

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL EJERCICIO DEL NOTARIADO (PRESUPUESTOS Y ELEMENTOS)*

DR. VÍCTOR PÉREZ VARGAS

SUMARIO

	Pág.
Generalidades	120
Presupuestos subjetivos de la función notarial	122
Titularidad	122
Compatibilidad e incompatibilidad	123
Casos de incompatibilidad	123
a) La legitimación activa (para actuar)	124
b) La Legitimación pasiva (para recibir)	125
Responsabilidad civil	125
La aplicabilidad de las reglas generales sobre responsabilidad civil subjetiva.	126
El daño	128
a) El daño sobre la validez y los efectos sustanciales inmediatos del documento	128
b) El daño sobre los efectos probatorios del documento	130
c) El daño sobre los efectos ejecutivos del documento	130
ch) El daño sobre los efectos relativos del documento (efectos del acto o negocio en relación con terceros)	131
Causalidad	131
Culpabilidad	132
Antijuridicidad	133
Responsabilidad civil subjetiva indirecta del Notario	134
Deberes específicos que aparecen en la ley. Obligatoriedad de la función notarial	134
En particular: Reglas de responsabilidad sobre instrumentos públicos	134
Bibliografía	136

* III Jornada de Derecho Notarial, Colegio de Abogados, Instituto Costarricense de Derecho Notarial, ICODEN.

GENERALIDADES

Me ha solicitado el Comité Organizador, al que agradezco la invitación, conversar sobre el tema de la Responsabilidad Civil en el ejercicio del Notariado.

Quiero decir, en primer lugar que ha sido muy acertada la programación de estas Jornadas, porque en la función notarial pueden darse, precisamente, *cuatro* formas de responsabilidad, que no se excluyen entre sí, pudiendo el Notario ser llamado a responder por todas y cada una de ellas en forma simultánea o sucesiva; estas formas son: la civil, a la que nos referiremos hoy; la administrativa o tributaria, de la que nos hablará el Dr. Luis Rodríguez; la penal, que resulta de actuaciones profesionales delictuosas y que es competencia de los tribunales penales,¹ a la que se referirá el Lic. Marcos Castro Alvarado (o Dr. Fernando Cruz Castro) y, finalmente, la gremial o disciplinaria,² a cargo del Lic. Rodrigo Montenegro Trejos, cuya competencia es tanto de la Corte Suprema de Justicia,³ como del Tribunal de Ética del Colegio de Abogados,⁴ esta última es mal llamada por algunos "profesional"⁵ (pues todas, realmente, son "profesionales") y se encarga del régimen disciplinario.

En nuestro medio las causas de sanciones disciplinarias han sido múltiples y variadas. Entre ellas podemos citar, como ejemplos:

- La inscripción tardía de un matrimonio.⁶
- Edictos de matrimonio mal publicados.⁷
- Celebración de matrimonio de una hermana.⁸
- Consignación improcedente del "no, corre".⁹
- Firma fuera de los márgenes de la matriz.¹⁰
- Matrimonio celebrado antes de 300 días de divorciada la contrayente.¹¹

Nos ocuparemos aquí de la modalidad civil reparadora de los daños y perjuicios.

El Notario, como cualquier otro profesional, en el cumplimiento de su misión, puede incurrir en conductas antijurídicas y culpables capaces de acarrearle responsabilidad civil, relativa al deber de afrontar de su peculio la indemnización por el monto de los daños y perjuicios que haya causado en el ejercicio de su profesión, sin perjuicio de las otras formas de responsabilidad a que está sometido. Los datos positivos que regulan esta forma de responsabilidad se

1. Por ejemplo en caso de falsificación de documento privado. TRIBUNAL SUPERIOR PRIMERO PENAL ALAJUELA, Sec. A, N° 1276 de 14 y 35 h de 24 de julio de 1984 o de falsedad ideológica. SALA TERCERA DE LA CORTE, N° 156 de 10,05 h de 23 de noviembre de 1983, TRIBUNAL SUPERIOR SEGUNDO PENAL, Sec. Primera N° 53 de 17 h de 1 de marzo de 1983. SALA PRIMERA CIVIL, N° 98 de 9 h de 31 de marzo de 1978.
2. "La responsabilidad de los escribanos es: civil por los daños causados, disciplinaria frente al Colegio, Administrativa frente al Estado, penal, etc." ITURRASPE-KEMELMAJER, p. 464.
3. "Aun cuando no hubiesen sido comunicadas dichas faltas, éstas siempre podrían ser sancionadas por la Sala, pues la jurisdicción disciplinaria sobre los Notarios, puede ser ejercida incluso de oficio por la Corte (artículo 26 de la Ley Orgánica de Notariado)". SALA PRIMERA DE LA CORTE, N° 27 de 17 h de 15 de marzo de 1989.
4. Código de Moral (publicado en Revista de Ciencias Jurídicas N° 40, Colegio de Abogados, facultad de Derecho, U.C.R.), art. 39 y ss.
5. —Como lo hace la Ley 12.990 de 3 de julio de 1947, de Argentina—. (Véase Gaceta del Foro, setiembre 5 de 1947, tomo 190, pág., 43).
6. SALA PRIMERA DE LA CORTE, N° 31 de 13 y 45 h de 5 de mayo de 1989, N° 403 de las 10 y 40 h de 6 de enero de 1988, N° 40 de 16 y 30 h de 7 de setiembre de 1988, N° 30 de 9 y 40 h de 18 de mayo de 1988.
7. SALA SEGUNDA DE LA CORTE, N° 82 DE 10 y 35 h de 16 de noviembre de 1988.
8. SALA SEGUNDA DE LA CORTE, N° 64 de 16 y 10 h de 7 de setiembre de 1988.
9. SALA SEGUNDA DE LA CORTE, N° 74 de 10 y 25 h de 16 noviembre de 1988.
10. SALA SEGUNDA DE LA CORTE, N° 58 de 15 y 30 h de 5 de octubre de 1988.
11. SALA SEGUNDA DE LA CORTE, N° 406 de 9 y 30 h de 18 mayo de 1988 y N° 414 de 8 y 30 h de 24 de agosto de 1988.

encuentran en las reglas del Código Civil y en la Ley de Notariado.

"...el notariado ofrece a los profesionales una polifacética actividad. No todo consiste en redactar escrituras públicas que instrumentan negocios jurídicos, aunque sea éste el quehacer más importante y característico. Los escribanos asesoran a las partes acerca del negocio a celebrar, debiendo hacerlo con imparcialidad, aún cuando actúen a requerimiento de ellas. Intervienen para constatar o verificar hechos, a pedido de parte, labrando la pertinente acta de intervención; para certificar firmas puestas al pie de un contrato; en la redacción de contratos".¹²

Aunque el Notario desempeña en la vida real diversos roles, por ejemplo, como se ha dicho, los de asesor de las partes, calificador y valorador de situaciones jurídicas que se le presentan e, inclusive, el de mediador o conciliador, la verdad es que la función notarial gira alrededor de un eje, que es *la redacción, documentación y autenticación de "el instrumento público"* y alrededor de un principio *"la fe pública (su potestad pública autenticante, legitimante y certificante), en aras de la seguridad jurídica.*

Sobre *el instrumento público* se ha dicho, en nuestra jurisprudencia:

"Si bien para la legislación española toda la técnica notarial está basada en la distinción fundamental entre escrituras y actos, tal distinción no resulta fundamental en Costa Rica pues... el término "escritura pública se entiende en sentido amplio, abarcando todos los instrumentos que figuran en el protocolo bien contengan o exterioricen un negocio jurídico o simplemente un hecho o acto... nuestra Ley de Notariado no distingue entre escritura y acto"¹³

La fe pública ha sido conceptualizada jurisprudencialmente como:

"...la veracidad, confianza o autoridad legítima atribuida a los Notarios, secretarios judiciales, escribanos, etc... acerca de actos, hechos y contratos realizados o producidos en su presencia y que se tienen por auténticos o con fuerza probatoria, mientras no se demuestre su falsedad."¹⁴

También, de la fe notarial, se ha dicho:

"...obedece a la necesidad general de dar un medio de prueba; la función notarial es esencialmente autenticación de hechos para garantizar su certeza; para cumplir con su labor el Notario tiene necesidad de legalizar el acto, a base de adaptarlo a normas legales que le den valor; debe cumplir con la función de legitimación que es la conexión del acto con la situación jurídica que le sirve de base y con la configuración jurídica, mediante la cual adecua el acto, de acuerdo con el interés de las partes, a la ley; debe darle forma jurídica con el objeto de que la voluntad de las partes adquiera efectos legales; para que el Notario pueda cumplir esa función de tomar los deseos e intereses de las partes y adecuarlos conforme a derecho para que produzcan efectos legales, se le inviste del poder de dar fe una vez que haya acreditado los requisitos de capacidad y competencia..."¹⁵

Es claro que la fe pública comprende lo que el Notario puede percibir, pero no la verdad de las declaraciones que los otorgantes hagan:

"...no abarca la veracidad intrínseca de las declaraciones, ni la intención que las anima, ya que tales aspectos escapan a la apreciación del fedatario, razón por la cual no pueden quedar

12. ITURRASPE-KEMELMAJER, et al. p. 464.

13. TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL, Alajuela, Nº 614 de 14 y 40 h de 5 de mayo de 1975.

14. (TRIBUNAL SUPERIOR SEGUNDO CIVIL, Sección Segunda, Nº 499 de 9.05 h de 26 de setiembre de 1989, Revista Judicial Nº 56, p. 431).

15. SALA DE CASACIÓN, Nº 87 de 13 h 20 m. de 26 de junio de 1975.

amparados por la fe pública que a éste le asiste".¹⁶

En consecuencia, las responsabilidades del Notario, normalmente, van a estar ligadas a conductas antijurídicas y culpables (aunque no necesariamente penales) relacionadas con

estas actuaciones y, en especial, con la producción del instrumento público.

El ejercicio de esta función requiere de la existencia conjunta de diversos presupuestos, cuya ausencia puede afectar la validez del acto o su eficacia y generar responsabilidad civil.

PRESUPUESTOS SUBJETIVOS DE LA FUNCIÓN NOTARIAL

Además de la capacidad de actuar que debe tener el Notario, hay tres presupuestos subjetivos adicionales de la función notarial:

1. titularidad,
2. legitimación, y

3. compatibilidad.

Su relevancia para los efectos de la responsabilidad civil se observa en los casos en que falta alguno de ellos, con lo que el acto o negocio puede quedar perjudicado de raíz.

TITULARIDAD

- a) *La titularidad* de la situación jurídica del Notario y la consecuente titularidad de la potestad (central en su profesión) de fedatario público.

El primer requisito para que el Notario pueda ejercer su tarea es la titularidad de la potestad de "fe pública".

Para la titularidad es necesaria la investidura en la función.

"La responsabilidad se inicia con el juramento de buen desempeño de la profesión y desde su inscripción en la matrícula respectiva."¹⁷

Esta es una situación jurídica presupuesto, a su vez, de las que se exponen a continuación.

Las potestades públicas de que es titular el Notario dependen de su investidura en la función. Ellas están ligadas a ciertos requisitos de

16. TRIBUNAL SUPERIOR SEGUNDO CIVIL N° 1147 de 7 y 45 h de 16 de julio de 1982. También en el mismo sentido: SALA PRIMERA DE LA CORTE, N° 50 de 9 y 30 h de 31 de mayo de 1982 y N-42 de 16 h de 25 de mayo de 1982; TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL, N° 798 de 9 y 10 de setiembre de 1976; SALA PRIMERA CIVIL, N° 335 de 9 y 10 h de 2 de setiembre de 1977 y N° 167 de 8 y 10 h de 13 de mayo de 1977, en un caso de simulación, se dijo: "...se limita a consignar lo que dicen los contratantes, esto es lo único que tiene valor de plena prueba, sin que en tal caso deba tenerse por cierto que el contrato es como lo refieren las partes, porque bien pueden convenir una cosa y decir otra." SALA PRIMERA CIVIL, N° 167 de 8 y 10 h de 13 de mayo de 1977. En otro caso se dijo: "...tratándose de instrumentos públicos, el Notario no puede dar fe de la razón de verdad que encierran las declaraciones de los otorgantes, sino simplemente de la existencia material de los hechos que afirma haber realizado él mismo, o haber pasado en su presencia en el ejercicio de sus funciones..." TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL, N° 798 de 9 y 15 h de 10 de setiembre de 1976. El principal antecedente de esta orientación jurisprudencial es la sentencia (redactada por el Magistrado Fernando Coto Albán) N° 123 de 14 y 45 h de 6 de diciembre de 1968, II, p. 1105.

17. YUNGANO-LÓPEZ, BOLADO-POGGI-BRUNO, responsabilidad profesional de los médicos. Cuestiones civiles, penales, médico-legales y deontológicas. Editorial Universidad Buenos Aires, 1982. p. 24.

fondo (calidades personales) y de forma (debi- da autorización) que deben cumplirse y se re- fieren a: edad... (art. 3), caución (art. 8), ausen- cia de impedimentos (art. 18), etc.

Cumplidos estos presupuestos el Notario adquiere titularidad: La situación jurídica de la que es titular es una potestad, un poder-deber: la fe pública (art. 1 L.N.).

COMPATIBILIDAD E INCOMPATIBILIDAD

- b) *La compatibilidad* de la función notarial misma con determinadas otras funciones, cuya aceptación determinaría la extinción de su competencia notarial (el cese de sus funciones).

"El profesional en derecho debe respetar las disposiciones legales que establecen *Incompa- tibilidades* para ejercer la profesión y abstener- se de desempeñar cargos u ocupaciones *in- compatibles* con el espíritu de la misma".

La regla general está prevista en el Código de Moral, artículo 9:

CASOS DE INCOMPATIBILIDAD

"El que acepte empleo o cargo pública incompatible con las funciones de notario" (18-7 LN).

"Aun cuando sean Notarios *no pueden ejer- cer el notariado* los funcionarios y empleados de los Poderes Ejecutivo y Judicial, así como los municipales. Se exceptúan de esta prohibición los profesores de enseñanza, los magistrados suplentes, los jueces interinos, los alcaldes suplentes e interinos, los fiscales específicos, los munícipes y apoderados municipales y los funcionarios y empleados que no devenguen sueldos sino dietas".

"El Notario que aceptare cargo o empleo *in- compatible* con el ejercicio del notariado, cesa- rá en sus funciones..." (art. 19 LN).

En un caso se discutió sobre la incompati- bilidad y consecuente causa de legitimación activa del Notario-Albacea:

Se discutió si el Notario podía vender como albacea de una sucesión. El Registro dijo que necesitaba comparecer como albacea ante otro cartulario. La Sala Civil confirmó la resolución agregando:

"No es posible admitir como buena la actua- ción del Licenciado... en su doble carácter de al- bacea que representa los intereses de una su-

cesión y de Notario que procede como funciona- rio público dando fe de un acto contractual suje- to a determinadas formalidades".

La sala de Casación, en cambio, dijo que:

"...esas consideraciones así generales no pre- cisan la inconveniencia o *incompatibilidad* (además de la falta de legitimación n. del a.) legal para que haya un albacea, cuando es Notario y se le comisiona para protocolizar, extienda una escritura en que conste que ha sido autorizado por el Juez de la sucesión para vender extrajudicialmente bienes de ésta y que los ha vendido a determinada persona, quien comparece aceptando"

"...tampoco se puede argüir que hay incompati- bilidad en que el Notario pudiere dar fe de su propia capacidad para la formalización escritu- raria de la venta; cuando el Notario hipoteca sus propios bienes, práctica admitida, él mismo certifica su capacidad."

Esto, en razón de que el Notario debe dar fe de la personería del albacea, con vista del Registro de Personas (artículos 466 inciso 4 del código Civil y 753 y 913 del Código Procesal Civil).

En otro caso el Notario certificó fotocopias del albaceazgo que ostentaba, admitiéndose esto como válido.¹⁸ Sin embargo, se ha mantenido la tesis de que el Notario no puede certificar su propia personería, ni tampoco puede ser autenticado un poder otorgado a su favor por alguno de los parientes que se indican en el artículo 21 de la Ley Orgánica de Notariado ...porque de ese acto notarial la misma persona, deriva el derecho a dirigir el juicio, a gestionar en él a nombre de sus representados y a percibir los honorarios de su trabajo."¹⁹

Se ha discutido si hay incompatibilidad o falta de legitimación cuando el Notario es el propio testador. En un caso se dijo que no había incompatibilidad,²⁰ considerándose que no se trataba de derechos de terceros a favor del Notario.

LEGITIMACIÓN.

c) *La Legitimación para el cumplimiento del acto específico y concreto.*

Legitimación (en sentido estricto).

Para que haya legitimación (activa o pasiva) no deben existir prohibiciones particulares en relación con determinadas personas (por ejemplo, parientes) o cosas (por ejemplo, los bienes objeto de un determinado testamento) que puedan afectar la validez o eficacia del acto o negocio.

a) La legitimación activa (para actuar).

A diferencia de la capacidad e actuar, que expresa una posición genérica de la persona,

referible a todo comportamiento que se encuentre dentro del ámbito de su autonomía privada, la legitimación designa una posición concreta en relación con los sujetos o los objetos del acto o negocio.

La importancia de esta figura se comprende en los casos en que falta, o sea, cuando la especial posición del Notario, en relación con determinadas personas o cosas, determina la invalidez del acto o negocio que autorice, legitime o certifique.

Así:

"El Notario no podrá autorizar escrituras en que se consignen derechos a favor de él o de alguno de los intérpretes o testigos instrumentales o de conocimiento, o de sus respectivos cónyuges, así como de sus ascendientes, descendientes, hermanos, tíos o sobrinos, por consanguinidad o afinidad".²¹ (Art. 21 LN).

La consecuencia según el artículo 90 inciso 6 de la LN es la nulidad absoluta. Sin embargo, en un caso se dijo que es un supuesto de anulabilidad.²²

Es diferente el supuesto de anulabilidad del artículo 91 de la misma Ley:

"Es anulable la escritura en que alguno de los testigos instrumentales o de conocimiento de partes o intérpretes tuviere con respecto al Notario o a uno de los otorgantes cualquiera de los vínculos que producen impedimento relativo según el artículo 734 del Código Civil".

Este artículo (734 CC), hoy derogado por la ley que emitió el Código Procesal Civil, se refe-

18. TRIBUNAL SUPERIOR SEGUNDO CIVIL, SECCIÓN PRIMERA, Nº 866 de 10 y 35 h de 15 de noviembre de 1988.

19. TRIBUNAL SUPERIOR SEGUNDO CIVIL, SECCIÓN PRIMERA, Nº 362 de 9 y 20 h de 4 de julio de 1986.

20. "De acuerdo con el artículo 21 de la ley Orgánica de Notariado, el Notario no podrá autorizar escrituras en que se consignen derechos a favor de él u otros, pero tal norma ha de entenderse para aquellos casos en que el Notario consigne en escrituras, derechos que corresponden a terceros comparecientes y no a derechos correspondientes al mismo Notario, pues nada impide que un cartulario consigne en su protocolo, traspasos de bienes o derechos que le fueron propios, ya que no existe prohibición expresa para ello. TRIBUNAL SUPERIOR SEGUNDO CIVIL, Sec. Segunda, Nº 64 de 9.05 h de 4 de marzo de 1986.

21. Un ejemplo de violación se da cuando un Notario realiza una hipoteca de su cuñado. SALA PRIMERA DE LA CORTE, Nº 27 de las 17 h de 15 de marzo de 1989.

22. En otro caso (TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL, Alajuela, Nº 498 de 8 y 35 h de 18 de mayo de 1977, se dijo que una actuación en contra de esta prohibición puede ser convalidada (un caso de autenticación de firma referido a casos en que se consignan derechos a su favor o de alguno de los testigos, intérpretes, etc); lo que se ha dicho, en otras palabras, es que se trata de anulabilidad (o nulidad relativa), a pesar de que estamos frente a una norma imperativa).

ría a las personas impedidas absoluta y relativamente para ser testigos instrumentales. En cuanto a los segundos incluía a:

- 1) quien esté directamente interesado en el acto o contrato a que se refiere la escritura y
- 2) El ascendiente, cónyuge, hermano, tío o sobrino, ya lo sean por consanguinidad o afinidad; y el sirviente doméstico del cartulario y
- 3) El que esté ligado por matrimonio o por cualquiera de los otros vínculos especificados en el inciso anterior con el otorgante que adquiriera derechos en virtud del acto o contrato objeto de la escritura."

Cabe aclarar que "el impedimento antes referido no tiene relación alguna con la facultad que el artículo B2 bis de la misma Ley, otorga al Notario, para extender certificaciones bajo su responsabilidad, relativas a inscripciones o documentos existentes en registros y oficinas

públicas. Al certificar asientos en un registro, el Notario no está adquiriendo derecho alguno a su favor, sino que se limita a certificar lo que ahí consta. No debe confundirse una certificación con una escritura pública",²³ ni con un documento privado autenticado.²⁴

b) La legitimación pasiva (para recibir los efectos).

En algunos casos el Notario carece de legitimación para recibir.

Tal es el supuesto del artículo 592, inciso 5), del Código Civil, que indebidamente habla de incapacidad relativa de recibir por testamento: "del testador el cartulario que le hace el testamento público o autoriza la cubierta del testamento cerrado y la persona que le escriba esta".

Nótese que el testamento, en sus demás estipulaciones, mantiene su validez; es mula solamente la disposición del testador en favor del Notario. Estamos frente a lo que se denomina "invalidez parcial".²⁵ Decía Ulpiano: "Non vitiat utile per inutile".

RESPONSABILIDAD CIVIL

Debe tomarse en consideración que la infracción de las leyes notariales por parte del Notario puede hacer que el negocio jurídico resulte inválido o ineficaz y cause con ello un daño a los otorgantes o a los beneficiarios. En tal caso "el profesional en Derecho debe reconocer su responsabilidad cuando resultare de negligencia, error inexcusable o dolo, allanán-

dose a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados" (artículo 10, Código de Moral).

Responsabilidad contractual o extracontractual.

El Notario, normalmente, asume una responsabilidad de orden contractual, frente a sus clientes.

23. TRIBUNAL SUPERIOR PRIMERO CIVIL, N° 725 de 7 y 30 h de 13 de mayo de 1988. TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL, N° 402 de 9 y 20 h de 13 de junio de 1979.

24. "La facilidad que tiene un Notario para extender certificaciones, se refiere a inscripciones o documentos existentes en registros y oficinas públicas, pero cuando se trata de certificaciones, que provienen de documentos privados las firmas de las partes que allí constan, deben ser autenticadas con anterioridad para que se consideren auténticas de lo contrario carecerán de efecto alguno de acuerdo a los requisitos exigidos por la ley." TRIBUNAL SUPERIOR PRIMERO CIVIL, N° 1746 de 8 h de 27 de octubre de 1982.

25. Sobre el tema de la invalidez parcial es abundante la bibliografía: CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, Morano ed, Napoli, p. 364 y otros como STOLFI, BETTI, BORDA, RESCIGNO, etc.

"...en relación con el cliente, es de naturaleza contractual, existiendo algunos deberes comunes para la mayoría de las profesiones; así, el deber de lealtad, el secreto profesional y la indemnización del daño que se hubiere —culposa o dolosamente— ocasionado."²⁶

Las violaciones a este deber de diligencia profesional acarrearán frente al cliente responsabilidad contractual. El Notario se compromete a poner todos los medios a su alcance para que el acto o negocio jurídico concreto sea válido y eficaz; por lo que el Notario se obliga contractualmente, con los otorgantes, a asegurar esta validez y esta eficacia.

Sin embargo, si las partes insisten en hacer constar actos ineficaces, el Notario debe advertírseles y debe extender la escritura consignando en ella la advertencia (art. 63 LN).

La responsabilidad del Notario, "en ocasiones, puede ser también extracontractual".²⁷

En muchos casos el daño no es causado sólo a las partes otorgantes sino, también, a los terceros beneficiarios del acto o negocio (por ejemplo en los casos de estipulación en favor de tercero, de fideicomisos, de fundaciones, etc.). No habiendo relación jurídica entre el Notario y los beneficiarios estaríamos en el campo de la responsabilidad extracontractual subjetiva. Otro ejemplo es el caso en el que el Notario "autorice escritura de compraventa de una finca, en la que como vendedor actúe quien no es su propietario y, por aquélla, pase

a un tercero protegido por la fe pública registral".²⁸

El incumplimiento de los deberes del Notario puede también restarle eficacia al negocio, afectar negativamente a las partes o a los terceros beneficiarios del acto, cuando este acto por no inscribirse no es oponible a terceros. De este modo los otorgantes no podrán alegar frente a terceros la eficacia del acto. Sobre este punto regresaremos al hablar del daño en cuanto a los efectos del acto o negocio.

"Es obvio —dice el Dr. William Muñoz— que la relación entre el Notario y sus clientes reviste carácter profesional, puesto que el escribano es un profesional liberal que ejerce una función pública...

En segundo lugar... está obligado a ejercer su función... a través de la llamada rogación.

En nuestro criterio —sigue diciendo el autor citado— lo que realmente se configura es un contrato de prestación profesional de servicios notariales...

...pero cuando el escribano, en el ejercicio de la función notarial, incurre en responsabilidad respecto de terceros, el fundamento de la misma habrá de buscarse en la llamada culpa aquiliana extracontractual".²⁹

Si bien con algunas diferencias muy particulares sobre los daños imprevisibles y la carga de la prueba, los principios que rigen ambas formas de responsabilidad son los mismos de la responsabilidad subjetiva directa e indirecta.

LA APLICABILIDAD DE LAS REGLAS GENERALES SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL SUBJETIVA

En algunos casos se ha intentado dar un régimen especial a la responsabilidad de los profesionales. Sin embargo, la responsabilidad

profesional es solamente una especificación de la responsabilidad civil general y cualquier régimen especial sería inconstitucional.

26. YUNGANO, et al. p. 24.

27. BORREL, Responsabilidades... p. 203.

28. BORREL, op. cit. p. 203.

29. (MUÑOZ, William, Responsabilidad civil y profesional del Notario, Lección mimeografiada, Facultad de Derecho, 1972).

Se ha argumentado que los profesionales deben tener un tratamiento especial, más atenuado, de responsabilidad civil;³⁰ entre otras cosas se ha dicho que sólo los errores gravísimos deben dar lugar a ella, no las equivocaciones menores, aunque puedan tener resultados cuantiosos para la víctima; que, por tratarse a menudo de errores científicos y técnicos, no hay certeza de que el camino seguido por el profesional sea errado; que sólo la culpa grave, además del dolo podía dar lugar a la responsabilidad; que hay dificultades probatorias de la causalidad; que la carga de la prueba debe pesar exclusivamente sobre el cliente que alega la "mala práctica" e, inclusive, que ya hay tribunales de ética para tal efecto, por lo que no debe conocer del tema el juez ordinario.

Todos estos intentos de tratar en forma desigual al profesional han chocado con el principio de igualdad y con el derecho de la víctima a obtener plena reparación del daño, sea o no profesional quien se lo haya causado.

Por ejemplo, en Costa Rica se presentó un proyecto de Ley que la Corte, en consulta,³¹ consideró *inconstitucional*, para dar un tratamiento privilegiado a los médicos (que comprendía entre otras cosas, la exclusión de la vía penal, la exclusión del daño moral, la fijación de un máximo de daño material, una caducidad corta, etc.) y en los Estados Unidos, en varios Estados, se dictaron leyes que daban un trata-

miento privilegiado a los médicos, en cuanto a montos de indemnización para determinados daños,³² ausencia de vía penal, plazos breves de prescripción o caducidad para el ejercicio de la acción,³³ leyes todas ellas que ya han sido atacadas por la doctrina y ya han sido declaradas *Inconstitucionales*.³⁴ las diversas Cortes han afirmado que estas leyes violan los principios de "igual protección" y que serían una "legislación especial prohibida".³⁵ El principio constitucional de igualdad no puede admitir excepciones en perjuicio de las víctimas.

A médicos, ingenieros o Notarios y profesionales en general resultan aplicables las reglas generales de responsabilidad.³⁶

Dicen Planiol y Ripert: "No vemos por qué razón los médicos no han de responder, como todo el mundo de su impericia o negligencia".³⁷ Lo mismo podría decirse de los Notarios.

El principio de igualdad exige un tratamiento uniforme para las diferentes profesiones en cuanto a las reglas generales sobre la responsabilidad civil. Lo que diverge en cada caso son las modalidades de producción del daño. Así como el médico puede causar negligentemente una lesión, o el ingeniero puede ser imprudente al diseñar un puente, así el Notario también puede incurrir en culpa en el ejercicio de su función y, en particular, en el ejercicio de su potestad de federatario público y puede causar daños de diverso tipo, según veremos seguida-

30. ITURRASPE-KEMELMAJER, cit. p. 454.

31. En sesión de Corte Plena, de 21 de mayo de 1984, ante una consulta de la Asamblea legislativa sobre la constitucionalidad de un proyecto de ley que limitaba los derechos de las víctimas se dijo: "De aprobarse la moción, haría que la ley sea totalmente contraria al artículo 33 de la Constitución Política, pues entrañaría un privilegio legal en beneficio exclusivo de los señores médicos y cirujanos... podría entrañar también una desventaja para las personas ofendidas en delitos culposos... se acordó: rendir informe desfavorable a la Comisión de Asuntos Sociales de la Asamblea Legislativa.

32. V. RICHARDS, Kent, Statutes limiting malpractice damages, *federation of insurance Counsel Quarterly*, Iowa, Vol. 32, N° 3, spring, 1982, p. 247.

33. Sobre la reducción de los plazos de prescripción para el ejercicio de la acción de responsabilidad civil profesional v: GIBSON, William, *Medical Malpraxia*, *Journal of Insurance*, Nov. Dec., 1981.

34. STRAZEWSKY, Len, Florida proposing reform of malpractice system, *Business Insurance*, febrero 25, 1983.

35. Así en varios casos: *Carson v Maurer* 120 N H 925, 424, A 2d, 825, 830 (1980) y *Wright v Central du Page Hospital* 63 111, 2d, 313, 326, 330, 347, N.E. 2d, 736, 741, 743 (ya desde 1976). También v. *Ameson v. Olson*, 279, N.W 2d, 125, 136, 137, N.D. 1978.

36. TRIGO REPRESAS, Félix y STIGLITZ, Rubén, *El seguro contra la responsabilidad civil profesional del médico*, Buenos Aires, Astrea, 1983. p. 435.

37. PLANIOL Y RIPERT, cit. p. TRIGO, p. 435.

mente, que él debe reparar como cualquiera, de conformidad con los principios generales.

"La responsabilidad profesional es un capítulo de la teoría general de la responsabilidad y está sujeta a las normas generales de ésta".³⁸

Para la configuración de la responsabilidad civil, el primer requisito es la lesión de algún interés jurídicamente relevante, la producción de un daño. Si bien en algún momento se habló de daño a un derecho real (porque estos se consideraban "erga omnes" y debían ser respetados por todos), hoy la doctrina (Busnelli, en particular) habla de la lesión de un derecho de crédito. A menudo la lesión causada por el

Notario es sobre un derecho relativo. Además, no solamente un derecho subjetivo puede verse afectado. A la par del derecho subjetivo hay muchas otras situaciones jurídicas, tales como las potestades (piénsese, por ejemplo, en la patria potestad en un convenio de divorcio por mutuo consentimiento), o bien, como las expectativas o los intereses legítimos. En otras palabras: el daño posible no se reduce solamente a los derechos subjetivos.

Junto al daño debe haber una relación de causalidad, una culpabilidad y un antijuridicidad, para que podamos hablar de responsabilidad civil subjetiva.

Veamos separadamente estos elementos:

EL DAÑO

El daño causado en el ejercicio de la función notarial.

Por la conducta culpable del Notario un instrumento público puede verse afectado de diversas formas:³⁹

a) El daño sobre la validez y los efectos sustanciales inmediatos del documento.

En el ejercicio de su profesión el Notario puede causar daños que están en relación directa con la validez y las consecuencias jurídicas esperables del acto o negocio, ya sea, haciéndolas desaparecer del todo, o no nacer siquiera, o bien quitándole al acto parte de su eficacia jurídica, como en los diversos casos de inoponibilidad o ineficacia relativa, en materia registral.

Sería, por ejemplo, *nulo* el acto donde el Notario no cumpla con las formalidades "ad substantiam" requeridas.⁴⁰ Sería —en cambio— *inoponible* el acto o negocio que, requiriéndolo, no sea inscrito.

La doctrina notarial⁴¹ distingue entre:

- a) nulidad de fondo, que son nulidades referidas al contenido o al valor sustancial mismo del instrumento público por requisitos esenciales.
- b) nulidad formal o instrumental, que afecta el documento mismo y en consecuencia el contenido (en forma indirecta) y que está sujeta a los principios de "excepcionalidad" (solo en los casos previstos), "finalidad" (por el principio de conservación de la eficacia) y subsanabilidad (mediante redac-

38. YUNGANO-LÓPEZ, BOLADO-POGGI-BRUNO, responsabilidad profesional de los médicos. Cuestiones civiles, penales, médico-legales y deontológicas. Editorial Universidad Buenos Aires, 1982. p. 24.

39. (Siguiendo la clasificación de los efectos del instrumento público de SALAS-HERNÁNDEZ, Apuntes de Derecho Notarial, Tomo I, p. 153).

40. Por ejemplo: "la escritura pública en la donación de inmuebles (art. 1397 del Código Civil) es una formalidad ad solemnitatem, o sea, referible a la esencia misma del acto, por lo que no es admisible la prueba testimonial presentada por el actor para demostrar la donación alegada" TRIBUNAL SUPERIOR SEGUNDO CIVIL, Sec. segunda, N° 726 de 14 y 10 h de 15 de octubre de 1984.

41. V. SALAS-HERNÁNDEZ, cit., p. 169.

ción de una nueva escritura, por nota puesta al final de la escritura, por el transcurso del tiempo en los casos de nulidad relativa, por la subsanación por acta, por subsanación judicial o por asumir de inmediato el Notario su propia responsabilidad, a su costo).

Es discutible, a mi juicio, que en los casos de error material, que sea corregido por el propio Notario pueda hablarse de una forma de anulabilidad, a causa de esta razón. Esto no implica que el defecto no pueda acarrear nulidad o anulabilidad, según su gravedad, si no es subsanado a tiempo.

En los casos de nulidad o anulabilidad encontramos una disconformidad en relación con el Ordenamiento jurídico.

Casos de nulidad.

Algunos casos de *nulidad absoluta* se encuentran en la Ley de Notariado (artículo 90) y se refieren a:

- La escritura no extendida en protocolo (con las salvedades del art. 2 LN).
- La escritura hecha por el Notario que hubiere cesado en sus funciones (con salvedad de buena fe y de público ejercicio) (art. 90, inciso 2), LN).

Esta falta ha sido considerada grave en nuestra jurisprudencia; se dijo:

"...el continuar cartulando pese a encontrarse suspendido implica un proceder completamente irregular, ya que autorizó escrituras, con el consiguiente grave perjuicio para las partes otorgantes, a tenor del artículo 90, inciso 2), de la Ley Orgánica de Notariado..."⁴²

Aunque, a primera vista, éste podría parecer un caso de nulidad absoluta, por carecer el Notario de titularidad para el ejercicio del nota-

riado, y por existir un procedimiento (arts. 9 y 25 LN) para reintegrarse a sus funciones, la verdad es que la propia Ley (en el inciso 2 del artículo 90) hace la excepción, al decir:

"...salvo que la parte que la hace valer (la escritura) hubiere obrado de buena fe y que al tiempo de otorgar la escritura el Notario todavía ejerciere públicamente sus funciones."

Otros casos de *nulidad absoluta*:

- La escritura que sin estar firmada por los otorgantes no explique el motivo de su omisión.
- Las que no estén firmadas por el Notario, por los intérpretes si los hubiere y por los testigos instrumentales cuando la ley exija este requisito... etc.

Casos de anulabilidad.

En el artículo 91 LN encontramos algunos casos de *anulabilidad*:

"Es anulable la escritura en que alguno de los testigos instrumentales o de conocimiento de partes o intérpretes tuviere con respecto al Notario o a uno de los otorgantes cualquiera de los vínculos que producen impedimento relativo..."

Ya sobre este tema hemos hablado, al tratar de la incompatibilidad y los impedimentos.

Casos de *defectos, errores y omisiones subsanables por el propio Notario*.

Puede distinguirse entre la anulabilidad (llamada también nulidad relativa en nuestro medio) y aquellos casos, previstos en los artículos 62-bis-a y 62-bis-b de la Ley de Notariado, donde se trata simplemente de "subsanan" un error de orden material, pues como lo expresa el Código Civil en su artículo 1016, "el simple error de escritura o de cálculo sólo da derecho a su rectificación".

Del mismo modo, en las resoluciones judiciales este tipo de errores da lugar a su corrección.⁴³

La responsabilidad del Notario puede surgir precisamente por dejar de corregir el defecto.

El hecho de que este tipo de errores, defectos u omisiones, sea subsanable por el propio Notario, no significa que se trate de un acto anulable y por esto mismo, convalidable.

Son diversas las razones para afirmar esto:

La anulabilidad o nulidad relativa tiene sus propios plazos legales de prescripción. Basta el no ejercicio de la acción de anulación dentro del plazo para que la patología originaria quede superada y el acto se convalide.

En algunos supuestos relativos a los defectos, errores y omisiones que pueden ser corregidos por el propio Notario, no puede hablarse de una convalidación por el transcurso del tiempo, por lo tanto no puede hablarse de anulabilidad. Hay defectos de nulidad también, defectos que si no fueran corregidos por el Notario determinarían la nulidad absoluta del acto.

En la anulabilidad la convalidación es una facultad del propio afectado (no del Notario).⁴⁴

De tales nulidades, anulabilidades, errores, defectos u omisiones, o formas de ineficacia, pueden derivar consecuencias perjudiciales para las partes o para terceros, con lo que el Notario podría ser sujeto de la obligación correspondiente de indemnizarlos.

De este modo, el Notario, en caso de escrituras inscribibles, está obligado a que las escri-

turas otorgadas ante él cumplan con los requisitos legales para su inscripción "independientemente de si está obligado a inscribirlas".⁴⁵

b) El daño sobre los efectos probatorios del documento.

Este tipo de daño en el ejercicio del notariado puede darse cuando la eficacia "ad probationem" depende de una determinada formalidad y ésta se incumple.

Sería grave por ejemplo en los casos donde la ley no admite la prueba testimonial si falta esta formalidad documental mínima.

Un ejemplo grave podría ser la culpa profesional en el levantamiento de una acta notarial sin las debidas formalidades, dada su particular fuerza probatoria,⁴⁶ recordemos que:

"...la existencia material de los hechos contenidos en el documento hace plena prueba, no sólo porque el Notario goza de fe pública... sino también porque dicha prueba únicamente es posible desvirtuarla de esa relevancia jurídica si el documento es argüido de falso..."⁴⁷

c) El daño sobre los efectos ejecutivos del documento.

Dado el fuerte valor probatorio y dada la ejecutividad del instrumento público, la violación en que pueda incurrir el Notario podría atentar contra el mismo sentido práctico del documento.

Algunos ejemplos:

43. "...si en un divorcio por mutuo consentimiento una de las partes apeló de la resolución que aprueba el convenio de divorcio, alegando la confusión de apellidos, éste no es de recibo, porque aunque en la resolución haya habido un error, este resulta irrelevante y sólo da derecho a su rectificación, especialmente porque la identidad entre el impugnante y quien compareció ante el Notario para firmar el divorcio no queda en entredicho." TRIBUNAL SUPERIOR SEGUNDO CIVIL, Sección Primera, Nº 294, 8 y 10 h de 26 de mayo de 1982 y Nº 122 de 16 y 45 h de 10 marzo de 1981.

44. "...puede ser convalidada si fuere ratificada por el articulante" TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL, Alajuela, Nº 498 de 8 y 35 h de 18 de mayo de 1977.

45. SALA PRIMERA DE LA CORTE, Número 80 de las 14 h de 22 de julio de 1983.

46. (Sobre el tema v. ROMERO PÉREZ, Jorge Enrique, Reflexión sobre la prueba documental en el proceso civil de Costa Rica, Revista de Ciencias Jurídicas, Nº 27, setiembre-diciembre de 1975, p. 272).

47. (TRIBUNAL SUPERIOR SEGUNDO CIVIL, Sección Segunda, Nº 499 de 9.05 h de 26 de setiembre de 1989, Revista Judicial Nº 56, p. 431).

Un poder elaborado indebidamente puede no tener efectos y el Notario deberá asumir su responsabilidad.⁴⁸

Una indebida certificación de una escritura, como título ejecutivo.⁴⁹

ch) El daño sobre los efectos relativos del documento (efectos del acto o negocio en relación con terceros).

La inscripción determina, a menudo, la oponibilidad o enfrentabilidad del acto a terceros.

Sería ineficaz (para terceros) inoponible (frente a terceros) el negocio que, requiriéndolo, no sea inscrito en el Registro correspondiente.

El acto o negocio que, debiendo inscribirse registralmente, no sea inscrito, se encuentra en

una situación de ineficacia relativa: hay eficacia de tal acto o negocio entre las partes,⁵⁰ pero no es oponible a terceros, no es eficaz frente a terceros.⁵¹

La indemnización que podría tener que afrontar el Notario, por responsabilidad civil derivada de una falta de inscripción culpable (con la concomitante ineficacia relativa) puede llegar a sumar el valor total del negocio.

Así:

"Cuando un acto o contrato autorizado por Notario deje de inscribirse, en el Registro correspondiente, por dolo, culpa o ignorancia inexcusable de aquél, subsanará la falta extendiendo a sus costas una nueva escritura, de ser posible, e indemnizando en todo caso a los interesados de los perjuicios que les hubiese ocasionado."⁵²

CAUSALIDAD

Es unánime la doctrina y la jurisprudencia en considerar el nexo de causalidad como un elemento indispensable para que surja la responsabilidad subjetiva.⁵³ Para que ésta nazca, el daño ha de haber sido causado por la persona a quien se reclama. En la doctrina, se habla de la causalidad adecuada y eficiente en la producción del daño. Esto significa que la conducta (activa u omisiva) del Notario ha de ser una

condición "sine que non" del efecto lesivo de los intereses de otorgantes o terceros.

El Tribunal Supremo Español ha hablado de la "causalidad adecuada", según la cual deben considerarse como causa aquellos antecedentes de los cuales cabe esperar, según criterios de probabilidad o razonable regularidad, la producción del resultado dañoso.

48. TRIBUNAL SUPERIOR PRIMERO CIVIL, Nº 1272 de 9 y 35 h de 19 de julio de 1988.

49. TRIBUNAL SUPERIOR PRIMERO CIVIL, Nº 2274 de 9 y 50 h de 7 de diciembre de 1984.

50. "...la falta de inscripción en el registro no produce la invalidez del contrato, sino su ineficacia frente a terceros..." SALA DE CASACIÓN, Nº 108 de 15 h de 26 de octubre de 1979. Sobre la validez entre las partes de la escritura no inscrita v. SALA SEGUNDA CIVIL, Nº 196 de 15 y 35 h de 4 de julio de 1978.

51. Por ejemplo: Si el demandado vendió a sus hijos menores el bien objeto de discusión mediante escritura que fue presentada al diario del registro dos años y nueve meses después de su otorgamiento, cuando ya estaba anotada al margen la demanda de divorcio establecida por la actora... esa venta no tiene ningún valor frente a la anotante, aunque reúna todos los requisitos de ley, porque conforme a las disposiciones del Código Civil relativas a los títulos sujetos a inscripción, el contrato de compraventa celebrado entre el accionado y sus hijos quedó desprovisto de eficacia y no podría perjudicar a la actora." SALA SEGUNDA DE LA CORTE, Nº 86 de 10 y 45 h de 3 de setiembre de 1982. V tamb.: SALA DE CASACIÓN, Nº 63 de 15 y 30 h de 4 de agosto de 1978.

52. BORREL, op. cit, p. 204.

53. (SALA DE CASACIÓN, Nº 69 de 1963, II, p. 591; Nº 29 de 15 y 40 h de 25 de marzo de 1958, tomo II, I semestre p. 567; Nº 129 de 15 h de 14 de diciembre de 1955, Semestre II, 2, p. 962).

También en nuestra Ley de Notariado la causalidad es vista en función de la acción de "producir" el daño, término que bien puede entenderse como sinónimo de "causar".

Expresa la citada ley, en lo que interesa:

"b) a quien por ignorancia, descuido o negligencia produjere daños a los otorgantes o a terceros (art. 23 LN).

Se entiende que queda excluida la causalidad en los casos de fuerza mayor, hecho de la víctima o de un tercero.⁵⁴

Si el daño resulta de un hecho inevitable no puede hablarse de causalidad. Esta relación desaparece igualmente cuando es la propia víctima la que causa su daño, o éste es producto de la intervención de otro sujeto.

CULPABILIDAD

El siguiente elemento de la responsabilidad es la culpabilidad, en sentido estricto, que hace referencia a los aspectos psíquicos de la actuación notarial:

En los últimos años se ha comenzado a hablar ampliamente de "Malpraxis" en relación con los médicos. Hoy este concepto se usa para todas las profesiones.

La "Malpraxis" ha sido definida como impericia profesional, pero engloba todas las formas de responsabilidad por culpa como negligencia, imprudencia o falta en el desempeño profesional. Incluye también la falta de actualización de conocimientos.

En relación con el ejercicio de las profesiones liberales, se ha considerado que el que las ejerce está obligado a tener los conocimientos suficientes para tal ejercicio. No basta poseer un título universitario, porque el progreso de las ciencias, en algunos casos y las nuevas complicaciones que van surgiendo, en otros, imponen una diligencia posterior a la obtención del título académico.⁵⁵

Dentro de un sentido amplio la "malpraxis" incluye también al dolo.

Hay dolo si hay conciencia y voluntad del hecho lesivo; hay culpa, en cambio, si el daño es resultado de falta, negligencia, imprudencia o impericia.

Es evidente que hay dolo en los casos de daños intencionales, por ejemplo, "en escrituras fraguadas, falsas, celebradas en complicidad con una de las partes para hacer figurar una venta irreal o una donación que nunca se quiso hacer."⁵⁶

Podemos, en cambio, hablar de culpa en particular en las siguientes modalidades:

— por supuestos previstos en el régimen disciplinario (art. 23 y ss. LN).

Estos supuestos configuran lo que el artículo 1045 del Código Civil llama "falta" o inobservancia de reglamentos, una de las formas de la culpa.

Además, estos supuestos pueden configurar la impericia notarial, por referirse a reglas que tienen que ver con el ejercicio del notariado, por lo que son parte de los deberes de la

54. (Es abundante la jurisprudencia; por ejemplo: SALA SEGUNDA CIVIL, N° 294 de 15 y 30 h de 17 de setiembre de 1975, TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL, N° 195 de 10 y 40 h de 21 de marzo de 1978, SALA DE CASACIÓN, N° 33 de 9 y 30 h de 9 de abril de 1953, I, I, p. 657, SALA PRIMERA DE LA CORTE, N° 84 de 14 y 45 h de 19 de noviembre de 1980).

55. Así BORREL, Responsabilidades, p. 66.

56. ITURRASPE-KEMELMAJER, p. 464.

profesión, deberes no sólo frente al gremio, sino también frente a otorgantes y terceros.

También se refiere la Ley a las diferentes modalidades de culpa y habla de:

"b) quien por ignorancia, descuido o negligencia produjere daños a los otorgantes o a terceros (art. 23 LN)".

El *atraso* puede dar lugar también a culpa; en la Ley de Notariado se menciona a:

"c) quien, comprometido en la inscripción de documentos en los Registros respectivos, diere lugar a *atraso* salvo que demuestre que no ha habido de su parte culpa alguna (art. 23 LN)".

Así, por ejemplo en nuestra jurisprudencia⁵⁷ se sancionó un caso de protocolización tardío.

Además, cualquier:

d)"...otra falta grave... (art. 23 LN)"

Por ejemplo, en nuestra jurisprudencia, se ha hablado sobre la responsabilidad del Notario por no establecer mediante la cédula la verdadera identidad de un otorgante.

"Ninguno de los argumentos que aduce en descargo de su proceder son aceptables, pues

él fue víctima, también de la actitud culpable del corredor, se excedió en la confianza que puso en dicho señor e incurrió en la ligereza de olvidar su deber de identificar al presunto x x, como imperativamente lo ordena el artículo 70 de la Ley de Notariado vigente".⁵⁸

No hay duda acerca de la responsabilidad del Notario por el hecho de dar fe de la identidad de un otorgante. Esta responsabilidad puede ser dolosa, cuando el Notario es cómplice, por ejemplo en delitos de sustitución de persona, pero es normalmente de orden culposo y

"encuadra dentro de lo dispuesto en la Ley cuando establece que "todo el que ejecutare un hecho que por su culpa o negligencia ocasionara un daño a otro está obligado a la reparación del perjuicio." ⁵⁹

Del mismo modo podría considerarse negligencia el no estar seguro de la capacidad del otorgante.⁶⁰

Otro ejemplo (también en nuestra jurisprudencia): Ha sido considerado, el omitir el estudio de registro con anterioridad a la confección de una escritura, como "una violación del deber de cuidado que le era exigible en el desempeño de su función."⁶¹

ANTI JURIDICIDAD

La falta de justificación de la conducta, o sea la antijuricidad, es el otro elemento que debe considerarse.

Se incluye aquí toda transgresión de debe-

res legales o reglamentarios. Pero, sustancialmente, debe verse como una lesión axiológica (no exceptuada por una causa de justificación) sobre el Ordenamiento.

57. Resolución de la Sala Primera Civil de la Corte Suprema de Justicia de 10 y 35 h de 7 de enero de 1938.

58. SALA DE CASACIÓN, N° 80 de 15 y 40 h de 22 de julio de 1959, 2- semestre, I tomo, p. 230.

59. (Gaceta del Foro, Buenos Aires, julio 29 de 1948, p. 639).

60. SALA PRIMERA DE LA CORTE, N° 33 de 14.45 h de 18 de junio de 1984.

61. SALA PRIMERA DE LA CORTE, N° 27 de las 17 h de 15 de marzo de 1989. También: TRIBUNAL SUPERIOR CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Sección Primera, N° 8325 de 9 y 30 h de 14 de febrero de 1986.

RESPONSABILIDAD CIVIL SUBJETIVA INDIRECTA DEL NOTARIO

También las reglas generales de responsabilidad indirecta resultan aplicables en la función notarial.

Es un principio general que se responde solidariamente por los daños causados por los dependientes y encargados.

En otras palabras, el Notario no responde solamente de sus propias actuaciones, sino también de las de sus dependientes o encarga-

dos, secretarias, asistentes, conserjes, etc.

En nuestra jurisprudencia hay un caso de un Notario que prestaba su Protocolo a un estudiante de Derecho, en el que se estableció que "el Notario es responsable de los documentos que autoriza."⁶²

Este es el campo de la llamada responsabilidad indirecta solidaria "in eligendo" e "in vigilando".

DEBERES ESPECÍFICOS QUE APARECEN EN LA LEY. OBLIGATORIEDAD DE LA FUNCIÓN NOTARIAL

- Debe tener su oficina abierta al público en el lugar que ha informado (art. 17).

Por ser una función pública la cumplida por el Notario, éste debe tener abierta la prestación de sus servicios al público. "De tal suerte que el Notario que se negare a prestar sus servicios profesionales, sin mediar justa causa, incurriría evidentemente en responsabilidad civil."⁶³ Al respecto comenta Borrel:

"...la autorización del instrumento público tiene carácter obligatorio para el Notario con jurisdic-

ción, a quien se sometan las partes o corresponda en virtud de los preceptos de la legislación notarial, salvando los casos que especifica.

Naturalmente que sí por negarse el Notario, sin una razón suficiente a autorizar una escritura o testamento se derivará un perjuicio concreto y determinado, tal perjuicio deberá repararlo."⁶⁴

- Debe informar a la Corte para ejercer fuera (art. 17).
- Debe conservar su protocolo, como depositario, bajo ciertas condiciones (art. 38 LN).

EN PARTICULAR: REGLAS DE RESPONSABILIDAD SOBRE INSTRUMENTOS PÚBLICOS

Aunque son innumerables las posibles conductas dolosas o culposas relacionadas

con los instrumentos públicos, es posible considerar cuáles son los principales deberes del

62. SALA SEGUNDA DE LA CORTE, Nº 113 de 9 y 40 h de 13 de abril de 1988.

63. (SALAS-HERNÁNDEZ, Apuntes de Derecho Notarial, Tomo I, p. 127).

64. BORREL, op. cit., p. 302.

Notario en relación con ellos. Precisamente la transgresión de estos deberes podría ser fuente de responsabilidad civil.

— **información a las partes**

"debe en todo caso informar a las partes de la trascendencia y efectos legales de los actos jurídicos que formalicen con su intervención..."⁶⁵

- "redacción en castellano" (art. 58 LN)
- "traducción verbal bajo su responsabilidad" (art. 59 LN)
- "traducción de documentos bajo su responsabilidad" (art. 61 LN).⁶⁶

Agnes CHAVERRI FONSECA realiza una interesante clasificación de los deberes del Notario que, en forma esquemática resumimos a continuación:

Deberes del Notario en el sistema latino de Derecho Notarial.

La naturaleza de la función del Notario abarca dos aspectos:

- a) como profesional en Derecho
- b) como funcionario público.⁶⁷

"son funcionarios y a la vez profesionales".⁶⁸

Así lo ha considerado nuestra jurisprudencia:

"...el diccionario antes citado (Real Academia Española de la lengua) define al Notario como el funcionario público autorizado para dar fe de los contratos, testamentos y otros actos extrajudi-

ciales, conforme a las leyes: La Ley Orgánica de Notariado otorga al Poder Judicial la facultad de autorizar o conceder licencia para el ejercicio del notariado, y a la vez se reserva la jurisdicción disciplinaria de los Notarios; si puede disciplinarlos es por la función pública que delega el estado en ellos. El Código Civil indica la calidad de funcionario público del Notario, al decir que los documentos e instrumentos públicos... hacen plena prueba de la existencia material de los hechos que el oficial público afirma en ellos haber realizado él mismo o haber pasado en su presencia en el ejercicio de sus funciones."⁶⁹

Deberes derivados de su condición de profesional en Derecho.

Deberes éticos en sus funciones de asesoramiento y consejo.

Por ejemplo:

- el "deber (del artículo 64 de la LN) de advertir a los comparecientes de las posibilidades, requisitos y consecuencias del acto o negocio que pretenden realizar... el Notario está, pues, en la obligación de instruir a los interesados sobre las posibilidades legales, requisitos y consecuencias probables que pudieren resultar de la relación jurídica que desean establecer entre sí"⁷⁰
- el deber de asistencia técnica o asesoramiento, en cuya violación resulta clara la responsabilidad civil profesional
- deberes éticos respecto de la retribución económica del Notario, relacionados con el concepto de "justo provecho"⁷¹
- deber de asegurarse que el consentimiento que presta el otorgante corresponda a su voluntad.⁷²

65. (SALAS-HERNÁNDEZ, Apuntes de Derecho Notarial, Tomo I, p. 133).

66. TRIBUNAL SUPERIOR SEGUNDO CIVIL, Sec. segunda, Nº 178 de 9 y 20 h de 31 de octubre de 1980.

67. (CHAVERRI FONSECA, Agnes, p. 76).

68. ITURRASPE-KEMELMAJER, p. 464.

69. SALA TERCERA DE LA CORTE, Nº 134 de 8 y 30 h de 25 junio de 1986.

70. (CHAVERRI FONSECA, Agnes, p. 80).

71. (CHAVERRI FONSECA, Agnes, p. 84).

72. (CHAVERRI FONSECA, Agnes, p. 85).

Deberes gremiales con sus colegas.

- deber de abstenerse de emitir innecesarios juicios desfavorables de un colega Notario⁷³
- deber de perfeccionar culturalmente su ministerio,⁷⁴ la que significa, mantenerse actualizado en conocimientos.

Deberes derivados de la colegiación.⁷⁵**Deberes de cooperación y solidaridad.⁷⁶**

Deberes fiscales que son aquellos que "le imputan las leyes tributarias en razón del ejercicio de su profesión..."⁷⁷

BIBLIOGRAFÍA

- CORONADO PÉREZ, EDUARDO, DE LOS DOCUMENTOS PÚBLICOS, León Nicaragua, 1966.
- CHAVERRI FONSECA, Agnes, Deberes del Notario en el Sistema Latino y Derecho Notarial, Tesis, Facultad de Derecho, 1990.
- GIBSON, William, Medical Malpractice, Journal of Insurance, Nov. Dec., 1981.
- MOSSET ITURRASPE-KEMELMAJER DE CALUCCI-GHERSI-STIGLITZ-PARELLADA, Responsabilidad Civil, Hammurabi-Depalma, Buenos Aires, 1992.
- MUÑOZ, William, Responsabilidad civil y profesional del Notario, Lección mimeografiada, Facultad de Derecho, 1972.
- RICHARDS, Kent, Statutes limiting malpractice damages, federation of insurance Counsel Quaterly, Iowa, Vol. 32, N° 3, spring, 1982.
- RIU, Jorge Alberto, Responsabilidad profesional de los médicos. Lerner, Buenos Aires, 1981.
- RODRÍGUEZ ARGUEDAS, José Fabio. El acta notarial en Costa Rica, Tesis, Facultad de Derecho, UCR, 1981.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, Naturaleza jurídica del documento auténtico notarial, Ediciones Universidad Notarial Argentina, La Plata, 1969.
- ROMERO PÉREZ, Jorge Enrique, Reflexión sobre la prueba documental en el proceso civil de Costa Rica, Revista de Ciencias Jurídicas, N° 27, setiembre-diciembre de 1975.
- STRAZEWSKY, Len, Florida, proposing reform of malpractice system, Business Insurance, febrero 25, 1983., p. 1.
- SALAS-HERNÁNDEZ, Apuntes de Derecho Notarial, Tomo I, Facultad de Derecho, UCR, 1970.
- TRIGO REPRESAS, Félix y STIGLITZ, Rubén, El seguro contra la responsabilidad civil profesional del médico, Buenos Aires, Astrea, 1983.
- YUNGANO-LÓPEZ BOLADO-POGGI-BRUNO, Responsabilidad profesional de los médicos. Cuestiones civiles, penales, médico-legales y deontológicas. Editorial Universidad Buenos Aires, 1982.

73. (CHAVERRI FONSECA, Agnes, p. 90).

74. (CHAVERRI FONSECA, Agnes, p. 91).

75. (CHAVERRI FONSECA, Agnes, p. 94).

76. (CHAVERRI FONSECA, Agnes, p. 98).

77. (CHAVERRI FONSECA, Agnes, p. 102).