principios de unidad del acto e intermediación en materia de notariado, ya que el notario, debe dotar de fe pública el acto que percibe, constata y autoriza en ese momento, sin lo cual no hay posibilidad alguna de fe pública. Cumplido lo cual, debe expedir el respectivo testimonio y presentarlo, cumpliendo con las formalidades de ley, a la entidad registral, para su inscripción y oponibilidad a terceros, según lo establecen el artículo 34 inciso h) del citado cuerpo legal, así como los artículos 64 y 65 del Arancel de Honorarios de Profesionales en Derecho, Decreto 20307-J de 4 de abril de 1991, que establece: “ **Artículo 64.- Labores que se incluyen en los honorarios de notariado.** Además de la confección del instrumento original, los honorarios de notario comprenden la asesoría del caso y la expedición del correspondiente testimonio, certificación o reproducción que deben extenderse así como los trámites de inscripción en el Registro Público que corresponda y la corrección de defectos atribuibles al notario. Toda otra labor debe cubrirse por separado. Dichos trámites debe llevarlos a cabo el notario a la mayor brevedad posible una vez que los interesados cumplan con los requisitos que les correspondan. **Artículo 65.- Otras sumas y trámites que corresponden a los interesados.** Los interesados deben satisfacer también al notario las sumas que por derechos, timbres e impuestos que deba cubrir el acto o contrato. Asimismo corresponde a los interesados cumplir con los trámites que personalmente les competa como el pago de impuestos o servicios, suministros de planos, obtención de visados, permisos, constancias y otros semejantes. El notario no tendrá responsabilidad alguna por el atraso en el trámite de los documentos respectivos, ni por las consecuencias de esa morosidad, si los interesados no cumplen con las disposiciones anteriores al suscribirse la escritura correspondiente”. [...]. Nótese que el denunciado, en su contestación reconoce el incumplimiento de deberes para el ejercicio de la función notarial al expedir el testimonio de dicha escritura, presentarla e inscribirla en el Registro Mercantil, estando firmada por solo una de las partes, al expresar en su contestación que: “Una vez acordados los términos de la sociedad, yo procedí a confeccionar la escritura correspondiente y los cité a mi oficina para que firmaran la matriz, la cual previamente ellos conocían. Ocurrió que cuando ellos se presentaron a mi oficina, aprovechando su hora de almuerzo, yo estaba atendiendo a otras personas, y eso me demandaría un tiempo importante, por lo que les dije a las dos compañeras de la Junta Directiva y a Rigoberto que, para que no se atrasaran y no tuvieran problemas en el trabajo, una vez que me desocupara, yo les recogería las firmas en la empresa, solamente firmó la matriz la esposa de don Rigoberto, por cuanto ellos no tenían problemas laborales. Una vez que hice la escritura confeccioné el testimonio correspondiente...Hecho el testimonio y dentro de ese contexto de confianza y ayuda a un compañero, se hizo el trámite de inscripción....Obviamente después de eso Rigoberto no quiso suscribir la matriz, no obstante que todo se hizo y ejecutó, conforme su voluntad. Vistas así las cosas, en este sentido, RECONOZCO MI ERROR, al inscribir un documento sin haberse concluido de recoger las firmas en la matriz...” Ese reconocimiento, sumado al testimonio de la testigo Marleny Durán Gamboa, quien también afirma que nunca firmó



ninguna escritura ante el denunciado, son pruebas concluyentes de que éste incurrió en una falta grave por incumplir deberes que le prescriben el correcto ejercicio del notariado. Esta falta consiste en haber confeccionado y asentado en su protocolo número veinticinco, la escritura número treinta y uno inobservando los principios de unidad del acto e intermediación en materia notarial, por no haber estado presentes y firmado en el acto de otorgamiento de la escritura número treinta y uno, todos los comparecientes, directivos y fiscal de la sociedad que se constituyó, conforme lo prescriben los numerales 91 y 92 del Código Notarial y, aún así, expidió, presentó e inscribió el testimonio de esa escritura al Registro Mercantil, según se ve del tomo 1146 folio 221 asiento 389, falseando la publicidad registral que se sustenta en que los asientos registrales se tienen como exactos y completos, al punto que tuvo que interponer diligencias administrativas ante el Registro para inmovilizar el asiento de constitución de la referida sociedad, las que finalmente fueron rechazadas. Además, del texto de la matriz y del testimonio inscrito, se desprende que se varió la denominación social de la sociedad, sin que exista razón social firmada por los comparecientes y el notario, como lo establece el párrafo primero del artículo 96 del referido código, dándose fe que esa denominación social consta correctamente en la matriz, cuando no es así, según se desprende de la prueba documental que consta en los autos. Reclama el denunciado que el error en que incurrió, se encuentra tipificado en el artículo 144 inciso b) del Código Notarial, pues éste no tuvo trascendencia jurídica, ni patrimonial en contra del actor o terceros de buena fe, ni medió dolo, siendo esa la razón de la inconformidad, por lo que pide se rebaje la sanción impuesta. A su vez, la juzgadora de instancia, en el considerando VIII sanciona al notario con base en el artículo 144 inciso b) y 145 inciso c) del Código Notarial y, por otro lado, en el considerando XII lo hace conforme a los numerales 144 inciso c) y 145 inciso c) del mismo cuerpo legal. A criterio de ese tribunal, de acuerdo a las razones expuestas anteriormente, y las que seguidamente se exponen, en el presente caso, el denunciado no infringió los numerales 144 inciso b) ni 145 inciso c), que le prohíbe autorizar actos o contratos nulos, ineficaces o contrarios a la ley. El notario autorizó un contrato de sociedad, expidió, presentó e inscribió el respectivo testimonio en el Registro de Personas Jurídicas, confiriéndole, con base en la fe pública que ostenta, y frente a terceros, una presunción de legalidad, sin perjuicio de que eventualmente se reclame su nulidad, por quien tenga interés legítimo, en la jurisdicción común, conforme a lo dispuesto en el artículo 126 inciso a) del Código Notarial en relación a los artículos 835 y siguientes del Código Civil. De ahí que le fueran rechazadas las diligencias administrativas que gestionó ante el Registro, para inmovilizar el asiento de esa sociedad, pues el contrato a la postre, a pesar de no estar firmado por todas las partes, frente a terceros fue eficaz, y por ende no puede ni ser nulo –con la salvedad antes expresada- ni contrario a la ley, por lo que no podría aplicarse los numerales 144 inciso b) y 145 inciso c) del Código Notarial, toda vez que por el principio de apariencia de legalidad, con su inscripción en el Registro, el documento que expidió y autorizó el notario no fue nulo ni ineficaz frente a terceros. A criterio de este Tribunal, las normas que sí resultan aplicables para sancionar al notario, son los incisos c) –citado correctamente por la juzgadora- y e) del numeral 144 del indicado cuerpo legal. Es aplicable el inciso c), pues al ser el testimonio una reproducción de la escritura matriz que autorizó el notario, como lo prescriben los numerales 112 y siguientes del código mencionado, que amparado a la fe pública notarial se presume copia fiel y exacta de esa matriz, fue reproducido y expedido como si lo hubieran suscrito todas las partes en el acto de otorgamiento, cuando no fue así, transcribiendo la conclusión de la escritura matriz como si se encontrara firmada por las partes y las copias de firmas, induciendo a error a los terceros que consultan el Registro. También es aplicable el inciso e) del numeral 144 citado, toda vez que el notario incumplió deberes que le prescriben el correcto ejercicio del notariado, pues al expedir, presentar para su anotación e inscripción un testimonio de una escritura que no ha sido firmada por las partes, y ese instrumento, que es la escritura treinta y uno no fue firmada por todas las partes en la hora y fecha en que se autorizó, violentando los principios notariales de intermediación y unidad del acto. Además, debe decirse que el error en que incurrió el notario, como se explicó, sí tuvo trascendencia jurídica al



menoscabar la fe pública registral que se nutre de la información que emana de instrumentos públicos como son las escrituras públicas –al igual que la que aquí nos ocupa que se encuentra inscrita- otorgadas por los notarios que se presume han observado todas las solemnidades y prescripciones legales. No obstante, lo anterior, estima este Tribunal, que en atención a las circunstancias que rodean el presente asunto, se puede rebajar la sanción que se impuso al notario.

IV.- El argumento que esboza el denunciado de que el Registro devuelve una gran cantidad de documentos defectuosos no constituye justificante ni atenúa la gravedad de la falta en que incurrió, pues como depositario de la fe pública, está obligado en todo momento a ser cuidadoso y observar los deberes que le impone tan importante función, asumiendo las consecuencias de su irregular ejercicio. Finalmente, el hecho de que, según su dicho, cubrió la totalidad de los gastos de la escritura de su propio peculio, a contrapelo de lo expresado por el denunciante de que sí cubrió esos rubros, tampoco lo exime de responsabilidad ni atenúa la falta, ya que conforme lo establece el artículo 167 del Código Notarial, su obligación es dejar constancia en la escritura de si se han cubierto o no las sumas correspondientes a gastos y honorarios, de tal manera que debe asumirse que se cubrieron esos rubros, en ausencia de manifestación en ese sentido en la escritura referida, estando por consiguiente el notario en la obligación de cumplir fielmente con su cometido, en una forma correcta y diáfana, en beneficio no solo de las partes que contrataron sus servicios sino de la colectividad misma, que demanda de estos profesionales una correcta actuación en beneficio de la seguridad jurídica."

3 Dictamen PGR

C-219-2007⁹

Dirección General del Archivo Nacional

Estimada señora:

Con la aprobación de la señora Procuradora General, me refiero a su atento oficio N° JA-202-2007 de 30 de abril del presente año, recibido el 31 de mayo siguiente, por medio del cual consulta respecto de la expedición de testimonios de escrituras públicas asentadas en los protocolos notariales custodiados por el Archivo Nacional.

Señala la Dirección Ejecutiva que tienen dudas en orden a la expedición de testimonios cuando la escritura dice "no corre" o es anulada y no aparecen firmas, cuando la escritura no está firmada por el notario, cuando tiene una nota marginal que se rescinde, cuando es ilegible (tratándose de escrituras manuscritas en los tomos de protocolos o bien, porque la impresión de la computadora resulta ilegible).

Adjunta Ud. el criterio de la Asesoría Jurídica, oficio AL-53-2007 de 29 de marzo del presente año. Señala la Asesoría Jurídica que respecto de las dudas que se han generado en orden a la expedición de testimonios, lo cierto es que el dictamen N° C-314-2006 de 7 de agosto de 2006 contiene una serie de prescripciones que resultan aplicables a lo consultado. En dicho dictamen, la

Procuraduría consideró que no existen normas que faculten al Archivo Nacional para verificar los requisitos de las escrituras matrices, excepto la firma de Notario, ni que le permitan emitir criterio sobre la validez de determinado instrumento público, por lo que el Archivo debe limitarse a expedir los testimonios y en caso de detectar omisiones hacer la observación correspondiente en el engrose. Por lo que la Asesoría Jurídica es del criterio de que si en la escritura aparece la razón de “no corre” o “anulada” o no tiene ninguna firma, ni de las partes ni del Notario, el Archivo Nacional no requiere realizar ningún tipo de análisis de requisitos para determinar que ese documento no es más que un proyecto de escritura, que por uno u otro motivo no se autorizó. En consecuencia, no es procedente expedir testimonios de estos documentos. Si la escritura no es firmada por el Notario, independientemente de la causa, la Asesoría considera que no procede expedir testimonio porque no se está ante un documento autorizado por el funcionario público autorizado para dar fe. Si la escritura es ilegible, tampoco procede la emisión del testimonio, ya que hay imposibilidad material de transcribir el texto. Si aparece una nota marginal que indica que el instrumento fue rescindido por una escritura posterior, se considera viable la expedición del testimonio porque la escritura nació a la vida jurídica y fue por una decisión posterior de las partes que se dejó sin efecto el acto o contrato realizado. La circunstancia de que es una escritura rescindida debe quedar claramente advertida en el engrose del testimonio. Procede expedir el testimonio de la escritura en que aparece una nota marginal mediante la cual se rescinde o nota marginal indica que fue adicionada, modificada o revocada. Este último caso, si se trata de testamento o poder especial.

Es interés de la Dirección del Archivo que la Procuraduría General determine si la Dirección puede negarse a expedir un testimonio de escritura pública y en su caso, por cuáles razones puede negarse.

Conforme al Código Notarial corresponde al Archivo Notarial expedir testimonios de instrumentos públicos que custodia, lo que comprende las escrituras públicas. Para el ejercicio de esta competencia debe determinarse en qué consiste la escritura y cuáles son las potestades que en relación con éstas se atribuyen al Archivo.

A.- LA EXPEDICION DE TESTIMONIOS

En virtud de la competencia material del Archivo Nacional, el legislador le ha atribuido diversas competencias en orden a los instrumentos públicos, incluidas las escrituras públicas. Lo que comprende la expedición de testimonios de los instrumentos públicos. En el ejercicio de esa competencia, el Archivo Notarial se sujeta al Código Notarial.

1.- El funcionamiento del Archivo Notarial se sujeta al Código Notarial

Como parte de la función de conservar y proteger el acervo documental del país, el ordenamiento jurídico ha atribuido diversas funciones al Archivo Nacional en orden a los documentos notariales. Así, ya desde la Ley de Notariado, Ley N° 39 de 5 de enero de 1943, le correspondía al Archivo el resguardo de los protocolos concluidos o considerados como concluidos, así como recibir los índices de escrituras. Con la Ley del Sistema Nacional de Archivos, N° 7202 de 24 de febrero de 1998, se le otorga competencia a la Dirección General del Archivo Nacional para expedir los testimonios de escrituras públicas. Dispone, al efecto, el artículo 23 de la Ley 7202 de cita:

“Artículo 23.- La Dirección General tendrá, entre otras, las siguientes funciones: (...).

g) Expedir los testimonios de instrumentos públicos insertos en los protocolos notariales depositados en la Dirección General del Archivo Nacional.

(...).”

En tanto que el artículo 24 estipuló:

“Artículo 24.- La Dirección General del Archivo Nacional actuará según las disposiciones contenidas en la legislación notarial concernientes a la institución”.

Lo que implica una remisión a la legislación notarial para efecto de determinar cómo deben expedirse los testimonios de los instrumentos públicos. De allí la importancia de determinar qué disposiciones establece hoy día el Código Notarial sobre esa expedición de testimonios.

Al respecto, cabría afirmar que el Código innova esa actuación del Archivo desde diversos puntos de vista.

Desde el punto de vista orgánico, la Ley crea un órgano dentro del Archivo Nacional. A pesar de que el objeto del Código Notarial es la función notarial, lo cierto es que su regulación produce como efecto necesario una modificación en la estructura orgánica del Archivo Nacional, en el cual se crea un Archivo Notarial. Archivo al cual se le asignan las funciones en orden a la actividad notarial. Dispone el artículo 25 del Código:

“ARTÍCULO 25.- Atribuciones

En el Archivo Nacional existirá un Archivo Notarial, cuyas funciones son:

- a) Conservar los protocolos de los notarios, una vez devueltos o depositados provisionalmente.
- b) Expedir testimonios y certificaciones de las escrituras de los protocolos depositados en esa oficina.
- c) Llevar un registro de los testamentos otorgados ante los notarios públicos.
- d) Recibir los índices notariales y llevar su control en la forma y el tiempo que determine el presente código.
- e) Denunciar, a las autoridades correspondientes, cualquier anomalía que se descubra en el ejercicio de la función notarial.
- f) Otras atribuciones resultantes de la ley”.

Es de advertir que el hecho de que el Código Notarial precise las funciones del Archivo Notarial no significa, en modo alguno, que se esté ante un proceso de desconcentración de funciones. Es claro que las funciones del Archivo Notarial son ejercidas por este como parte de la Dirección General de Archivos Nacionales y no como titular de un poder de decisión propio, imputable directamente al Archivo Notarial. En la medida en que la actuación del Archivo Notarial se imputa al Archivo Nacional, no cabe considerar que el Archivo Notarial constituya un órgano desconcentrado. Por el contrario, se trata de un órgano simple, de origen legal, cuyas decisiones tienen recurso de apelación para ante la Junta Administrativa del Archivo Nacional, tal como se indicó en el dictamen N° C-314-2006 de 7 de agosto de 2006, que se cita en la consulta.

Desde el punto de vista material, el Código se ocupa de precisar en detalle la expedición de esos documentos y las partes que deben contener. Es una regulación del contenido del acto y de las posibilidades de actuación del Archivo Notarial. Dentro de la organización de la Dirección General del Archivo Nacional, el Archivo Notarial presenta especificidades, producto de la especialidad de los documentos que conserva y de las tareas que se asignan en relación con documentos notariales. Así, el registro de los índices notariales y el deber de denunciar las irregularidades en el



ejercicio de la función notarial.

El Archivo Notarial expide testimonios y certificaciones de las escrituras. Cabría cuestionarse si la expedición de testimonios y certificaciones es una función meramente documental o bien, si del Archivo Notarial se exige una labor de control, de verificación del contenido y elementos del acto.

2.- El testimonio y sus partes

El Código Notarial reconoce al Archivo Notarial la función de expedir testimonios de escrituras y certificaciones. Una función que no es exclusiva del Archivo Notarial, puesto que también corresponde al notario público en las condiciones que el Código determina.

En primer término, cabe señalar que la expedición de testimonios y la emisión de certificaciones al igual que las copias auténticas constituyen medios de reproducción de instrumentos públicos, según se deriva del artículo 112 del Código que regla la materia notarial. La escritura pública tiene carácter de instrumento público según lo dispuesto por el artículo 369, in fine, del Código Procesal Civil.

La expedición de testimonios de una escritura otorgada en un protocolo custodiado por el Archivo corresponde al notario que la autorizó o al funcionario encargado de custodiar el protocolo, artículo 113. Lo cual se refiere a la competencia del Archivo Notarial.

En segundo lugar, el Código Notarial norma la expedición misma del testimonio por parte del notario o del Archivo Notarial. Interesa resaltar que en orden a los requisitos que debe tener el testimonio y el procedimiento correspondiente, el Código no diferencia en el órgano que expide. Por consiguiente, las disposiciones que incluyen se aplican tanto al notario que expide testimonios de las escrituras por él autorizadas como al Archivo Notarial en el ejercicio de su competencia.

Tomando en cuenta lo anterior, procede recordar que el testimonio es un documento que reproduce un instrumento público original, lo que se hace constar en el testimonio. Dispone el artículo 114 del Código Notarial:

“ARTÍCULO 114.- Estructura de los testimonios

Los testimonios constituyen la reproducción del instrumento público original. Constan de dos partes: la copia literal, total o parcial, de la matriz y el engrose, que le confiere calidad ejecutoria para producir los efectos jurídicos respectivos”.

El valor del testimonio deriva tanto del hecho de ser la copia literal del instrumento público original, como particularmente del engrose, pues es este el que determina la eficacia del testimonio. Ese engrose constituye la manifestación del notario o del Archivo Notarial sobre la reproducción que se está realizando, su identificación plena y la conformidad con el original. Dispone, así, el numeral 115 del Código:

“ARTÍCULO 115.- Engrose

El engrose debe hacer constar que se reproduce el instrumento matriz, identificándolo con su número, la página donde se inicia y el tomo del protocolo donde consta; la conformidad de la confrontación con el original; además, si se trata del primer testimonio o de ulterior y en qué momento se expide, así como el lugar, la hora y la fecha, si se extiende con posterioridad a la autorización de la matriz. En la reproducción parcial debe expresarse esta circunstancia.

Al expedirse el testimonio en virtud de orden judicial o de funcionario autorizado por ley, en el engrose se indicará el tribunal o el funcionario que lo ordena, su nombre y el cargo que desempeña, la fecha de la orden o la hora y la fecha de la resolución respectiva.

El notario deberá firmar el testimonio e imprimir al lado o al pie su sello”.

El testimonio que puede expedir el Archivo Notarial es un testimonio “ulterior”, en los términos del artículo 117 del Código. En efecto, se trata necesariamente de un testimonio expedido con posterioridad a la firma de la escritura original, puesto que se requiere que el protocolo esté depositado en el Archivo. Por otra parte, de acuerdo con ese mismo artículo 117, el testimonio ulterior puede ser expedido por el Archivo Notarial a solicitud no sólo de las partes, sino de cualquier persona con interés legítimo, o bien, por orden de un funcionario en el cumplimiento de su competencia. De allí la importancia de determinar si el Archivo puede negarse a expedir el testimonio.

Aparte de la copia literal y del engrose, el testimonio puede contener notas. En primer término, el artículo 118 permite que las adiciones o enmiendas practicadas en la matriz sean incorporadas al testimonio como parte de la copia o bien, agregarse por medio de nota al pie.

Las notas se utilizan también en caso de que se detecten errores y omisiones de copia. Dispone el 118 en su segundo y tercer párrafo:

“ARTÍCULO 118.- Correcciones en los testimonios (...).

Los errores y las omisiones de copia que se detecten al expedir el testimonio, se especificarán y salvarán a continuación del engrose, como nota antes de la firma respectiva. Los que se adviertan después podrán enmendarse mediante razón notarial, fechada y autorizada por el notario público, al pie del testimonio.

Con igual autorización, los errores y las omisiones del engrose podrán corregirse después de la firma del testimonio. (...).”.

Esos errores pueden derivarse de la labor de reproducción, ser consecuencia de la actuación de quien reproduce. Caso en el cual pueden corregirse después de engrose, como nota antes de la firma respectiva. Si se trata de errores del engrose, se corrigen después de la firma del testimonio.

Disposiciones que se aplican a las certificaciones, según el numeral 120 del Código.

Hablamos de errores en la copia. Pero qué pasa si a la hora de reproducir, quien lo hace detecta errores u omisiones en el instrumento público? Puede el Archivo Notarial que constata esa omisión hacerlo ver o en su caso, negarse a expedir el testimonio?.

B.- EXPEDIR TESTIMONIOS NO IMPLICA DETERMINAR VALIDEZ DEL INSTRUMENTO PÚBLICO

La Dirección del Archivo Nacional consulta por cuanto considera que no procede la expedición de testimonio en determinados casos. Así, cuando la escritura no contiene firmas, la escritura dice “no corre” o “anulada”, cuando la escritura no ha sido firmada por el notario, la escritura ha sido rescindida por nota marginal o es ilegible. Es decir, el motivo por el cual el Archivo Notarial se negaría a expedir el testimonio de una escritura radicaría en que esta presenta defectos que permitirían dudar de su existencia o bien, de su validez y eficacia. Lo que nos obliga a referirnos a los elementos de la escritura y a los defectos que esta puede presentar.

1.- La existencia de escritura y las firmas

Se consulta si puede expedirse un testimonio respecto de una escritura que no ha sido firmado por las partes o por el notario.

La escritura es el documento protocolario por excelencia, lo que explica el cuidado con que el Código Notarial regula sus elementos constitutivos y sus efectos.

Dispone el Código que la escritura tendrá tres partes, artículo 81, introducción, contenido y conclusión. Estas partes se dividen a su vez en otros elementos.

Así, la introducción está compuesta por el encabezamiento, la comparecencia y las representaciones. El contenido estará formado por los antecedentes y las estipulaciones de los comparecientes. La conclusión incluirá las reservas y advertencias notariales, las constancias, el otorgamiento y la autorización. Se regula en detalle la introducción y la conclusión.

El encabezamiento comprende los elementos que identifican la escritura y al notario autorizante: el número de escritura, el nombre y apellido del notario, su condición de tal y el lugar de la oficina, artículo 82.

La comparecencia comprende los elementos necesarios para distinguir e identificar a los otorgantes: nombre y apellidos, clase de documento de identificación y su número, estado civil, profesión, domicilio, entre otros, artículo 83. Cabe recordar que conforme el numeral 39, el notario debe identificar, “cuidadosamente y sin lugar a dudas” tanto a las partes como a cualquier otra persona que deba intervenir en el acto o contrato que autoriza.

El contenido del acto hace referencia al acto o contrato contenido en la escritura. En relación con ese acto o contrario, el notario puede incluir antecedentes del acto o negocio y, necesariamente, la redacción del acto o contrato conforme lo dispone el ordenamiento para efectos de su eficacia.

La conclusión se inicia con las reservas y advertencias que jurídicamente el notario debe hacer a los comparecientes. Le siguen los elementos respecto de los cuales el notario debe dejar constancia, como son, artículo 90, los documentos que sirven como prueba para dar fe de un hecho o circunstancia, el haber tenido a la vista los documentos no esenciales a que se refiere la escritura.

La consulta está relacionada con dos elementos fundamentales de la conclusión, como son el otorgamiento y la autorización, normados en los artículos 91 y 92:

“ARTÍCULO 91.- Otorgamiento

Al concluirse el acto, el notario deberá leer el contenido de la escritura a los comparecientes y, en su caso, a los testigos; asimismo, deberá permitirles a los sordos leerlas por sí mismos y dejará constancia de ello y del consentimiento o la aprobación de los interesados.

ARTÍCULO 92.- Autorización

La autorización contendrá:

- a) El nombre, los apellidos, los domicilios y la identificación de los testigos.
- b) La indicación de que se han extendido o no una o más reproducciones en el mismo acto de firmarse la escritura o de que se expedirán en el término de ley.



- c) La constancia que firman el notario público, los testigos instrumentales, los de conocimiento y los intérpretes en su caso, así como los comparecientes o el motivo por el cual estos no firman.
- d) El lugar, la hora, el día, mes y año en que se autoriza la escritura.
- e) Las notas necesarias para salvar errores, llenar omisiones y hacer aclaraciones o modificaciones.
- f) Las firmas de quienes intervienen en la escritura o las huellas digitales de los comparecientes, en su caso.

Lo dispuesto en el artículo anterior y en los incisos b) a f) del presente artículo, deberá aparecer al final de la conclusión de la escritura”.

De lo anterior se sigue que las firmas, tanto de los comparecientes, testigos como del notario autorizante constituyen un elemento sustancial de la escritura, por lo que deben necesariamente estar presentes. Esa importancia de las firmas justifica que el Código regule la ubicación de las firmas en el cuerpo de la escritura, así como se ocupe de la negativa a firmar. Al respecto, se dispone:

“ARTÍCULO 93.- Lugar y orden de las firmas

Las firmas de los comparecientes deberán consignarse en forma seguida, sin ningún espacio entre el fin de la escritura y el inicio de las firmas. Primero firmarán los comparecientes y los testigos, en su caso; al final, el notario autorizante. El incumplimiento se sancionará de acuerdo con este código.

ARTÍCULO 94.- Negativa a firmar

Confeccionada la escritura y firmada por uno o más comparecientes, si los restantes o uno de ellos no quisieren suscribirla, el notario público consignará la razón correspondiente al pie o al margen.

No obstante, si, en una misma escritura se otorgaren varios actos o contratos con existencia jurídica independiente y no condicionados entre sí, el notario la autorizará respecto de los actos o contratos cuyos comparecientes la hayan firmado, y dejará constancia de ello, al pie o al margen”.

Se afirma que la ausencia de alguno de estos elementos podría llevar a considerar que no se está ante una escritura pública. Supuesto en el cual no cabría expedir el testimonio que se solicita. Este sería el caso ante la ausencia de firmas de las partes o del notario que autoriza.

Interesa resaltar que la ausencia de firmas en el lugar establecido por el Código se sanciona con la nulidad absoluta. Nulidad que afecta el acto o contrato a que se refiere la escritura. De esa nulidad se exceptúa, sin embargo, el acto o contrato con existencia jurídica independiente y no condicionado entre sí, en caso de que los comparecientes hayan firmado el documento.

Cabría admitir que en la medida en que alguno de esos elementos partes de la escritura no esté presente, no se está en presencia de una verdadera escritura; puede incluso considerarse que esta no existe. Al ser inexistente la escritura, cabría considerar que no puede emitirse el testimonio. Ergo, el Archivo Notarial podría negarse a expedir el testimonio, máxime que la expedición del mismo podría contribuir a generar inseguridad jurídica. Empero, estima la Procuraduría que el

punto debe ser objeto de otro análisis.

Ciertamente, en la medida en que los elementos definidores de la escritura no están presentes, cabe cuestionarse si esta existe. Y si se está ante una inexistencia, resulta evidente que la expedición del testimonio resulta imposible.

El problema es que el Código Notarial no sólo no contiene disposiciones sobre la inexistencia de la escritura, sino que en forma precisa califica la falta de determinados elementos como un problema de nulidad absoluta. Es decir, sitúa el problema en el ámbito de la validez del documento. En ese sentido, la ausencia de esos elementos constituye un vicio, que inválida la escritura.

Es este el caso de las escrituras que no han sido firmadas por el notario, o alguno de los otorgantes, sin que se indique el motivo de la omisión, las no firmadas por los intérpretes o los testigos instrumentales o de conocimiento cuando su asistencia sea impuesta por el ordenamiento. En igual forma, las escrituras que no contengan el nombre del notario o no se deduce con certeza la identidad del autorizante, carezcan del nombre de algún otorgante o bien, que no indiquen hora y fecha del otorgamiento. Dispone el Código Notarial:

“ARTÍCULO 126.- Nulidad absoluta

Sin perjuicio de las nulidades que procedan conforme a la ley, en atención al cumplimiento de requisitos o condiciones relativos a las personas, los actos o contratos, serán absolutamente nulos y no valdrán como instrumentos públicos:

- a) Los no extendidos en protocolo o que no hayan sido firmados por el notario, alguno de los otorgantes sin indicar el motivo de la omisión, los intérpretes o los testigos instrumentales o de conocimiento, cuando su asistencia sea obligatoria. Se exceptúa lo previsto en el segundo párrafo del artículo 94. En cuanto al requisito de las firmas, queda a salvo lo dispuesto por el Código Civil para los testamentos.
- b) Los otorgados ante un notario que haya cesado en sus funciones, salvo si la parte que los hace valer hubiere obrado de buena fe y, al tiempo de otorgarse la escritura, todavía ejerciere sus funciones públicamente.
- c) Los escritos en un idioma distinto del español u otorgados en contravención del artículo 72.
- d) Los otorgados en contravención de lo dispuesto en el inciso c) del artículo 7 de este código, con la excepción resultante del artículo 127, los contrarios a las leyes o ineficaces o los otorgados sin las autorizaciones previas exigidas por la ley para poder realizar el acto o contrato.
- e) Los no mecanografiados o no manuscritos con tinta indeleble.
- f) Los que no contengan el nombre del notario y aquellos en los cuales del documento no pueda deducirse con certeza la identidad del autorizante.
- g) Los que no contengan en su cuerpo el nombre y los apellidos de algún otorgante.
- h) Los que no indiquen la hora y fecha del otorgamiento o la confección.
- i) Los declarados falsos por sentencia con autoridad de cosa juzgada”.

Tomando en cuenta la calificación que hace el Código de los defectos que presentan las escrituras, tenemos que la negativa del Archivo Notarial de expedir un testimonio fundándose en la ausencia de firmas implicaría una valoración sobre la validez de la escritura. Es decir, el Archivo Notarial determinaría que la escritura presenta un vicio y que ese vicio es de tal gravedad que



impide considerar que la escritura es válida y pueda surtir efectos jurídicos. Empero, esa valoración escapa a la competencia del Archivo Notarial y, en general, de la Dirección General del Archivo Nacional. En principio, la declaratoria de nulidad absoluta de una escritura corresponde al Poder Judicial, en ejercicio de la función jurisdiccional. Tómese en cuenta que si el Archivo Notarial tuviere la potestad de no expedir testimonio fundándose en la presencia de un vicio de nulidad absoluta, el notario que ha otorgado la escritura también podría negarse a expedir el testimonio, situación que en nuestro criterio pone de manifiesto que la ausencia de firmas en los términos indicados no puede ser un motivo para no expedir un testimonio por parte del Archivo Notarial.

Por otra parte, la negativa de expedir un testimonio en virtud de la nulidad absoluta de la escritura deja de lado que esa nulidad no implica ineficacia absoluta. En efecto, la escritura anulada tiene el valor de un documento privado de fecha cierta, salvo si ha sido autorizada por un notario que tuviere interés directo o indirecto en el negocio, inciso c del artículo 7 o bien, si el acto o negocio es contrario a las leyes o ha sido otorgado sin contar con las autorizaciones exigidas por la ley para realizar el acto o contrato.

Si la escritura nula puede tener ciertos efectos jurídicos, se comprende que, a pesar de la nulidad, las partes o el interesado o incluso una autoridad pública estén facultados para solicitar que se expida un testimonio por parte del Archivo Notarial. Lo que viene a redundar en la incompetencia del Archivo Notarial para negarse a expedir el testimonio solicitado.

En el dictamen C-314-2006 de cita, al referirse a la ausencia de firmas, se hizo alusión al artículo 54 de Código Notarial. Se indicó al efecto:

“Por último, nótese que el artículo 54 del Código Notarial confiere una competencia de revisión a cargo de la Dirección General del Archivo Nacional en lo que atañe a la verificación de las firmas del notario, no haciéndola extensiva a otros elementos de la escritura”.

Agregándose luego que fuera de lo anterior no existen normas que atribuyan al Archivo Notarial la verificación de los requisitos que deben contener las escrituras.

Es de advertir, sin embargo, que la labor que el artículo 54 del Código asigna al Archivo Notarial no implica una valoración sobre la existencia misma de la escritura ni de su validez. La función del Archivo Notarial está prescrita respecto de la entrega del protocolo, sin que se indique cuál es el efecto de la verificación de las firmas en orden a las escrituras. Pareciera que esa verificación está relacionada con la autorización para que el notario pueda solicitar un nuevo tomo de protocolo. Es decir, si existen escrituras sin firmas, el Archivo Notarial podría rechazar la solicitud de autorización de un nuevo tomo de protocolo. Preceptúa el artículo 54 de mérito:

“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”.

En virtud del texto y del contexto del artículo 54, de éste no puede derivarse una competencia para valorar la existencia de una escritura para efectos de la expedición de un testimonio. Tómese en cuenta que en el propio dictamen C-314-2006 se indica que carece de competencia para emitir criterio sobre la validez del documento:

“... Mucho menos, que exista competencia para que, de identificarse alguna omisión, se emita el criterio definitivo sobre la validez del documento (artículo 126 del Código Notarial) Si detecta algún elemento que lo haga dudar de la validez del documento, es en el engrose del segundo testimonio donde bien podría hacerse mención de la circunstancia (artículo 115), tal y como sucede con la eventualidad de que la escritura matriz no presente la firma de alguno de los comparecientes”.

Criterio que se reafirma. Conforme lo cual si al solicitarse la expedición de un testimonio de escritura, el Archivo Notarial detecta la ausencia de la firma del notario, de alguno de otorgantes sin que se indique el motivo de la omisión, de los intérpretes o los testigos instrumentales o de conocimiento, cuando su asistencia sea obligatoria, deberá necesariamente indicar esa omisión en el engrose.

Para efectos de determinar la procedencia de expedir testimonios, el Archivo Notarial considera otros supuestos en los que no se estaría ante una nulidad o inexistencia de la escritura.

2.- Escrituras que “no corren” o “anuladas”

Consulta la Dirección del Archivo Nacional la situación de escrituras que dicen “no corre” o “anulada” y en las cuales no aparecen firmas o sólo aparecen algunas firmas. Asimismo, respecto de escrituras que tienen una nota marginal por la cual se las rescinde.

Cabe considerar que las escrituras que tienen la razón de “no corre” o “anuladas” son aquellas a las cuales el Código Notarial se refiere como “invalidadas” o “no autorizadas”. Así, en el artículo 28 prohíbe invalidar en el protocolo un instrumento reportado en el índice como debidamente otorgado y convalidar uno que ya se ha informado como no autorizado. Dispone el artículo mencionado:

ARTÍCULO 28.- Corrección de los índices

Una vez presentado el índice, no procederá corregir la información declarada en él, salvo los simples errores materiales. Por ninguna circunstancia, podrá invalidarse en el protocolo un instrumento reportado en el índice como debidamente otorgado ni podrá convalidarse uno que ya se haya informado como no autorizado”.

La redacción de este artículo permite considerar que el notario puede invalidar escrituras, en cuyo caso las pondrá en el índice como “no autorizada” o “invalidada” según el motivo. Es lo que en la práctica se conoce como “no corre”. Esas escrituras no autorizadas o invalidadas deben constar en el índice de escrituras, según resulta del artículo 28 y del Reglamento para la presentación de índice de escrituras, Decreto Ejecutivo N° 33398 de 26 de junio de 2006. Del artículo 8 de este Decreto se deriva en forma indubitable que un instrumento público puede ser reportado en el índice como no válido, en cuyo caso la información no podrá ser variada. En igual forma, si se ha reportado una escritura como válida, no puede ser luego invalidada por el notario.

Por otra parte, el artículo 54 antes transcrito obliga al Archivo Notarial a verificar que “todos los instrumentos públicos válidos hayan sido suscritos por el notario”. Lo que significa, a contrario sensu, que puede haber instrumentos públicos inválidos y que respecto de estos no se exige que hayan sido suscritos por el notario. Es de advertir, sin embargo, que esa invalidación se realiza por parte del propio notario. No se está en los supuestos de nulidad el artículo 126 del Código a que anteriormente hicimos referencia.

Ahora bien, el artículo 28 del Código se refiere a los instrumentos públicos invalidados como “no autorizados”. Lo que significa que si el notario ha invalidado un instrumento, este no se considera autorizado. La ausencia de autorización consta en el propio documento y es emitida por el propio notario, único facultado para autorizar. Al existir una voluntad del notario de no autorizar, resulta



claro que no se está ante una escritura pública y ello por expresa disposición del Código. Al constar que el notario no autoriza el documento, este no puede ser considerado documento notarial en los términos del artículo 70 del Código Notarial. Y al no estarse ante una escritura pública autorizada, podría el Archivo negarse a expedir el testimonio que se solicita.

Debe tomarse en cuenta, además, que la expedición de un testimonio de escritura tiene como objeto probar la existencia de este instrumento, así como del acto o negocio jurídico que las partes decidieron realizar. En ese sentido, es un medio no sólo de comprobación de la voluntad de las partes, de los elementos que tuvieron en cuenta para declararla, sino de la eficacia del negocio o acto que las partes han realizado. Aspectos que derivan del artículo 124 del Código:

“ARTÍCULO 124.- Existencia y efectos sustantivos

La existencia del instrumento público se comprueba mediante el original o las reproducciones de la matriz legalmente expedida. Produce, por sí mismo, los efectos jurídicos que deban derivarse de la voluntad de los otorgantes; obliga a las oficinas correspondientes para darle el trámite necesario a fin de cumplir lo querido por los otorgantes y prueba, también por sí mismo, los hechos, las situaciones y las demás circunstancias de que el notario haya dado fe en el ejercicio de su función”.

Efectos que no pueden derivar de un testimonio de una escritura a la cual se le ha puesto la razón de “no corre” o de “anulada” y que además no constan las firmas de los otorgantes ni del notario que debía autorizar. Ausencia de firmas que es consecuencia misma de la decisión del notario de no autorizar. En ese sentido, bien pareciera que se trata de un proyecto de escritura y no de una escritura. Por otra parte, la emisión de un testimonio en esas condiciones puede crear incerteza jurídica en el tanto en que las partes pretendan hacer derivar de ese acto algún efecto jurídico.

3.- Escrituras “rescindidas” o revocadas

Se consulta en relación con las escrituras que han sido rescindidas. Mediante una escritura posterior se puede dejar sin efecto el contenido de una escritura anterior. Supuesto que obliga al notario autorizante de la última a poner una nota marginal en la escritura rescindida, modificada o revocada. Dispone el artículo 97 del Código:

“ARTÍCULO 97.- Notas marginales de referencia

Siempre que se adicione, rescinda o modifique, en cualquier forma, el contenido de una escritura pública o se revoque o modifique un testamento o un poder especial, por medio de otra escritura pública otorgada con posterioridad, el notario autorizante de la última estará obligado a consignar, mediante nota marginal en la escritura adicionada, rescindida, modificada o revocada, el nombre y los apellidos del notario, el tomo, folio y número de la escritura donde se realizó la adición, revocación, rescisión o modificación, si fuere el tomo del protocolo en uso.

Si el tomo del protocolo donde debe consignarse la nota marginal indicada en el párrafo anterior perteneciere a otro notario o estuviere depositado en el Archivo Notarial, el otorgante de la modificación deberá notificar al otro notario para que este la lleve a cabo o al Archivo Notarial; en tal caso, acompañará la nota con el índice notarial respectivo, para que el Archivo la consigne dentro de las veinticuatro horas siguientes al recibo de la notificación.

La notificación podrá realizarse personalmente o por telegrama, correo certificado o facsímil.

El notario que incumpla lo establecido en este artículo será sancionado de conformidad con este código”.

El hecho de que se rescinda o modifique el contenido de una escritura no prejuzga sobre la naturaleza de este documento. La escritura como documento mantiene su existencia y naturaleza y, por ende, respecto de ella podrá emitirse un testimonio. En este caso, sería necesario que en el engrose del testimonio se haga referencia a la nota correspondiente. Ergo, en el testimonio debe hacerse constar que el contenido de la escritura ha sido adicionado, rescindido, modificado o revocado el testamento.

Se consulta también respecto de las escrituras ilegibles. El Código Notarial señala que los documentos notariales deben ser legibles, artículo 73. En caso de que el documento sea ilegible, de manera tal que se imposibilite en forma absoluta su reproducción, el Archivo Notarial estaría imposibilitado materialmente de ejercer su competencia, expidiendo el testimonio que se solicita.

CONCLUSION:

Conforme lo antes expuesto, es criterio de la Procuraduría General de la República, que:

1. El Código Notarial permite al notario que ha autorizado una escritura o en su defecto, al Archivo Notarial a expedir testimonios de escrituras públicas. El testimonio debe reunir los requisitos dispuestos legalmente, independientemente de que sea emitido por el notario autorizante o por el Archivo Notarial. Por consiguiente, las disposiciones que se incluyen se aplican tanto al notario que expide testimonios de las escrituras por él autorizadas como al Archivo Notarial en el ejercicio de su competencia.
2. La ausencia de firmas del notario o de alguno de los otorgantes, sin que se indique el motivo de la omisión, las no firmadas por los intérpretes o los testigos instrumentales o de conocimiento cuando su asistencia es impuesta por el ordenamiento, constituye un vicio, que inválida la escritura.
3. Se trata de un vicio de nulidad absoluta en los términos del artículo 126 del Código Notarial.
4. El ordenamiento jurídico no ha atribuido competencia ni al Archivo Notarial ni a la Dirección General del Archivo Nacional para determinar la validez de una escritura pública. Consecuentemente, dichos órganos carecen de competencia para declarar o determinar la nulidad absoluta de una escritura.
5. En caso de que al solicitársele la expedición de un testimonio, el Archivo Notarial advierta la existencia de un vicio que sea susceptible de acarrear la nulidad absoluta de la escritura, como es el caso de la omisión de firmas en los términos indicados, deberá hacerlo constar así en el engrose.
6. De los artículos 28 del Código Notarial y 8 del Reglamento para la Presentación de índice de escrituras, Decreto Ejecutivo N° 33398 de 26 de junio de 2006, se deriva que el notario público puede invalidar escrituras en su protocolo o bien, tenerlas como no autorizadas. Al constar que la escritura no ha sido autorizada, se deriva que no se está ante un instrumento público para los efectos de la expedición de testimonio.
7. Consecuentemente, el Archivo Notarial puede válidamente negarse a emitir un expediente de una escritura que lleva la razón de “no corre”, “no autorizada”, colocada por el propio notario público.
8. El hecho de que se rescinda o modifique el contenido de una escritura no prejuzga sobre la

naturaleza de este documento. La escritura como documento mantiene su existencia y naturaleza y, por ende, respecto de ella podrá emitirse un testimonio. No obstante, en el engrose del testimonio debe hacerse constar que el contenido de la escritura ha sido adicionado, rescindido, modificado o, en su caso revocado el testamento.

9. En caso de que el documento sea ilegible, de manera tal que se imposibilite su reproducción, el Archivo Notarial estaría imposibilitado materialmente de ejercer su competencia, expidiendo el testimonio que se solicita.

10. Procede aclarar el dictamen N° C-314-2006 de 7 de agosto de 2006 en el sentido de que la verificación de firmas dispuesta en el artículo 54 del Código Notarial tiene como único objeto la revisión de los requisitos para que proceda autorizar la entrega de un nuevo tomo de protocolo. Dicho numeral no faculta al Archivo Notarial para verificar la regularidad jurídica de una escritura y, en particular, si se está ante uno de los vicios a que se refiere el artículo 126 del mismo cuerpo normativo.

De Ud., muy atentamente,

Dra. Magda Inés Rojas Chaves

Procuradora Asesora

MIRCH/mvc



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 TRIBUNAL DE NOTARIADO.- Sentencia número 69 de las nueve horas cuarenta y cinco minutos del veintitres de marzo de dos mil seis. Expediente: 03-000897-0627-NO.
- 2 TRIBUNAL DE NOTARIADO.- Sentencia número 98 de las nueve horas veinte minutos del tres de mayo de mil novecientos noventa y siete. Expediente: 03-000890-0627-NO.
- 3 TRIBUNAL DE NOTARIADO.- Sentencia número 191 de las nueve horas cincuenta minutos del veintitres de octubre de dos mil tres. Expediente: 01-001274-0627-NO.
- 4 TRIBUNAL DE NOTARIADO.- Sentencia número 35 de las nueve horas treinta minutos del veinticuatro de febrero de dos mil cinco. Expediente: 03-000916-0627-NO.
- 5 TRIBUNAL DE NOTARIADO.- Sentencia número 223 de las nueve horas treinta y cinco minutos del veinticuatro de noviembre de dos mil cinco. Expediente: 03-000984-0627-NO.
- 6 TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL SECCIÓN EXTRAORDINARIA.- Sentencia número 26 de las nueve horas diez minutos del quince de febrero de dos mil siete. Expediente: 02-000767-0164-CI.
- 7 TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN OCTAVA.- Sentencia número 12 de las dieciseis horas treinta minutos del diecinueve de setiembre de dos mil ocho. Expediente: 01-000806-0163-CA.
- 8 TRIBUNAL DE NOTARIADO.- Sentencia número 225 de las diez horas cuarenta minutos del veintisiete de noviembre de dos mil tres. Expediente: 99-000207-0627-NO.
- 9 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictamen número 219 del cuatro de julio de dos mil siete. Dirigido a la Licenciada Virginia Chacón Arias. Directora Ejecutiva del Archivo Nacional.