



ARCHIVO NOTARIAL

Rama del Derecho: Derecho Notarial.	Descriptor: Archivo Notarial.
Palabras Claves: Archivo Notarial, Tribunal de Notariado Sentencia 06-13, Procuraduría General de la República Dictámenes 308-06 y 219-07.	
Fuentes de Información: Normativa, Doctrina y Jurisprudencia.	Fecha: 12/11/2014.

Contenido

RESUMEN	2
NORMATIVA	2
Atribuciones del Archivo Nacional.....	2
DOCTRINA	2
Reseña Histórica del Archivo Notarial	2
JURISPRUDENCIA.....	4
Artículo 25 Inciso d del Código Notarial.....	4
PRONUNCIAMIENTOS DEL PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA	10
1. Sobre las Funciones del Archivo Nacional	10
2. Funciones del Archivo Notarial, Artículo 25 del Código Notarial, Expedición de Testimonios y Nulidad de Escrituras Públicas	19

RESUMEN

El presente documento contiene jurisprudencia y doctrina sobre el **Archivo Notarial**, considerando los supuestos del artículo 25 del Código Notarial.

NORMATIVA

Atribuciones del Archivo Nacional [Código Notarial]ⁱ

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.

DOCTRINA

Reseña Histórica del Archivo Notarial [Archivo Nacional]ⁱⁱ

En el ejercicio del notariado en Costa Rica, el Archivo Notarial se convierte en una institución que juega un papel importante y actual, toda vez que, conforme lo estable la legislación vigente –tanto el Código Notarial, como la archivística, la Ley del Sistema

Nacional de Archivos- es el responsable de reunir, organizar, conservar y facilitar los índices y protocolos notariales y consulares desde el año 1900.

Desde la creación del Archivo Nacional vamos a encontrar en los diferentes organigramas de la institución la existencia de un área responsable de la documentación notarial. Así podemos mencionar:

- En los años de 1881 a 1982 se denominaba: “ Sección Jurídica”
- De 1982 a 1990 encontramos una sección dependiente de la Subdirección denominada “Protocolos Notariales Actuales”
- En los años 1990 a 1998 pasa de sección a “Departamento Archivo Notarial”, con tres secciones: Índices Notariales,

Reproducciones Notariales y Atención al Público.

A partir de 1998 su denominación es igual, pero en aras de una estructura más plana que facilite la organización y control desaparecen las tres secciones.

El Archivo Notarial es un departamento del Archivo Nacional de Costa Rica, institución desconcentrada del Ministerio de Cultura Juventud y Deportes –según lo establece el artículo 11 de Ley Nº 7202 del Sistema Nacional de Archivos- y cuya misión es la de ser la entidad que reúne, conserva, organiza y facilita los documentos textuales, gráficos, audiovisuales y legibles por máquina, que constituyen el Patrimonio Documental de la Nación, así como ser la entidad rectora del Sistema Nacional de Archivos.

Cabe señalar que actualmente la nomenclatura de “Archivo Notarial” obedece en toda su expresión a las funciones que realiza como archivo, es decir, la función de reunir, organizar, conservar y facilitar los documentos originales notariales.

En cuanto a la dependencia jerárquica del Archivo Notarial lo es la Dirección General del Archivo Nacional, mantiene estrecha relación a lo interno de la institución con otros departamentos, especialmente con el Departamento de Conservación, en donde se microfilman, encuadernan y restauran los protocolos notariales y el Departamento de Cómputo que ofrece todo el soporte en cuanto a equipamiento y sistemas informáticos.

A lo externo de la institución tiene estrecha relación con el Consejo Superior Notarial, órgano encargado de organizar el notariado costarricense y donde la Junta Administrativa del Archivo Nacional tiene un representante; con el Colegio de Abogados; con los diferentes registros del Registro Nacional, Juzgado Notarial y despachos judiciales en general.

En este Departamento encontramos funcionarios altamente capacitados para realizar las funciones encomendadas en la ley y que se encuentran comprometidos con el cumplimiento de los servicios que se prestan a los usuarios, resguardando de manera eficiente y eficaz la documentación notarial.

JURISPRUDENCIA

Artículo 25 Inciso d del Código Notarial

[Tribunal de Notariado]ⁱⁱⁱ

Voto de mayoría:

“2. Sobre la competencia de la Dirección Nacional de Notariado y la Jurisdicción Disciplinaria Notarial en relación con aquellas faltas derivadas a) del incumplimiento de lineamientos y directrices o exigencias impuestas por la propia Dirección o por cualquier otra dependencia en el ejercicio de sus funciones (140/7764) y b) del incumplimiento de alguna disposición legal o reglamentaria que les imponga deberes u obligaciones -a los notarios- sobre *la forma* en que deben ejercer la función notarial (144-e/7764). Las resoluciones que cita y aporta la notaria en su defensa, efectivamente son contestes, aunque no unánimes, en sostener, evidentemente por mayoría, que muchas de las faltas aquí examinadas y sancionadas por el Juez a quo, son en criterio de la Sala Primera, competencia de la Dirección Nacional de Notariado y no de la jurisdicción disciplinaria notarial, criterio que se origina en la resolución 31-C-S1-2010 de las 11:25 del 6 de enero de 2010 y que se ha reiterado tal y como acredita en autos la notaria accionada. No obstante lo anterior y con el debido respeto para la sesuda opinión de la mayoría de los distinguidos integrantes de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, luego de haber examinado detenidamente el dilema en cuestión, la opinión de esta cámara se decanta por el criterio de minoría, reivindicado de manera consistente por la Magistrada Anabelle León Feolli, acompañada en algún momento por la magistrada suplente Fernández Brenes: resolución número 001070-C-S1-2011. Veamos las razones de nuestra posición: la relación de las reglas 140 párrafo segundo y 144 inciso “e” ambos de la Ley N ° 7764, Código Notarial, presentan un claro -sin embargo aparente- dilema en materia de competencia disciplinaria, pues en la primera regla se otorga la competencia disciplinaria a la Dirección Nacional de Notariado para sancionar a los notarios cuando incumplen lineamientos o directrices o exigencias impuestas a los notarios por esa misma dirección o por cualquier otra dependencia en el ejercicio de sus funciones (potestad otorgada a la Dirección Nacional de Notariado en la norma 24 inciso “d”: *es atribución de ella emitir lineamientos de acatamiento obligatorio*), sin embargo el artículo 144 inciso “e” del

mismo cuerpo legal, Código Notarial dispone que la jurisdicción disciplinaria notarial impondrá a los notarios suspensión de uno a seis meses, según la gravedad de la falta, cuando incumplan alguna disposición, legal o reglamentaria, que les imponga deberes u obligaciones sobre la forma en que deben ejercer la función notarial. En opinión de ésta cámara el problema interpretativo consiste en asimilar los conceptos de "*lineamientos o directrices o exigencias impuestas a los notarios por esa misma dirección o por cualquier otra dependencia en el ejercicio de sus funciones*" del artículo 140, con "*las disposiciones legales o reglamentarias, que les imponga deberes u obligaciones a los notarios sobre la forma en que deben ejercer la función notarial.*"

del artículo 144 inciso "e"; siendo evidente que se está haciendo relación de cinco categorías normativas distintas: 1) lineamientos, 2) directrices y 3) exigencias (rara avis jurídica de ignota naturaleza pero fácilmente comprensible dentro del concepto de lineamiento o directriz) emitidos por la Dirección Nacional de Notariado o por cualquier otra dependencia en el ejercicio de sus funciones, hasta aquí la norma 140/7764, y 4) disposiciones legales en sentido propio y 5) disposiciones reglamentarias en sentido propio, acorde con la regla 144-e/7764. A la luz de las cinco categorías descritas, una de ellas de muy curiosa identidad y significado, resulta algo evidente que la competencia de la Dirección Nacional de Notariado se abre en cuanto haya transgresión potencial de sus lineamientos y directrices, amén de exigencias análogas, y que la competencia de la jurisdicción disciplinaria notarial, lo hace ante la eventual transgresión de disposiciones legales o reglamentarias, en sentido propio en ambos casos. Podría elucubrarse alguna especie de zona conceptual gris común entre los lineamientos, las directrices y las exigencias análogas, con los reglamentos (y las leyes), sin embargo ni los lineamientos ni las directrices son con propiedad normas reglamentarias en sentido preciso. Pero abundar sobre tal punto resultaría completamente innecesario toda vez que en el caso concreto, en el sub júdice, el Juez a quo ha fundado la responsabilidad disciplinaria que ha decretado, en la transgresión de obligaciones derivadas de la ley. No hace ningún tipo de elucubración sobre lineamientos, directrices, exigencias análogas o reglamentos, tan solo destaca mediante la laboriosa relación de treinta y seis hechos probados, la violación directa en la forma de ejercicio de la función notarial, de normas contenidas en la Ley 7764, siendo la labora tan sencilla como espigar en la sentencia dictada: folio 52 en adelante, considerando IV, se alude a la regla 83/7764; considerando V, regla 73/7764; considerando VI, regla 75/7764 y 96/7764; considerando VII, regla 91/7764, considerando VIII regla 92 inciso b / 7764; considerando IX, regla 54/7764 en relación con el 73/7764. En virtud de lo expuesto, y con el debido respeto para el criterio de mayoría de la Sala Primera, opina este Tribunal, que en el sub júdice, por haberse atribuido la violación de disposiciones legales -en sentido propio- sobre la forma de ejercer la función notarial, la norma sancionatoriaaplicable es el artículo 144 inciso "e" de la Ley 7764 y que ella sólo puede ser aplicada por la Jurisdicción

Disciplinaria Notarial. En consecuencia se rechaza la incompetencia alegada para que una vez firme la presente resolución, se proceda a conocer el recurso de apelación entablado. Para mayor abundamiento y para comodidad de las partes se procede a transcribir el voto salvado de la Magistrada Anabelle León Feoli en la resolución número 001070-C-S1-2011 de la SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las diez horas cincuenta y cinco minutos del treinta y uno de agosto de dos mil once: *"Voto Salvado de las Magistradas León Feoli y Fernández Brenes, con redacción de la primera. Con respeto, nos apartamos del criterio de la mayoría de esta Sala. Estimamos que el órgano competente para el trámite de este asunto no es la Dirección Nacional de Notariado (la Dirección, en adelante) sino el Juzgado Notarial. Los motivos que así lo justifican son los siguientes:*

- I. Base del presente caso lo constituye una denuncia del Archivo Notarial, por detectar que el notario omitió firmas en escrituras de su protocolo. Se gestionó ante el Juzgado Notarial, quien se declaró incompetente por razón de la materia y dispuso remitir el expediente a la Dirección. El señor Juez se fundamentó citando un precedente de esta Cámara, donde de modo sucinto y en orden a lo dispuesto en los artículos 4 y 140 del Código Notarial, consideró que ante tres omisiones de firmas del notario en los instrumentos públicos, así como una fuera del margen, el respectivo asunto lo debe conocer a la Dirección.
- II. El representante de este órgano objeta esa decisión y emite una serie de argumentos en su apoyo, a fin de que esta Sala, en definitiva, determine que es el Juzgado Notarial el competente.
- III. Respecto a la línea argumentativa del Juzgado y su referencia a la citada resolución de esta Sala, ciertamente, el canon 140 del Código Notarial, que allí se menciona, se refiere al radio competencial de la Dirección, aludiendo a los aspectos que debe conocer. Pero, esa norma debe relacionarse con los preceptos 138 y 141 *Ibídem.*, pues todos, en su conjunto, permiten discernir la voluntad de legislador, en cuanto a la distribución de competencia entre el referido órgano administrativo y el Juzgado Notarial, quien es propio del ámbito jurisdiccional.
- IV. En esta tesis, un estudio aislado de los artículos 140 y 141 del Código Notarial, podría permitir interpretar, erróneamente, que la función disciplinaria e imposición de sanciones está asignada, como regla, al órgano administrativo, y solo como vía de excepción al jurisdiccional. A partir de allí, es posible incurrir en el yerro de entender que están comprendidas, dentro de la competencia de la Dirección, una serie de atribuciones que en realidad no le corresponden. En efecto, el 140 estatuye que la Dirección deberá decretar suspensiones y también disciplinar. Mientras que el 141 indica que “En todos los demás casos, la competencia disciplinaria les corresponderá a los órganos jurisdiccionales indicados en el artículo 169”. No obstante, el análisis

determina lo contrario por estos motivos: nótese, la primera norma detalla los aspectos que la Dirección tiene asignados a su cargo. Son ellos: 1.- Decretar las suspensiones ante las causas de impedimento señaladas en el canon 4 de esa Ley. 2.- Suspender cuando falten requisitos o condiciones para el ejercicio del notariado. 3.- Disciplinar a los notarios por incumplir los lineamientos y las directrices o exigencias dispuestas por esa Dirección u otra dependencia en el ejercicio de sus funciones. 4.- Ejercer el régimen disciplinario por la falta de presentación de los índices notariales. A reserva de esas atribuciones, como lo estipula el canon 141: "En todos los demás casos, la competencia disciplinaria les corresponderá a los órganos jurisdiccionales indicados en el artículo 169". En otras palabras, parafraseando esas disposiciones a fin de desentrañar su sentido, todos los casos disciplinarios serán de competencia del Juzgado Notarial, salvo aquellas cuatro situaciones específicas que la Ley le asigna a la Dirección. Este criterio se ratifica, con claridad meridiana, del texto del artículo 138, cuando estipula: "Excepto las sanciones que, según este Código, le corresponde imponer a la Dirección Nacional de Notariado, es competencia del Poder Judicial, por medio de los órganos determinados en la presente ley, ejercer el régimen disciplinario de los notarios públicos y hacer efectiva la responsabilidad civil por sus faltas". Evidentemente, la competencia, como regla, está atribuida al Juzgado Notarial y solo los casos excepcionales a la Dirección. Esos supuestos son los previstos en el numeral 140 de referencia.

V. La distribución de esas competencias es de resorte exclusivo del legislador. Constituye materia de reserva de ley, en consecuencia, restrictiva y, en ese predicado, no pueden ampliarse, por paridad de razón o analogía, las únicas situaciones que fueron previstas y asignadas a la Dirección. Por eso, se impone examinar si las faltas acusadas tipifican en las hipótesis legales del precepto 140 de comentario. De no calificar así, constituyen especies del género que, como regla, le está asignado al Juzgado Notarial.

VI. Cabe precisar, entonces, si lo denunciado se refiere al primer supuesto previsto en el artículo 140 del relacionado Código, relativo a los casos de impedimento contemplados en el canon 4 Ibid. Sobre el particular, es atinada la tesis de la Dirección, cuando al combatir el pronunciamiento de incompetencia del Juzgado, señala: "...se colige que la norma 4 invocada por la Honorable Sala, no se refiere ni aplica a casos de omisiones tales como por ejemplo la falta de firmas en instrumentos públicos...". Como bien lo explica, este último numeral tiene como ratio legis, situaciones que implican la pérdida de la vigencia de la función notarial por un estado impeditivo que sobreviene al notario; causas que la Dirección llegaría a valorar para determinar si procede o no habilitar para el ejercicio del notariado a algún profesional solicitante. En realidad, el susodicho artículo 4, enlista casos de impedimentos para que ciertas personas puedan ser notarias públicas. Ellos residen en una variedad de hipótesis: limitaciones físicas o mentales que conduzcan a inhabilitación para el ejercicio del

notariado; imposibilidad de tener oficina abierta al público; situaciones relacionadas con condenatorias impuestas por ciertos delitos; prisión preventiva; casos de quiebras, concurso civil o interdicción, mientras no opere la rehabilitación; ejercicio de cargos en determinadas dependencias del sector público; mora en las obligaciones atinentes a las cuotas del fondo de garantía. No cabe duda que las faltas denunciadas no encuadran en esos supuestos de hecho de la norma en estudio.

VII. Tampoco constituyen ausencia de algún requisito o condición para el ejercicio del notariado. Estos requerimientos aluden a deberes de buena conducta del notario; ausencia de impedimentos legales para ejercer el cargo, lo cual remite al precepto 4 supra analizado; requisitos académicos; lugar de residencia; prescripciones sobre la oficina, su disposición y la apertura al público; conocimiento y dominio del idioma español.

VIII. Por otra parte, el deber de rubricar las escrituras públicas que conforman los protocolos, viene impuesto por mandato legal expreso. Las formalidades que debe contener una escritura se enuncian en el precepto 81 de la codificación en examen. Allí se establecen tres partes: 1.- Introducción. 2.- Contenido. 3.- Conclusión. Explica ese artículo que la conclusión incluirá las reservas y advertencias notariales; las constancias, el otorgamiento y la autorización. En cuanto a este último elemento, dispone explícitamente el numeral 92, inciso f): “La autorización contendrá... f) Las firmas de quienes intervienen en la escritura o las huellas digitales de los comparecientes, en su caso”. El 93Ibídem., exige que las firmas se consignen en forma seguida, sin ningún espacio entre el fin de la escritura y el inicio de las rúbricas. También señala el orden de los firmantes, y dispone que el incumplimiento se sancionará de acuerdo con ese Código. Por consiguiente, queda claro, la falta acusada no constituye un incumplimiento a “...los lineamientos y las directrices o exigencias dispuestas por la propia Dirección o por cualquier otra dependencia en el ejercicio de sus funciones...”, en los términos que prevé el artículo 140 de ese cuerpo legal. Por ende, no es un aspecto que autorice a la Dirección para su trámite ni para que proceda a disciplinar al respectivo profesional. Antes bien, se trata del irrespeto a un deber impuesto expresamente por la Ley que, en ese sentido, debe conocer el Juzgado Notarial, por ser uno de “... todos los demás casos...”, cuya “...competencia disciplinaria les corresponderá a los órganos jurisdiccionales indicados en el artículo169”, según lo regula el numeral 141 Ibid.

IX. Al establecerse así que las faltas que han dado lugar a este asunto no están comprendidas en los primeros tres casos del artículo 140, pero sobre todo, que en virtud del quebranto a disposiciones normativas, la competencia está atribuida al Juzgado Notarial, no procedería siquiera examinar el último supuesto de este canon, a todas luces ajeno a la cuestión en debate. Con todo, es importante enfatizar que los hechos denunciados no califican como una “...falta de presentación de los índices

notariales". Con el debido respeto al voto de mayoría, se reitera que la asignación de competencias está dispuesta por Ley. De esta manera, según se expuso en el Considerando V, no procede hacer extensible el enunciado de situaciones concretas que, excepcionalmente, reservó para la Dirección, a otros eventos o hechos ajenos a los dispuestos. En esta orientación, si el legislador sólo detalló como causa de atribución competencial a ese órgano administrativo: "... la falta de presentación de los índices notariales", no debe asimilarse ni comprenderse por analogía, la omisión de firmas en escritura ni la rúbrica fuera del margen. De haber sido esa su voluntad, lo hubiese descrito así, en el desempeño de su potestad normativa. Por ende, no corresponde a esta Sala ampliar, ni incluir situaciones que no fueron consideradas por el legislador. En todo caso, la falta de presentación de índices notariales, que constituye un quebranto al artículo 26 Ibídem., determina la imposibilidad de aplicar las funciones de control y seguridad que debe efectuar el Archivo Notarial y, eventualmente, ante esa omisión, también la Dirección, sobre el notario, en cuanto al ejercicio cartular que periódicamente lleva a cabo. La ausencia de firmas es algo diferente. Según se detalló, representa la infracción de los artículos 81 y 92, inciso f), en concreto, quebrantos al cuerpo formal de la escritura, respecto al componente conclusivo, sobre todo, en punto a la autorización que deben brindar las personas y comparecientes ante el profesional, para validar la información notarial que él expresa en la escritura, esto es, constituye el medio para patentizar la conformidad manifiesta de ellos al autorizarla. De aquí que las consecuencias que generan sean también diversas, y si algunos de los mecanismos para constatar esas faltas pudiesen tener visos de similitud, ello no permite su equiparación, a los efectos de hacer extensivas las situaciones excepcionales que definió el legislador, asignando otras materias de conocimiento a cargo de la Dirección. Por último, es cierto que cuando se detecta la omisión de firmas o la falta de entrega de índices, aún no se ha determinado un delito en perjuicio de alguien; como también, que si esas situaciones formasen parte de alguna actividad fraudulenta o de mayor daño, procede la denuncia e investigación, pudiendo imponerse, incluso, sanciones civiles o penales. Sin embargo, no por eso debe dejarse de lado que esas faltas generan responsabilidad disciplinaria, cuya competencia quedó demarcada por ley en los términos ya establecidos.

X. En consecuencia, bien ha actuado el Archivo Notarial, quien al tenor del artículo 25, inciso d), del cuerpo legal en cita, acusó ante el Juzgado Notarial las faltas descritas, pues de cierto, la omisión de firmas constituye un quebranto al ejercicio de la función notarial, es decir, una falta a los deberes funcionales del correspondiente profesional. Por consiguiente, debió conocer ese despacho de esa denuncia. La incompetencia que decretó el Juzgado conculca los numerales 138, 140 y 141 Ibídem., e impone que se le asigne el conocimiento de este asunto, para que en definitiva lo tramite y resuelva como en derecho corresponde."

PRONUNCIAMIENTOS DEL PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

1. Sobre las Funciones del Archivo Nacional

[Procuraduría General de la República]^{iv}

C-308-2006

1º de agosto de 2006

Señora

María Elena Carballo Castegnaro
Ministra de Cultura, Juventud y Deportes

S. D.

Estimada señora Ministra:

Con la aprobación de la señora Procuradora General de la República, tengo el gusto de dar respuesta al oficio n.º D.M.635-2006, del 2 de mayo del año en curso, suscrito por el señor Guido Sáenz González, anterior Ministro de Cultura, Juventud y Deportes, en virtud del cual se requirió el criterio de este Despacho en torno a la autenticación de la firma de la jefe del Archivo Notarial, cuando expida documentos notariales certificados.

I. ANTECEDENTES Y OBJETO DE LA CONSULTA

Según nos indicó el Ministro anterior de esa Cartera, desde hace varios años ha existido la práctica en ese Ministerio consistente en que la Asesoría Jurídica institucional es la que autentica la firma de la jefa del Archivo Notarial del Archivo Nacional, cuando ese órgano expide documentos notariales certificados, para diversos fines. Agrega que dicho trámite implica que todo interesado, una vez obtenida la certificación respectiva, en la sede del Archivo Nacional, ubicada en Barrio Pinto de San Pedro de Montes de Oca, debe trasladarse hasta la sede del Ministerio para que la firma de la funcionaria del Archivo que certifica los documentos, sea autenticada por uno de los profesionales en derecho de la institución.

Se estima que el trámite de autenticación en cuestión es contrario a lo dispuesto en la *Ley de protección al ciudadano del exceso de requisitos y trámites administrativos*, n.º 8220, y resulta perjudicial para el administrado, pues el mismo Archivo Nacional cuenta con servicios de asesoría legal de planta que bien podrían llevar a cabo el trámite de rigor.

Bajo el anterior marco fáctico, se nos solicita dar respuesta a las siguientes interrogantes:

“1- En aplicación de la Ley N° 8220, es posible para este Despacho establecer que el trámite antes descrito sea de competencia exclusiva de la Dirección General del Archivo Nacional, evitándole al usuario las molestias de traslado de una sede a otra?

2- En caso afirmativo, el trámite de autenticación de las firmas que consten en certificaciones notariales expedidas por el Archivo Nacional, puede reorientarse por medio de una simple instrucción o directriz interna por parte del Despacho Ministerial, o sería necesario recurrir a otra figura por ejemplo la delegación.

3- En el caso de otros órganos desconcentrados del Ministerio de Cultura, Juventud y Deportes que cuenten con servicios de asesoría legal, podría implementarse la misma figura para encargar a cada una de esas unidades la autenticación de firmas de los funcionarios de esos órganos, que consten en documentos propios del giro de sus funciones?

Al efecto, se nos adjunta el criterio de la Dirección General del Archivo Nacional y de la Asesoría Jurídica institucional. Las funcionarias Ana Lucía Jiménez Monge, Jefa del Departamento de Archivo Notarial y la Licda. Giselle Mora Durán, Asesora Legal de la Dirección General del Archivo Nacional, mediante oficio n.º DAN-734-2005, del 9 de junio del 2005, quienes en lo que interesa, señalan:

“1. De conformidad con la Ley del Sistema Nacional de Archivos y el Pronunciamiento de la Procuraduría General de la República C-042-2000 del 20 de febrero del 2001, la desconcentración de este Archivo es mínima (...).

2. Asimismo, la personalidad jurídica que hay en este Archivo la ostenta la Junta Administrativa.

3. Con base en lo anterior, el superior jerárquico en materia administrativa sigue siendo el Ministro de Cultura, Juventud y Deportes, en nuestro criterio la realidad jurídica en materia administrativa continúa siendo la misma que se tenía antes de la promulgación de la ley número 7202.

4. Efectivamente no se encuentra regulado por ley aspectos concretos, precisos y exactos sobre el tema, ni siquiera en cuanto a la cadena de legalizaciones, por lo que es cuestión de que el jerarca determine el orden a respetar y lo comunique a las autoridades del Ministerio de Relaciones Exteriores.

5. En razón de que administrativamente el Archivo Nacional depende del Ministerio del ramo indicado, es el jerarca al que le corresponde hacer las autenticaciones o bien la unidad en que delegue la función, actualmente lo hace la Asesoría Jurídica de ese Ministerio.

6. Al ser la segunda vez que se nos consulta el tema, pareciera que la Asesoría Jurídica del Ministerio pretende trasladar esa función al Archivo Nacional.

7. El por qué se sugiere que sea la Asesoría Legal de este Archivo la unidad que tome esta función la desconocemos, pues ni legalmente está estipulado, más bien consideramos que si esa Dirección determina que está de acuerdo en que esa función sea trasladada al Archivo Nacional, será el Ministro quien lo comunique oficialmente y esa Dirección definir quién lo hará.

8. No omitimos manifestarle que en caso de que esa Dirección defina que las autenticaciones de los documentos que expide el Archivo Nacional se realicen en este Archivo, es importante definir el procedimiento, la unidad y la funcionaria que consignará la razón correspondiente y el cobro de los timbres.”

Por su parte, la Licda. Orieta González Cerón y el Lic. Edgar Herrera Loaiza, funcionarios de la Asesoría Jurídica del Ministerio consultante, mediante oficio n.º A.J. 533-2005, del 12 de agosto del 2005, en lo que interesa, señalan:

“Dentro de una adecuada organización del servicio público se encuentra la obligación de los órganos administrativos de procurar que éste se desarrolle dentro de las condiciones más eficientes y favorables para los usuarios, aspecto que se justifica en lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley Orgánica de la Administración Pública (...).

De esta forma, la Administración debe esmerarse en garantizar al usuario de sus servicios las mejores condiciones para el desarrollo de su gestión, tanto en calidad como en tiempo, evitándole trámites innecesarios, engorrosos o desproporcionados o bien, que deba trasladarse a más de una instancia para cumplir con un solo trámite.

Es por esta razón, que en el año 2002 se emitió la Ley N. 8220 (...) denominada «Protección al ciudadano del exceso de requisitos y trámites administrativos», como una forma de exigirle a la Administración celeridad y coordinación en la atención de las peticiones de los administrados.

En ese sentido, y como bien se indica en el oficio DAN-734-2005 esta Asesoría Jurídica ha tenido –por práctica administrativa- desde hace varios años, el trámite de autenticar las firmas de la jefe del Archivo Notarial del Archivo Nacional cuando se trata de las certificación de documentos notariales. Este trámite implica que una vez certificadas las respectivas copias en la sede del Archivo Nacional ubicadas en Barrio Pinto en San Pedro de Montes de Oca, el usuario debe trasladarse hasta la sede de este Ministerio para que la firma de la funcionaria del Archivo que certifica los documentos sea autenticada por un abogado de la institución; aspecto que desde el momento en que la Dirección del Archivo Nacional cuenta con un profesional en derecho –aún más con la promulgación de la Ley N. 8220- nos ha parecido perjudicial

para el interesado, pues nada obsta para que los servicios de asesoría legal del órgano autentiquen la firma del funcionario (a) que certifica las copias en la misma institución, evitándole al administrado los inconvenientes de traslado, resolviéndose en una sola instancia administrativa el trámite de interés. (...)"

A efecto de dar cumplida respuesta a las interrogantes formuladas, consideramos oportuno y necesario referirnos, aunque sea brevemente, a la creación del Archivo Notarial y a su potestad para expedir testimonios y certificaciones de las escrituras que consten en los protocolos depositados bajo su custodia.

II. SOBRE LA CREACIÓN DEL ARCHIVO NOTARIAL Y SU FUNCIÓN DE CONSERVACIÓN Y CUSTODIA DEFINITIVA DE LOS PROTOCOLOS DE LOS NOTARIOS

El artículo 25 del Código Notarial, Ley n.º 7764 del 22 de noviembre de 1998, en lo que interesa, dispone:

"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."

(Lo subrayado no es del original).

Por su parte, los artículos 1º y 2 de la Ley del Sistema Nacional de Archivos, n.º 7202 del 24 de octubre de 1990, establecen:

"Artículo 1.- Créase el Sistema Nacional de Archivos, que estará compuesto por el conjunto de los archivos públicos de Costa Rica, y por los privados y particulares que se integren a él." (Lo subrayado no es del original).

"Artículo 2.- La presente ley y su reglamento regularán el funcionamiento de los órganos del Sistema Nacional de Archivos y de los archivos de los Poderes Legislativo,

Judicial y Ejecutivo, y de los demás entes públicos, cada uno con personalidad jurídica y capacidad de derecho público y privado, así como de los archivos privados y particulares que deseen someterse a estas regulaciones.”

De las normas transcritas se desprende que el Archivo Notarial, constituye un archivo público, integrado al “Sistema Nacional de Archivos”.

Ahora bien, entre las funciones principales del Archivo Notarial destaca la de conservar y custodiar los tomos de protocolo de los Notarios. Así lo establecen, expresamente, los artículos 25, inciso a) –antes transrito- y 60 del Código Notarial. Este último dispone:

“Artículo 60.- **Custodia definitiva de los protocolos.** Corresponde al Archivo Notarial la custodia de los tomos de protocolos, los cuales no podrán salir de esta dependencia, salvo por orden de los tribunales de justicia o la Dirección Nacional de Notariado. En estos casos, deberán ser devueltos al Archivo Notarial en un plazo máximo de tres meses. Vencido ese término sin haber sido devueltos, el Archivo Notarial informará la situación a la Corte Suprema de Justicia para lo procedente.

Asimismo, para conservar los tomos en condiciones óptimas, la Junta Administrativa del Archivo Nacional cobrará, por la encuadernación y cualquier otro medio de protección, la suma que considere conveniente.” (Lo subrayado no es del original)

Conforme se podrá apreciar, el legislador le ha atribuido al Archivo Notarial la conservación y custodia definitiva de los tomos de los protocolos de los Notarios. Lo anterior es confirmado en lo dispuesto en los numerales 51, 53, 54, 55, 56, 57, 58 y 59 del mismo Código Notarial.

La finalidad de encomendar al Archivo Notarial la conservación y custodia definitiva de los tomos de protocolo de los Notarios estriba en la necesidad de que, por la misma naturaleza del tipo de documento de que se trata –libros o volúmenes ordenados en forma numérica y cronológica, en los cuales el Notario Público debe asentar los instrumentos públicos que contengan respectivamente los actos, contratos y hechos jurídicos sometidos a su autorización-, sean guardados, cuidados y vigilados de la mejor forma posible, procurando para ello utilizar o aplicar los mecanismos, técnicas y procedimientos necesarios para preservarlos y conservarlos de manera tal que no sufran deterioro, daño, sustracción o pérdida.

III. SOBRE LA POTESTAD DEL ARCHIVO NOTARIAL PARA EXPEDIR TESTIMONIOS Y CERTIFICACIONES DE ESCRITURAS QUE CONSTEN EN LOS PROTOCOLOS DEPOSITADOS BAJO SU CUSTODIA

El artículo 25 inciso b) del Código Notarial le atribuye expresamente al Archivo Notarial la potestad de “Expedir testimonios y certificaciones de las escrituras de los protocolos depositados en esa oficina.” Tal competencia es confirmada en lo dispuesto en los artículos 113, 117 y 120 del mismo cuerpo normativo en comentario, que por su orden, disponen:

“ARTÍCULO 113.- **Expedición de testimonio.** Solamente el notario podrá expedir testimonios de los instrumentos públicos otorgados en su protocolo, mientras el respectivo tomo esté en su poder. Si ya el protocolo hubiere sido devuelto a la oficina correspondiente, los testimonios podrán ser expedidos por el notario o el funcionario encargado de custodiar el tomo, salvo lo dispuesto por el artículo 123.” (Lo subrayado no es del original).

“ARTÍCULO 117.- **Clases de testimonios.** Los testimonios son primeros o ulteriores. Los primeros son los expedidos al firmarse la escritura original o dentro de los diez días hábiles siguientes y serán firmados por el notario y las partes cuando estas lo deseen. Los ulteriores son los expedidos en cualquier otra oportunidad. El notario los extenderá o, en su caso, el Archivo Notarial, cuando cualquiera de las partes o una persona con interés legítimo lo solicite, o lo ordene algún funcionario autorizado por ley. Aun cuando el tomo respectivo esté depositado, el notario podrá expedir testimonios de escrituras que haya autorizado.” (Lo subrayado no es del original).

“ARTÍCULO 120.- **Certificaciones de instrumentos públicos.** Las certificaciones de instrumentos públicos deben indicar, al comienzo, el nombre y los apellidos del notario público o del funcionario que las extienda, la condición de notario o el puesto que el funcionario desempeña, el tomo del protocolo y la página donde se asentó o inició el instrumento público, el nombre del notario y la manifestación de que la reproducción es parcial, en su caso. A continuación se copiará el instrumento original, ya sea en forma total o en lo conducente.

Como conclusión se expresará la conformidad con la escritura original, la adición y la cancelación, cuando se exijan, tanto de las especies fiscales como de los derechos de ley; además, el lugar, la hora y la fecha de expedición. Seguidamente, el notario o el funcionario autorizará el documento con su firma y sello.

Las certificaciones deben indicar el nombre y los apellidos del solicitante.

Respecto de errores y notas, se aplicarán las normas anteriores sobre testimonios.” (Lo subrayado no es del original).

Conforme se podrá apreciar, la normativa transcrita le atribuye al Archivo Notarial la potestad suficiente, conjuntamente con los Notarios, para expedir los testimonios y certificaciones de las escrituras de los protocolos depositados en esa oficina.

Ahora bien, la Procuraduría General de la República ha tenido ocasión de pronunciarse, en distintas oportunidades, acerca de los alcances de la potestad certificante de los órganos públicos, indicando, entre otras cosas, que dicha potestad

“(...) forma parte de la función pública. Es por ello, que el funcionario público que ejerce este poder, está realizando actividad administrativa, la cual se encuentra sometida al régimen jurídico de Derecho Público, (...).” (Dictamen C-139-99, del 6 de julio de 1999).

Ahora bien, la función administrativa certificante se ha definido como la

“(...) desarrollada por el Estado de forma exclusiva o por entidades públicas o paraestatales e incluso por personas físicas por su concepción, que tiene por objeto la acreditación de la verdad, real o formal, de hechos, conductas o relaciones, en intervenciones de las relaciones jurídicas individuales, o intervenciones jurídicas públicas, por razones de seguridad o interés general.” (MARTÍNEZ JIMÉNEZ, José Esteban, La función certificante del Estado, IEAL, Madrid, 1977, pág. 21).

Y se concretiza

“(...) en un acto administrativo de certificación, por cuyo medio un órgano administrativo acredita la verdad real o formal de un hecho, una situación, una relación o una conducta.” JINESTA LOBO Lobo, Ernesto. Tratado de Derecho Administrativo, San José, Biblioteca Jurídica Diké, TOMO I (Parte General), 2002, p. 460.

Por otra parte, se debe distinguir entre dos tipos o clases de certificaciones: las que contienen declaraciones de juicio y las que contienen declaraciones de conocimiento:

“Un certificado de buena conducta o un certificado médico encierran una declaración de juicio que supone, naturalmente, un previo conocimiento; por el contrario, cuando la certificación se limita a poner de manifiesto lo que existe en archivos preestablecidos, nos encontramos ante una certificación de conocimiento. El funcionario que expide una certificación relativa a un asiento registral, no emite una declaración de voluntad, sino de conocimiento, en cuanto que le consta la exactitud entre el documento y el registro. No ocurre lo mismo en las declaraciones de juicio que son aquellas que no se basan en archivos preestablecidos, sino en una serie de análisis o conocimientos previos que el agente lleva a cabo para formar su juicio.” (GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio, Tratado de Derecho Administrativo, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, segunda edición, Tomo II, Vol. I, 1971, p.226).

En relación con las certificaciones de conocimiento, que son las que aquí interesan, el mismo autor agrega:

“El acto de certificación es una declaración de conocimiento con la finalidad de asegurar la verdad de lo que en él se contenga y que la Administración conoce. La Administración, para emitir estos actos, constituye unos datos que, por razones de seguridad jurídica e interés general, va a declarar son ciertos. Esta declaración la realiza mediante un acto administrativo de certificación en el que manifiesta ser verdad (real o formal) aquello que conoce y es objeto de dicho acto.” (GARCÍA-TREVIJANO, Op.cit., p. 226).

De manera que el acto de certificación va precedido de otros actos previos sobre los cuales se constituye la base sobre la que se certifica. La Administración asegura la verdad de un hecho o situación, pero de manera limitada a exteriorizar aquello de lo que ya tiene constancia, pero lo hace basándose en algo objetivo u objetivable.

En el caso de los testimonios y certificaciones que expide el Archivo Notarial, a petición de un interesado o autoridad pública, serían las escrituras respectivas que constan en los tomos de protocolo de los Notarios que han sido entregados en dicha oficina para su custodia y conservación.

Ahora bien, la pregunta que sigue es ¿quién es el funcionario del Archivo Notarial competente para expedir tales certificaciones o testimonios?

Dado que el Código Notarial se limita a atribuir la competencia en comentario al Archivo Notarial, si especificar quién es el funcionario competente para ello, para resolver la incógnita debemos recurrir a lo dispuesto en el artículo 65, inciso 2) de la Ley General de la Administración Pública, el cual dispone:

“La potestad de emitir certificaciones corresponderá únicamente al órgano que tenga funciones de decisión en cuanto a lo certificado o a su secretario.”

De conformidad con la norma transcrita, en el caso del Archivo Notarial, el funcionario competente para expedir los testimonios y certificaciones de las escrituras que constan en los protocolos depositados bajo su custodia, lo es el jefe de tal órgano.

IV. INNECESARIEDAD DE AUTENTICAR LA FIRMA DEL FUNCIONARIO PÚBLICO DEL ARCHIVO NOTARIAL QUE CERTIFICA

De los antecedentes y del mismo escrito en el que se formula la consulta que nos ocupa se desprende que la práctica o trámite seguido en las certificaciones expedidas por la jefa del Archivo Notarial, es la de autenticar la firma de dicha funcionaria por

parte de alguno de los abogados de la Asesoría Jurídica del Ministerio de Cultura, Juventud y Deportes.

Sobre el particular, considera la Procuraduría General de la República que la práctica o trámite seguido por el Archivo Notarial y la Asesoría Jurídica del Ministerio de Cultura, no sólo es innecesaria, sino que además, resulta contraria a los intereses de los administrados, violentando de paso lo dispuesto en la *Ley de protección al ciudadano del exceso de requisitos y trámites administrativos*, n.º 8220 del 4 de marzo del 2002.

En efecto, tal y como hemos tenido ocasión de analizar en el apartado anterior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25, inciso b) del Código Notarial, en relación con el numeral 65, inciso 2) de la Ley General de la Administración Pública, compete al funcionario público que ostente la jefatura del Archivo Notarial expedir los testimonios y certificaciones de las escrituras de los protocolos depositados en esa oficina, sin que se requiera la autenticación de la firma de dicho funcionario. En otras palabras, para la validez y eficacia de los testimonios y certificaciones que emita el Archivo Notarial, basta la firma del funcionario respectivo.

Interpretar lo contrario, significaría no sólo desconocer la investidura del funcionario público que certifica sino que, además, implicaría que la firma de todos los funcionarios públicos que emiten certificaciones debiera autenticarse, lo cual, obviamente, resultaría irrazonable en instituciones como el Registro Civil y el Registro Público de la Propiedad, que emiten cientos de certificaciones a diario.

Asimismo, la práctica seguida por el Archivo Notarial y la Asesoría Jurídica del Ministerio de Cultura atenta gravemente contra los intereses y derechos de los usuarios de tal dependencia y violatoria de lo dispuesto en el artículo 9, párrafo 1º de la *Ley de protección al ciudadano del exceso de requisitos y trámites administrativos*, el cual dispone

“Ningún administrado deberá acudir a más de una instancia, entidad u órgano público, para la solicitud de un mismo trámite o requisito, que persiga la misma finalidad. Las diferentes entidades u órganos de la Administración Pública que, por ley, están encargados de conocer sobre un trámite o requisito cuyo fin es común, complementario o idéntico, deberán llegar a un acuerdo para establecer un trámite único y compartido, así como la precedencia y competencia institucional.”

V. CONCLUSIÓN

De conformidad con lo expuesto, es criterio de la Procuraduría General de la República que los testimonios y certificaciones de las escrituras que consten en los tomos de

protocolo de los Notarios depositados en el Archivo Notarial, que expida la jefa de esa oficina, no requieren, para efectos de validez y eficacia, de la autenticación de la firma de dicha funcionaria por parte de un profesional en Derecho.

En ese sentido, el trámite seguido por el Archivo Notarial y la Asesoría Jurídica del Ministerio de Cultura, Juventud y Deportes, consistente en autenticar la firma de la jefa del Archivo Notarial, cuando ese órgano expide documentos notariales certificados, no sólo es innecesario, sino que además resulta perjudicial a los intereses y derechos de los usuarios de esa dependencia y, de paso, violatoria de lo dispuesto en la *Ley de protección al ciudadano del exceso de requisitos y trámites administrativos*.

Sin otro particular, se suscribe,

Cordialmente,

M.Sc. Omar Rivera Mesén

PROCURADOR II

2. Funciones del Archivo Notarial, Artículo 25 del Código Notarial, Expedición de Testimonios y Nulidad de Escrituras Públicas

[Procuraduría General de la República]^v

C-219-2007

4 de julio de 2007

Licenciada

Virginia Chacón Arias

Directora Ejecutiva

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 EXPEDICIÓN 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 aquéllas 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 transcrto 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 incertidumbre 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

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.

ⁱ ASAMBLEA LEGISLATIVA. Ley 7764 del diecisiete de abril de 1998. **Código Notarial.** Vigente desde: 22/11/1998. Versión de la norma: 11 de 11 del 20/02/2014. Publicada en Gaceta 98 del 22/05/1998. Alcance: 17.

ⁱⁱ ARCHIVO NOTARIAL. Información disponible en la Página Web del Archivo Notarial: http://www.archivonacional.go.cr/index.php?option=com_content&view=article&id=212:reseña-historica&catid=68:archivo-notarial&Itemid=92

ⁱⁱⁱ TRIBUNAL DE NOTARIADO. Sentencia 6 de las once horas con veinte minutos del dieciséis de enero de dos mil trece. Expediente: 05-000725-0627-NO.

^{iv} PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictamen 308 del primero de agosto de dos mil seis.

^v PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictamen 219 del cuatro de julio de dos mil siete.