

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo

(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)

<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

TEMA: FUNCIÓN NOTARIAL

RESUMEN: El presente informe aborda el tema de la Función Notarial, desde los puntos de vista doctrinal y jurisprudencial, incluyendo: antecedentes históricos de la función notarial en Costa Rica, concepto de la función notarial, características, contenido, teorías sobre su naturaleza jurídica: teoría funcionalista, profesional, eclética.

Índice de contenido

DOCTRINA.....	1
ANTECEDENTES DE LA FUNCIÓN NOTARIAL EN COSTA RICA.....	2
CONCEPTO DE FUNCION NOTARIAL.....	2
CARACTERÍSTICAS	3
CONTENIDO	3
NATURALEZA DE LA FUNCION NOTARIAL.....	4
1.Tesis funcionarista.....	4
a)Los que consideran la función notarial como administrativa:.....	5
b)los que la consideran como función jurisdiccional:.....	5
c)Los que consideran la funcion notarial como autónoma :.....	6
2)Tesis profesionalista.....	7
3)Tesis eclética.....	8
JURISPRUDENCIA.....	10
FUNCIÓN NOTARIAL.....	10
CONTENIDO DE LA FUNCIÓN NOTARIAL.....	11

DOCTRINA

ANTECEDENTES DE LA FUNCIÓN NOTARIAL EN COSTA RICA

“Los antecedentes más remotos de la legislación notarial que rigió nuestro país durante la colonia puede localizarse, como en líneas anteriores quedó establecido, en la legislación española (...)

En Costa Rica, durante esa época, habían tres clases de escribanos, quienes estaban encargados de todas las funciones notariales: el escribano público o de gobierno, el escribano público de registro de minas en la Ciudad de Cartago y el notario eclesiástico ...)¹

CONCEPTO DE FUNCION NOTARIAL

“Lo típico de la función notarial se cumple en la creación y perfeccionamiento del instrumento público.

(...)

El concepto más sencillo de la función notarial podría ser este: que ella se da cuando varias personas, acordes en sus pretensiones jurídicas, comparecen ante el notario para que este las sitúe en un molde previsto en la ley y les imprima caracteres de veracidad, autenticidad y permanencia, y las revista del más alto grado de seguridad. En desarrollo de esta labor aquel ejerce dicha función, la cual, por ende, es documentadora, creadora de formas escritas, y al documento que nace de su ejercicio, le atribuye efectos legitimadores, sustantivos, probatorios y ejecutivos.

La misión del notario al ejercer la función notarial es, pues, consagrar una fehaciente seguridad jurídica dentro de la sociedad.”²

CARACTERÍSTICAS

"Al decirse que es una "función", el caso del notario, dicha función es "Pública". Los contrarios a la posición funcionaristas, prefieren hablar de "quehacer notarial" o "actividad notarial". De acuerdo con lo expuesto, debemos decir que en Costa Rica dicha función pública la realiza un profesional en Derecho. La función Notarial tiene tres características:

a- **Carácter Jurídico:** La labor se desempeña dentro de la ciencia jurídica. El notario mezcla las normas jurídicas con las voluntades de las partes, dando origen a un negocio jurídico.

El carácter jurídico a su vez no es contencioso, sino declarativo. Se dice del notario que "hoy su misión tiene los atributos dignos del Juez, pero la desempeñan en la paz y no en la contienda. No en la litis sino, conciliando. Más que testigo del acto, es instrumentador y asesor. Debe persuadir más que aplicar la norma con severidad.

b- **Carácter privado:** Se le considera una función privada y calificada, con úblicidad, dado que su meta es la seguridad, al valor y la permanencia de interés privados.

El Notario, como funcionario, no es un burócrata más. Su desempeño se realiza dentro de las relaciones del Derecho Privado.

c- **Función Legal:** "Es una función legal, organizada e impuesta por el Legislador, porque en el ámbito de los derechos individuales no existe otra protección o garantía de esos tres requisitos. El legislador atiende auna necesidad social y jurídica"³

CONTENIDO

“Se distinguen como contenido tres funciones básicas:

- 1-Asesora o directiva: Se aconseja, interpreta y recomienda.
- 2-Legitimadora, moldeadora o formativa: incluye la admisión y redacción del acto o negocio.
- 3-Autenticadora o constataadora: Con la firma del Notario, otorgantes, e intérpretes y testigos si los hubiere, queda legalmente autorizado el documento para surtir los efectos jurídicos deseados.”⁴

NATURALEZA DE LA FUNCION NOTARIAL

“Hondas divergencias doctrinarias ha causado el tema que da título a la presente sección. Tanto es así, que la doctrina se ha agrupado en tres tesis diferentes, que giran en torno a la naturaleza de la función desempeñada por el notario.

De esta manera para unos es una función pública, desempeñada por un funcionario público (doctrina funcionarista); para otros, se trata de un servicio netamente privado (doctrina ecléctica).”⁵

1. Tesis funcionarista

Sus seguidores identifican la función notarial con una función pública siendo notario, por lo tanto , un funcionario público que ejerce su actividad en virtud de la delegación a-tribuída por el Estado.

La potestad autenticadora, según esta doctrina, es delegada únicamente por el Estado, actuando en este sentido el notario a su nombre como un "funcionario público investido de fe para autenticar y legitimar los actos que requieren su intervención."

(...)

Antiguamente la actividad notarial era ejercida por funcionarios estatales, delegándose posteriormente dicha función en los notarios públicos.

(...)

Para esta parte de la doctrina, la función notarial estaba ubicada dentro de las atribuciones del Poder Ejecutivo, como órgano administrativo por excelencia, y llevada a cabo por funcionarios al servicio de la administración pública y no por profesionales liberales”⁶

“ Posición funcionarista:

... Tiene de común a todos ellos el atribuir al Notario el carácter de funcionario público aunque difieren en cuanto a la rama de los poderes públicos a que pertenece. Dentro de ellos distinguiremos tres tendencias:

a) Los que consideran la función notarial como administrativa:

Para los defensores de esta teoría la actividad notarial constituye ,uno de los servicios públicos que el Poder Administrador presta. La misión del Poder Ejecutivo es la de realizar el Derecho y la función notarial consiste en dar realidad efectiva al Derecho

(...)

b) los que la consideran como función jurisdiccional:

Esta posición descansa en la distinción que hace la doctrina procesal sobre la jurisdicción contenciosa y la jurisdicción voluntaria.

(...)

La función notarial, afirman muchos autores, tiene el carácter de jurisdicción voluntaria y se manifiesta por medio de la fe pública encomendada a los notarios.

(...)

c) Los que consideran la función notarial como autónoma :

Esta posición tiene sus raíces en la doctrina que le atribuye al Estado una gran cantidad de poderes o funciones”⁷

“i. Doctrina Funcionarista

“Quienes sostienen esta posición afirman que la potestad autenticadora pertenece únicamente al Estado y, por lo tanto, él es quien puede delegarla.

Con dicho fin, las leyes eligieron a los notarios como depositarios de esa fe, para que en virtud de la misma, pudieran autenticar y legitimar todos aquellos actos en los cuales se requiera su intervención. De modo tal, que se conceptúa al notario como un funcionario público, que actúa a nombre del Estado, pues:

“Las finalidades de la autenticidad y la legitimación de los actos públicos exigen que el notario sea un funcionario público que intervenga en ellos en nombre del Estado...para atender...al interés general o social de afirmar el imperio del Derecho...”

En razón del calificativo que recibe la función notarial dentro de esta concepción, se ubica al notario como un funcionario que ejerce su labor dentro del Poder Ejecutivo, por cuanto se considera que:

“...no encaja en el Poder Legislativo, encargado de dictar reglas generales y abstractas que todos deben acatar; ni en el Poder Judicial por cuanto la función notarial no es administrar justicia entre partes contendientes. Debe, pues, considerarse función propia del Poder Ejecutivo como parte de su misión de realizar el Derecho...”

Sin embargo, no toda la doctrina simpatizante de esta posición, arriba a la misma conclusión, pues hay quienes sostienen que la

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

función notarial es un poder más, de los muchos que posee el Estado:

"...la función notarial es un poder certificante autónomo, esto es, independiente de los otros poder estatales, pero de carácter público y rigurosamente ordenado..."

Sin duda alguna, quienes consideran la función notarial como autónoma, contradicen la tradicional clasificación tripartita de los poderes públicos, fundamentándose en la doctrina moderna que define al Estado, como una multiplicidad de poderes."⁸

2) Tesis profesionalista

"Contrarios a los postulados de la tesis funcionarista encontramos a los seguidores de la tesis profesionalista quienes expresan que el quehacer notarial no es una función pública, sino un servicio profesional por el cual el notario interpreta y traduce la voluntad de las partes otorgantes en un documentó, el cual legitima y autentica..."⁹

"Posición profesionalista

Su principal argumento consiste en sostener que el Notario es: un profesional libre, negándose, en consecuencia, a considerarlo como un funcionario público, no obstante la trascendencia social de su misión y el estar por ello espacialmente regulado. El Notario no es más que un profesional del Derecho, que ejerce un poder certicante..."¹⁰

"ii. Doctrina Profesionalista

"Esta posición surge a raíz del ataque frontal a la anterior doctrina, calificando a la función notarial como un servicio

profesional. Entre ellos Allende afirma:

"...recibir, interpretar y dar forma a la voluntad de las partes, lejos de ser una función pública, es un quehacer meramente profesional y técnico."

Para esta corriente doctrinal la actividad autenticadora y certificadora no es pública, ni un atributo del Estado, sino una mera creación legal, por lo cual el hecho de que el notario cumpla con ambas labores, no lo convierte en funcionario público.

Lo mismo cabe decir para aquellos profesionales que expiden documentos con valor de plena fe. Tal es el caso de los médicos (cuando extienden un certificado médico), los contadores, etc.

Ante la negativa rotunda que mantiene esta parte de la doctrina, en cuanto a que la fe pública no pertenece al Estado, resulta coherente que afirme también que el Estado carece de legitimación para delegarla en el escribano, pues no se delega lo que no se posee. Por ello, la función notarial la describe como:

"...oficio de una profesión libre que, por virtud de su trascendencia social, debe reglamentarse especialmente."¹¹

3) Tesis ecléctica.

"Esta parte de la doctrina integra las tesis anteriormente expuestas; considera que la función notarial es pública ya que el notario actúa por delegación del Estado, siendo entonces un funcionario público pero que actúa sin comprometer en ello al Estado, ni ser uno de sus funcionarios asalariados.

Al mismo tiempo es un profesional: "que por llenar una serie de requisitos legales y reglamentarios obtiene autorización... (de la Corte Suprema de Justicia en nuestro país) para ejercer el

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

notariado." (1)

No se trata entonces, de un representante del Estado como funcionario público en relación de servicio, sino de un profesional en Derecho que lleva a cabo la función pública notarial por delegación estatal, constituyéndose entonces en un profesional liberal que ejerce una función pública con autorización del Estado, sin ser uno de sus funcionarios asalariados."¹²

"... Se considera el ejercicio del Notariado como una función pública a cargo de un profesional privado. El Notario realiza, por tanto, una función pública, sin ser un funcionario público. Para algunos autores la función Notarial es una función pública de "Justicia autorizante instrumental", pero no pertenece a la esfera administrativa..."¹³

iii. Doctrina Ecléctica

"Recibe este nombre, pues sus representantes, en cuanto a la calificación de la naturaleza de la función notarial, asumen una posición intermedia, en consideración a las dos doctrinas antes expuestas:

"La Función notarial es una delegación por parte del Estado, en un profesional en Derecho, como lo es el Notario, con el fin de impartir fe pública a todo acto o contrato que se rija por el Derecho Privado."

El rasgo característico de esta posición se resume en admitir que el notario cumple una función pública, al ejercer liberalmente su profesión. Es decir, su función posee un doble carácter: público y privado. El primero, por cuanto el Estado le ha otorgado la potestad de dación de fe pública, de todo acto jurídico que ante él se realice, y el segundo carácter lo tiene, en virtud de que sus estudios lo han preparado para cumplir correctamente, con la

función del notariado.

Cabe apuntar, que el sistema notarial costarricense, se ha matriculado en esta última posición, al calificar la función notarial como "la función pública ejercida privadamente."¹⁴

JURISPRUDENCIA

FUNCIÓN NOTARIAL

"... El estudio de la doctrina jurídica especializada en el campo del Derecho Notarial revela la existencia de una multiplicidad de criterios que a través del tiempo y acorde con los distintos sistemas de notariado se han ido gestando, en torno al tema de la naturaleza de la función notarial y del sujeto encargado de esa función. (Una amplia exposición en este sentido la realiza: NERI (Argentino), Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial , Buenos Aires, ediciones Depalma, 1969, p. 615-636). En términos generales puede señalarse que esa diversidad se origina en las distintas formas organizativas por las que cada Estado ha optado, al momento de definir el modo de estructurar y regular dicha actividad. En nuestro sistema jurídico, con la entrada en vigencia del Código Notarial mediante Ley No. 7764, de 17 de abril de 1998, el legislador tuvo especial cuidado en ese particular y optó por definir expresamente la función notarial como "la función pública ejercida privadamente. ". Pero además se preocupó en mencionar "Por medio de ella, el funcionario habilitado asesora a las personas sobre la correcta formación legal de su voluntad en los actos o contratos jurídicos y da fe de la existencia de los hechos que ocurren ante él." (artículo 1º del Código Notarial). A través de esa disposición, la función notarial no sólo fue reconocida

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

expresamente como una función del Estado, en contraste con el desempeño privado de actividades liberales; sino que además, se le otorga al funcionario habilitado, la potestad legitimadora en que consiste la dotación de fe pública. Se habla entonces de habilitación y no de autorización porque no se trata de la declaración de un derecho preexistente en el patrimonio del solicitante, sino de la habilitación que realiza el Estado de una de sus funciones -la legitimadora- a un particular, por medio de la cual la persona habilitada resulta investida de una potestad legitimadora y autenticante, que le otorga una presunción de veracidad, a los actos en los que interviene. Al estar de por medio, la tutela al principio de seguridad jurídica, su desempeño no es liberal, sino sujeto a una legalidad que debe ser puntualmente observada. De ahí la especial regulación establecida por el Código Notarial, no sólo en cuanto a las condiciones personales exigibles en la persona del notario público, sino también en cuanto a las exigencias establecidas para el desempeño de esa función, a las cuales debe ajustarse el notario, a riesgo de ser inhabilitado, caso de incumplimiento (artículo 13 del Código Notarial). De ahí que el legislador, al definir la figura del "notario público" también fuera cuidadoso en conceptualarlo como " el profesional en Derecho, especialista en Derecho Notarial y Registral, habilitado legalmente para ejercer la función notarial." ¹⁵

CONTENIDO DE LA FUNCIÓN NOTARIAL

"El deber de asesoría, que contempla el artículo 1) y 34 inciso f) del Código Notarial, cuya falta, sin duda alguna ocasiona daño a las partes intervinientes como así sucedió en efecto, al no poder inscribir el documento y perderse el bono de vivienda que pensaba utilizar la quejosa en la construcción de su vivienda. Ahí se define en forma clara y concisa el significado de Notario Público

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

y el deber de "Asesoría a las partes contratantes". Sobre la asesoría, dice la doctrina que el momento oportuno para brindarla, es precisamente previo a la función escrituraria, sea antes de otorgar el acto que interesa a las personas y es en ese momento que la voluntad de las partes, que es la que preside la vida del contrato, se acomoda y acondiciona a la forma jurídica. Indispensable para el notario, aparte de oír la voluntad de las partes, es tener a la vista la realidad jurídica del bien que forma parte del contrato, con lo cual el notario tendrá la idea clara necesaria para encausar esa voluntad en uno u otro acto. Lo anterior no sucedió aquí. El notario incumplió con ese deber pues al encomendar el asunto a un asistente, no brindó un debido asesoramiento así como tampoco cumplió con la unidad del acto, en detrimento de los intereses de la parte, quien finalmente salió perjudicada en el negocio que se pretendía llevar a cabo, dejándola de ese modo en total indefensión, quien, al no conocer el derecho, es sorprendida con esa actuación. Ese proceder no puede permitirse dentro de la función notarial, pues del notario se espera una conducta proba en el ejercicio de su labor, y es a quien el Estado deposita la fe pública para que haga un buen uso de ella, es por eso que su proceder amerita ser sancionado, conforme al artículo 144 inciso b), 145 inciso c) y 146 inciso a). Y el hecho de que los impedimentos para inscribir hayan desaparecido no lo releva de responsabilidad. Tampoco el hecho de que a las partes se les haya indicado sobre esos impedimentos y a pesar de eso hayan accedido a llevar a cabo el negocio jurídico, porque, el notario es quien conoce el derecho, y por más que las partes insistieran en llevar adelante el contrato, como parte de su deber de asesoría, debió hacerles saber a los comparecientes que un contrato de compraventa en esas condiciones, no se podía llevar a cabo, y abstenerse de prestar sus servicios, pero es evidente que eso no sucedió, porque el notario no estuvo presente en la comparecencia de las partes. Y sobre el relevo de responsabilidad que también alega el apelante, si bien es cierto, la antigua legislación lo permitía, también lo es que la actual lo

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

prohibe expresamente, al disponer en el artículo 15 párrafo 2 del Código Notarial que "...carecerá de validez cualquier manifestación de las partes en que el notario sea relevado de responsabilidad por el incumplimiento de sus obligaciones". lo que debe ser de conocimiento del profesional en derecho."¹⁶

Fuentes citadas

- 1 SALAS Marrero Oscar y Hernández Valle Rubén. Apuntes de Derecho Notarial. 1970. p. 15-16.
- 2 M. Barragán. Manual de Derecho Notarial. Editorial TEMIS Librería . 1979 .p. 12.
- 3 PALACIOS Echeverría Iván. Manual de Derecho Notarial. Investigaciones Jurídicas S.A. 1992. p.64-65.
- 4 PALACIOS Echeverría Iván. Manual de Derecho Notarial. Investigaciones Jurídicas S.A. 1992. p.65.
- 5 JIMÉNEZ Gómez, Maureen. El Régimen Disciplinario del Notario. Tesis para optar al Grado de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1999. pp. 28.
- 6 HUEZO Stancari Guillermo. La Notaria del Estado en Costa Rica. Tesis para optar por el grado de Licenciado en Derecho. San José. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. 1988. p. 28.
- 7 SALAS Marrero Oscar y Hernández Valle Rubén. Apuntes de Derecho Notarial. 1970. p. 75.
- 8 JIMÉNEZ Gómez, Maureen. El Régimen Disciplinario del Notario. Tesis para optar al Grado de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1999. pp. 28
- 9 HUEZO Stancari Guillermo. La Notaria del Estado en Costa Rica. Tesis para optar por el grado de Licenciado en Derecho. San José. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. 1988. p. 28.
- 10 SALAS Marrero Oscar y Hernández Valle Rubén. Apuntes de Derecho Notarial. 1970. p. 75.
- 11 JIMÉNEZ Gómez, Maureen. El Régimen Disciplinario del Notario. Tesis para optar al Grado de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1999. p. 29.
- 12 HUEZO Stancari Guillermo. La Notaria del Estado en Costa Rica. Tesis para optar por el grado de Licenciado en Derecho. San José. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. 1988. p. 28.39.31.
- 13 SALAS Marrero Oscar y Hernández Valle Rubén. Apuntes de Derecho Notarial. 1970. p. 76.
- 14 JIMÉNEZ Gómez, Maureen. El Régimen Disciplinario del Notario. Tesis para optar al Grado de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1999. pp. 31.
- 15 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N°346-

04, de las nueve horas treinta minutos del doce de mayo de dos mil cuatro.

16 TRIBUNAL NOTARIAL. Resolución N°110-2005, de las las once horas treinta minutos del nueve de junio del dos mil cinco.