

¿Es factible prescindir de la Función Notarial para la constitución de sociedades y las transacciones relacionadas con bienes muebles e inmuebles ante la existencia del certificado de firma digital?

José Fernán Pozuelo Kelley, ULACIT
2013

INTRODUCCIÓN

Los avances tecnológicos que actualmente se encuentran disponibles para la ciudadanía han alcanzado niveles que el legislador no pudo prever e identificar con claridad en el momento de emitir leyes relacionadas con el marco regulatorio de ciertas actividades comerciales y de índole registral.

Es ampliamente conocido que el derecho, mediante la creación de un marco jurídico, responde a una necesidad de la sociedad cuyo origen es propio de las relaciones entre sujetos de derecho. Sin embargo, algunas de las soluciones planteadas por el legislador parecieran inadecuadas y obsoletas desde el momento de su concepción.

Evidentemente este fenómeno no puede ser atribuido en su totalidad a las carencias del legislador, ya que hay factores como los avances tecnológicos, que en muchos casos son imposibles de anticipar por el legislador.

Es de particular interés para el desarrollo de este trabajo de investigación las implicaciones del desarrollo e implementación de la firma digital, sistema mediante el cual se certifica que el contenido de un documento electrónico es propio y no ha sido modificado por terceros, en diversas actividades comerciales y registrales que hoy en día requieren de un Notario Público para que desplieguen sus efectos jurídicos.

La metodología de investigación a utilizar es de índole cualitativa, mediante la cual se pretende obtener una visión más clara sobre el problema central que gira en torno a la necesidad o no de la fe pública para la constitución de sociedades mercantiles y las transacciones de compraventa relacionadas con bienes muebles e inmuebles. Dentro de las herramientas a utilizar para la obtención de información, se pretende utilizar las técnicas de la entrevista a profesionales del derecho y encuesta electrónica a una población meta de al menos 40 personas.

Durante el desarrollo del presente trabajo se pretende establecer la viabilidad de implementar el certificado de firma digital para que los portadores de dicho certificado puedan realizar inscripciones de sociedades mercantiles y transacciones de compraventa de bienes muebles e inmuebles, bajo ciertas condiciones, y prescindir de los servicios notariales si así lo desean las partes.

¿Es factible prescindir de la Función Notarial para la constitución de sociedades y las transacciones relacionadas con bienes muebles e inmuebles ante la existencia del certificado de firma digital?

José Fernán Pozuelo Kelley, ULACIT
2013

Objetivo General:

Determinar si mediante la introducción del certificado de firma digital es posible la constitución de sociedades mercantiles y la compraventa de bienes muebles e inmuebles sin la obligación de comparecer ante un Notario Público.

Objetivos específicos:

1. Describir los principios rectores de la función notarial.
2. Identificar el marco legal que regula la actividad notarial en relación con la constitución de sociedades, así como las transacciones a nivel registral de bienes muebles e inmuebles.
3. Identificar el marco regulatorio de la firma digital y su aplicación práctica.
4. Establecer la trascendencia de la fe pública en las transacciones registrales.
5. Esquematizar una propuesta para la constitución de sociedades y las transacciones de compraventa de bienes muebles e inmuebles.

¿Es factible prescindir de la Función Notarial para la constitución de sociedades y las transacciones relacionadas con bienes muebles e inmuebles ante la existencia del certificado de firma digital?

José Fernán Pozuelo Kelley, ULACIT
2013

Desarrollo

I. Sobre las Generalidades del Notariado

La legislación vigente en nuestro país confiere a todas aquellas personas que ejercen el notariado público de una investidura especial que los faculta para convertirse en auxiliares del Estado que dan fe pública de todos aquellos actos que así lo requieren por ley.

a) Sobre la Naturaleza Jurídica del Notario Público

La naturaleza jurídica de la función notarial se deriva del ejercicio por delegación y con supervisión del Estado que tiene una persona para dar fe pública sobre determinadas actuaciones que son de interés jurídico para la vida en sociedad. La Ley Orgánica de Notariado, Ley N° 39 de 5 de enero de 1943 y sus reformas, establece en su artículo 1° lo siguiente:

"La persona autorizada para ejercer el notariado público tiene fe pública cuando deja constancia de un hecho, suceso, situación, acto jurídico o contrato que tenga por objeto asegurar o hacer constar derechos y obligaciones dentro de los límites que la ley señala a sus atribuciones y observando los requisitos que exige..."

Es decir, existe una relación intrínseca entre el acto de dar fe y la función notarial, la esencia misma del Notario Público es la investidura de funcionario público, sin ser empleado público o estatal, para realizar ciertos actos de naturaleza jurídica en nombre del Estado. En otras palabras, la razón de ser del Notario Público es la posibilidad de dar fe pública de ciertos actos que son de interés para el Estado.

Coincidente con la anterior definición es la dada por Giménez Arnau, que concibe al Notario Público como:

"Profesional del Derecho que ejerce una función pública para robustecer, con una presunción de verdad, los actos en que interviene, para colaborar en la formación correcta del negocio jurídico y para solemnizar y dar forma legal a los negocios jurídicos privados, y de cuya competencia, solo por razones de históricas, están sustraídos los actos de la llamada jurisdicción voluntaria"

Finalmente, Castán Tobeñas, sobre este particular, establece lo siguiente:

¿Es factible prescindir de la Función Notarial para la constitución de sociedades y las transacciones relacionadas con bienes muebles e inmuebles ante la existencia del certificado de firma digital?

José Fernán Pozuelo Kelley, ULACIT
2013

"No puede negarse el carácter público de la función y la institución notarial. Las finalidades de la autenticidad y la legitimación de los actos jurídicos exigen que el notario sea un funcionario público, que intervenga en ellos en nombre del Estado y para atender, más que al interés particular, al interés general o social de afirmar el imperio del Derecho asegurando la legalidad y la prueba fehaciente de los actos y hechos de que penden las relaciones privadas"

De lo anterior se extrae el concepto generalmente aceptado de que el Notario Público es un profesional del Derecho encargado de una función pública, cuyo objetivo es la autenticación de hechos, y recibir, interpretar, y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactar el instrumento adecuado al fin específico, darle autenticidad y conservar temporalmente los originales (que luego pasan al Archivo Nacional), expedir copias, certificaciones o testimonios que dan fe pública de su contenido.

b) Reseña histórica

Con respecto a la historia de la función notarial, es imposible negar que sus orígenes se remontan a varios siglos atrás, y que la misma ha evolucionado junto con el Derecho a lo largo de los años.

Existen dos claras tendencias sobre los orígenes del notariado: la primera tendencia se refiere a la existencia reciente del notariado en la historia, en la cual se ubican espacialmente sus orígenes a la época del Bajo Imperio Romano, ya que se considera que fue el Derecho Bizantino el que unificó los tabularios y tabuliones y dio lugar a los principios de la función notarial.

La otra tendencia hace referencia a que el notariado del Bajo Imperio Romano no es un antecedente del notariado como función, sino más es la primera organización notarial en conformarse.

Textos antiguos como el Código de Hammurabi, que data del siglo XXII A.C., ofrecen claras evidencias sobre la existencia de la función notarial para la formalización de los contratos, igualmente en los textos religiosos antiguos existe clara evidencia de funciones notariales por parte de los sacerdotes o altas esferas de las diferentes religiones que efectuaban la función notarial.

En este documento, nos inclinaremos por la segunda tendencia de los orígenes del notariado, en la cual durante la época del Imperio Romano se consolidó la actividad Notarial como una institución debidamente organizada y regulada por un ente de carácter Estatal.

¿Es factible prescindir de la Función Notarial para la constitución de sociedades y las transacciones relacionadas con bienes muebles e inmuebles ante la existencia del certificado de firma digital?

José Fernán Pozuelo Kelley, ULACIT
2013

Como nota interesante, es hasta el siglo XIII que se le asigna fe pública al notario, se consagra al Escribano como funcionario Público que goza de gran poder, gloria y riqueza.

c) Marco jurídico histórico

El papel del Estado en el control del ejercicio privado de la función pública tiene su origen en el interés público y la seguridad jurídica, ya que cualquier persona que se presenta ante un Notario Público para realizar cualquier acto o contrato jurídico, tiene como objetivo obtener del Notario certeza y seguridad de que sus actuaciones sean conforme a derecho, sin que se ponga en duda la fe pública de dicho Notario. El Estado es quien inviste a esta persona, y le otorga frente a todos la investidura de Notario Público; en otras palabras, como aquel profesional que ha sido habilitado para ejercer la fe pública notarial y en quien se depositó una labor social fundamental debido a sus cualidades académicas y morales.

a. Ley Orgánica del Notariado 1887

Desde la promulgación de dicha Ley, el 12 de octubre de 1887, se reconoce al Notario Público como: “La persona autorizada para ejercer el Notariado...”. Los requisitos que se necesitaban para tener fe pública eran:

Artículo 01.

. Tener el título de Notario, el cual se obtenía si se era ciudadano en ejercicio, del estado seglar, mayor de edad, bachiller en filosofía, artes o ciencias, de buena conducta y notoria honradez, no estar impedido legalmente para el ejercicio del cargo y tener los conocimientos jurídicos que requiere la profesión.

. Estar legalmente autorizado para ejercer la profesión. La persona que quiera ejercer el Notariado solicitará del Supremo Tribunal de Justicia que le autorice para ello.

Según lo establecía dicha ley, las personas que se encontraban legalmente impedidas eran: “El sordo, mudo, ciego y el incapaz de administrar sus bienes, los que estén cumpliendo una pena o los que hayan sido inhabilitados por sentencia para el ejercicio de cargos públicos; los que se hallaren en estado de quiebra mientras no fueren rehabilitados, o de concurso mientras la insolvencia no se declare excusable, y los que tuvieren contra sí auto motivado de prisión”.

b. Ley Orgánica del Notariado, 1943

¿Es factible prescindir de la Función Notarial para la constitución de sociedades y las transacciones relacionadas con bienes muebles e inmuebles ante la existencia del certificado de firma digital?

José Fernán Pozuelo Kelley, ULACIT
2013

Es importante señalar algunos artículos que reflejan un poco el pensamiento del legislador acerca del significado del notariado costarricense. El artículo 3 de este cuerpo normativo exige dentro de los requisitos para obtener el Título de Notariado ser “notoriamente conocido, de conducta y antecedentes honrados”.

Asimismo, la actividad notarial desde aquellas épocas se ha considerado como una delegación o autorización por parte de determinada instancia; en lo que interesa, se señala:

Artículo 8: “Para ejercer las funciones de notario se requiere el título de tal, autorización para ejercer esa profesión y...”.

c. Código Notarial de 1998

La legislación vigente sobre la función notarial señala al respecto:

ARTÍCULO 1.- Notariado Público

El notariado público es la función pública ejercida privadamente. 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 ocurran ante él.

ARTÍCULO 2.- Definición de notario público

El notario público es el profesional en Derecho, especialista en Derecho Notarial y Registral, habilitado legalmente para ejercer la función notarial.

En leyes, reglamentos, acuerdos y documentos, cuando se use la palabra notario debe entenderse referida al notario público.

d) Sobre los tipos de Notario Público que ejercen en Costa Rica

En Costa Rica existen dos tipos de Notarios, de conformidad con lo establecido por el Estado costarricense:

- a. El notario al servicio de la Administración Pública, del cual existen tres subcategorías:

¿Es factible prescindir de la Función Notarial para la constitución de sociedades y las transacciones relacionadas con bienes muebles e inmuebles ante la existencia del certificado de firma digital?

José Fernán Pozuelo Kelley, ULACIT
2013

-Notario del Estado: Profesional en derecho con la especialidad en Derecho Registral y Notarial, debidamente habilitado de forma limitada para el ejercicio de las funciones notariales. Este solo puede prestar sus servicios a la Administración Pública.

A este tipo de notario no se le permite brindar servicios al público, ya que presta sus servicios desde la Notaría del Estado. En el caso del notario de Estado, nos encontramos ante un caso de notario que sí es considerado como funcionario público, pero siempre bajo un régimen de servicio distinto. Al existir reserva legal, devenga salario por sus servicios.

-Notario consular: Se refiere a los cónsules de Costa Rica en el extranjero que se encuentran autorizados por la ley y por la Dirección Nacional de Notariado para el ejercicio de algunas funciones notariales en el extranjero. Por ley se les exige del requisito de ser abogado y de la especialidad en Derecho Registral y Notarial.

Este tipo de notario es un funcionario público con facultades limitadas para ejercer el notariado y se encuentra bajo un régimen de servicio distinto, ya que su ejercicio está limitado a la circunscripción territorial para la que ha sido nombrado.

-Notario – funcionario público, con las excepciones del inciso d) del artículo 5 del Código Notarial: Mejor conocido como notario de planta, es una creación de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Este tipo de notario es un profesional en Derecho, especialista en Derecho Registral y Notarial, al que, no obstante su condición de funcionario público, la ley le permite expresamente el ejercicio privado y externo de la profesión.

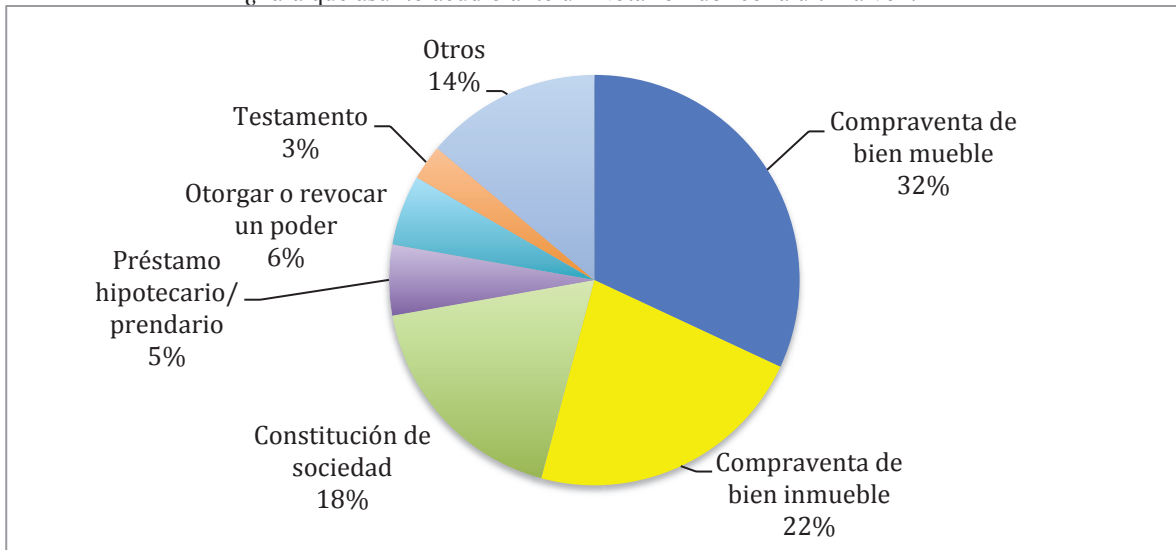
El Notario-funcionario público es la figura de mayor relevancia para efectos de la presente investigación, en el tanto tiene investidura para dar fe pública de actos entre sujetos de derecho privado que resulta de particular interés. La constitución de sociedades, así como las transacciones de compraventa de bienes muebles e inmuebles que se realicen entre sujetos de derecho privado, y no entre el Estado y particulares, es lo que se pretende demostrar que puede ser realizado sin la intervención del Notario Público para que de fe pública de dichos actos.

Los resultados que se muestran en el gráfico No. 1 evidencian las razones por las cuales los encuestados han acudido ante un Notario Público. Se reafirma así que la constitución de sociedades y las transacciones de compraventa de bienes muebles o inmuebles son las más comunes, según se muestra a continuación:

¿Es factible prescindir de la Función Notarial para la constitución de sociedades y las transacciones relacionadas con bienes muebles e inmuebles ante la existencia del certificado de firma digital?

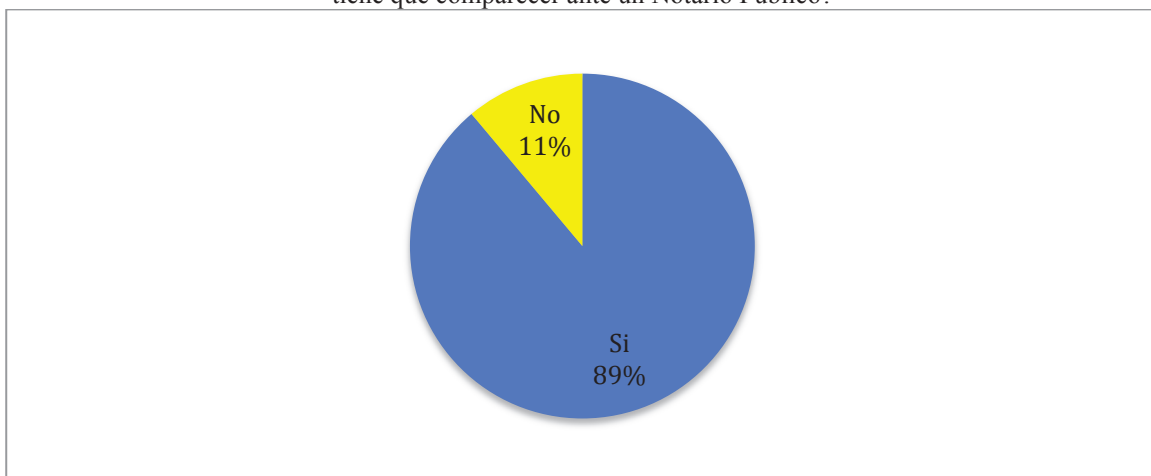
José Fernán Pozuelo Kelley, ULACIT
2013

Gráfico No. 1
¿Para qué asunto acudió ante un Notario Público la última vez?



De conformidad con los resultados obtenidos en la encuesta, se logró evidenciar que más del 95% de la población encuestada tiene conocimiento de que se debe comparecer ante un Notario Público para la inscripción de una sociedad o realizar una transacción de compraventa de bienes muebles o inmuebles, según se muestra en el gráfico No. 2:

Gráfico No 2.
¿Sabía usted que para constituir una sociedad, comprar o vender un bien mueble o inmueble tiene que comparecer ante un Notario Público?



¿Es factible prescindir de la Función Notarial para la constitución de sociedades y las transacciones relacionadas con bienes muebles e inmuebles ante la existencia del certificado de firma digital?

José Fernán Pozuelo Kelley, ULACIT
2013

II. La Fe Pública Notarial

El significado de Fe esta íntimamente relacionado con los conceptos de convicción y confianza, es decir creer en algo que no ha sido constatado por uno mismo. Si bien es cierto el concepto de fe generalmente está relacionado con la religión, en el ámbito jurídico se utiliza el término Fe Pública, que no tiene relación alguna con autoridad religiosa o similar.

Al respecto, el Código Notarial en los artículos 30 y 31 señala lo siguiente:

ARTÍCULO 30.- Competencia material de la función

La persona autorizada para practicar el notariado, en el ejercicio de esta función legítima y autentica los actos en los que interviene, con sujeción a las regulaciones del presente código y cualquier otra resultante de leyes especiales, para lo cual goza de fe pública. Las dependencias públicas deben proporcionarle al notario toda la información que requiera para el cumplimiento óptimo de su función.

ARTÍCULO 31.- Efectos de la fe pública

El notario tiene fe pública cuando deja constancia de un hecho, suceso, situación, acto o contrato jurídico, cuya finalidad sea asegurar o hacer constar derechos y obligaciones, dentro de los límites que la ley le señala para sus atribuciones y con observación de los requisitos de ley.

Del texto anterior se desprende que el Notario Público autentica y legitima los actos en los que interviene, y a la vez deja constancia o certifica hechos, sucesos, situaciones, actos o contratos jurídicos. En virtud de la fe pública, se presumen ciertas las manifestaciones del notario que consten en los instrumentos y demás documentos autorizados por él.

Desde la perspectiva doctrinaria se admiten dos tipos de fe pública, la originaria y la derivada. La primera es cuando se da fe sobre algo que es percibido por los sentidos del Notario (un testamento, por ejemplo); mientras que la segunda consiste en dar fe de hechos o actos de terceros, por ejemplo el otorgamiento o revocatoria de un poder. Para el caso que nos interesa, la constitución de sociedades y las transacciones de compraventa de bienes muebles o inmuebles es del tipo derivado.

¿Es factible prescindir de la Función Notarial para la constitución de sociedades y las transacciones relacionadas con bienes muebles e inmuebles ante la existencia del certificado de firma digital?

José Fernán Pozuelo Kelley, ULACIT
2013

Los requisitos esenciales de la Fe Pública son los siguientes:

- i) Evidencia: El Notario constata el hecho de un tercero, es decir es la relación que existe entre el autor del acto jurídico y el del instrumento notarial.
- ii) Objetividad: Todo el acto jurídico sobre el cual el Notario Público está dando fe debe constar por escrito dentro del protocolo.
- iii) Simultaneidad: Consiste en la obligación del Notario de plasmar el acto jurídico de manera inmediata en su protocolo.

Dentro de los fines del Estado se encuentra la realización del derecho, para llegar a tal fin este debe establecer la reglamentación de las diversas funciones de la fe pública, entre las cuales pueden distinguirse las siguientes clases: fe pública administrativa, fe pública judicial, fe pública extrajudicial o notarial y fe pública registral.

La mayor parte de las relaciones jurídicas realizadas entre particulares necesitan hacerse constar en escrituras públicas para producir sus efectos jurídicos; por ello, para hacer constar dichos actos es necesario hacerlo a través de la fe pública notarial. En ese sentido, el Estado debe encargarse de otorgar seguridad jurídica a los particulares.

Es importante señalar que el Estado solamente podrá proteger aquello cuya existencia le conste, por lo cual reviste a determinadas personas con la fe pública notarial. Esta es la potestad de asegurar la verdad de los hechos y de actos jurídicos que constan a quien la ejerce y que, en virtud de sus aseveraciones, serán tenidos por auténticos mientras no se demuestre judicialmente su falsedad.

Entre la intervención del Notario y el instrumento en el que plasma los actos o declaraciones de voluntad de las partes, existe una estrecha relación en cuanto a la fe pública. Esto debido a que ambas se complementan mutuamente para realizar una función específica, que en este caso es la de dar fe de actos o hechos jurídicos y tener constancia de los mismos.

Al respecto el Tribunal de Notariado, en el voto 220 del 20 de Octubre de 2011 de las 9:35 horas, señala lo siguiente:

Debe recordarse que en el uso de su función, los notarios públicos imparten, por medio de la fe pública que ostentan, una presunción de veracidad a los actos y contratos que autorizan, los cuales involucran bienes patrimoniales y extrapatrimoniales de las personas, que pueden verse despojadas de sus propiedades o alterados sus estados civiles ante el embate de la delincuencia

¿Es factible prescindir de la Función Notarial para la constitución de sociedades y las transacciones relacionadas con bienes muebles e inmuebles ante la existencia del certificado de firma digital?

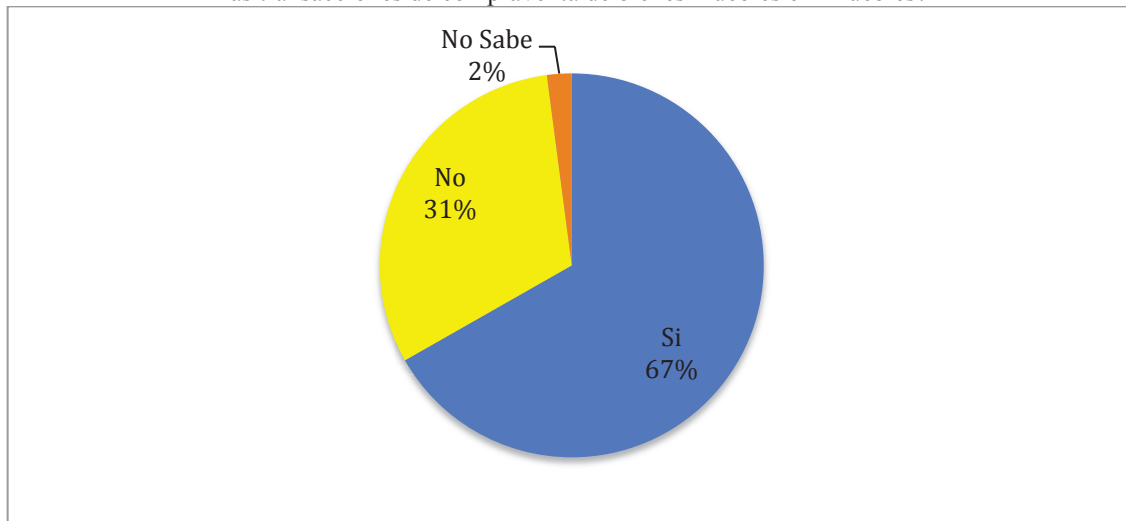
José Fernán Pozuelo Kelley, ULACIT
2013

organizada que utilizan los servicios notariales -con conocimiento o no de los notarios- para cometer sus fechorías.

De los conceptos y nociones de Fe Pública desarrollados anteriormente se concluye que la Fe Pública únicamente puede ser delegada por parte del Estado a un Notario Público para que constate y dé testimonio de los actos jurídicos relevantes determinados por Ley. Es decir, el Notario Público da Fe de documentos o actos jurídicos que se realicen ante su presencia. Estos actos jurídicos no se originan por actuaciones del Notario, la función del Notario Público es dar fe de dichos actos.

En esta misma línea de pensamiento, al realizar la consulta a los encuestados de si consideran necesaria la intervención de un Notario Público para la constitución de sociedades o realizar transacciones de compraventa de bienes muebles o inmuebles, la mayoría respondió afirmativamente, según se demuestra a continuación:

Gráfico No. 3
¿Cree conveniente la intervención del Notario Público en la constitución de sociedades o las transacciones de compraventa de bienes muebles e inmuebles?



¿Es factible prescindir de la Función Notarial para la constitución de sociedades y las transacciones relacionadas con bienes muebles e inmuebles ante la existencia del certificado de firma digital?

José Fernán Pozuelo Kelley, ULACIT
2013

III. Características de la Función Notarial

La función del Notario Público no solo se limita a la elaboración de instrumentos públicos, ya que ejerce una función reguladora y cautelar del principio de legalidad. Su función consiste en recibir e interpretar la voluntad de las partes, dotándola de las formalidades de ley, autenticando los hechos y actos jurídicos que se llevan a cabo en su presencia ante su condición de ostentar la fe pública.

La función notarial se puede definir como la creación y posterior autorización del instrumento público que viene precedido por una serie de actuaciones, que se rigen por los siguientes principios que se extraen del Código Notarial:

- i) **Legalidad:** Este principio se origina en que toda actuación del Notario debe estar apegada al marco de legalidad, en otras palabras, el Notario no puede realizar actos de carácter notarial que estén al margen de la ley, por ejemplo protocolizar una compraventa de psicotrópicos prohibidos por ley como heroína o cocaína.
- ii) **Unidad del Acto:** Bajo este principio es imprescindible que todo el acto notarial sea realizado en un mismo lugar y tiempo, ya que al tenor de la literalidad de la escritura pública generalmente se indica que “comparecen” todos los involucrados en el acto.
- iii) **Fe Pública:** Se define como la presunción de veracidad en los actos que se realizan en presencia del Notario Público, lo anterior para dar certeza de que dichos actos son verdaderos y no una simulación de ellos.
- iv) **Rogación:** La rogación implica que el Notario no puede actuar de oficio, de hecho ni siquiera puede comparecer ante sí mismo, por lo que este principio se basa en la necesidad del usuario de solicitar ante el Notario los servicios que requiera.
- v) **Asesoría:** El Notario no solo debe conocer sobre la función notarial, sino que debe conocer de derecho propiamente, ya que el Notario Público debe asesorar a sus clientes sobre cuestiones de legalidad, forma y demás para poder realizar el acto que cada uno deseaba.
- vi) **Forma/Escritura:** La función notarial está inmersa en una serie de formalidades mediante las cuales se plasman la gran mayoría de los principios notariales, por lo que en ambas simulaciones se presentó este principio.

¿Es factible prescindir de la Función Notarial para la constitución de sociedades y las transacciones relacionadas con bienes muebles e inmuebles ante la existencia del certificado de firma digital?

José Fernán Pozuelo Kelley, ULACIT
2013

a) Características de la Función Notarial

Según Murillo Rapso (pág. 37) se pueden señalar las siguientes características de la Función Notarial:

- i) *Se inicia y prosigue a instancia de parte y no a instancia del Notario, es decir cuando las partes de conformidad con lo establecido por la legislación vigente, consideran necesario o conveniente acudir ante el Notario para realizar el negocio jurídico de su interés.*
- ii) *Se da entre partes con intereses en común y previamente definidos.*
- iii) *Se ejerce al servicio de intereses privados de conformidad con lo que la legislación vigente permite (no puede ser contrario al ordenamiento jurídico).*
- iv) *Es de índole técnico-jurídico ya que se requiere la interpretación de la voluntad de las partes, su traducción al lenguaje jurídico y la interpretación y aplicación de la ley al negocio jurídico que se pretende realizar.*
- v) *Es cautelar o preventiva debido a que tiende a tomar las medidas necesarias para impedir que se produzcan consecuencias no queridas que frustren el fin perseguido y hagan desembocar a las partes en un conflicto.*

b) Fundamento jurídico de la Función Notarial

Desde la perspectiva de la función notarial, los actos jurídicos cobran relevancia desde el momento en que son documentados en el protocolo del Notario. Un documento falso, inexacto o imperfecto genera inseguridad jurídica por el perjuicio que puede ocasionar no solo a las partes (dificultades de interpretación, cumplimiento, etc.), sino también a los demás al crear una situación jurídica que no corresponde a la realidad.

Según el pensamiento tradicional, la probabilidad de que se produzca tal documento es considerable ante la inexistencia de la Fe Pública y el acto jurídico se perfecciona sin más intervención que la de las partes y a veces de algún testigo sin mayor relevancia jurídica; pero se minimiza con la intervención en la configuración del negocio y en evidencia

¿Es factible prescindir de la Función Notarial para la constitución de sociedades y las transacciones relacionadas con bienes muebles e inmuebles ante la existencia del certificado de firma digital?

José Fernán Pozuelo Kelley, ULACIT
2013

documental, de alguien con preparación jurídica especializada, imparcialidad profesional y responsabilidad por su actuación, es decir, el Notario Público.

El ordenamiento provee a dicha intervención notarial la confianza en el documento creado, y le otorga una cualidad de veracidad forzosa en el mundo jurídico. En virtud de lo anterior se establece que mediante la función notarial, el instrumento goza de fe pública, de que la fe pública notarial es la credibilidad (fe) impuesta a todos (pública) por la actuación del notario (notarial). La función notarial está destinada a dotar de documentación especial, pública y privilegiada a los actos, contratos y negocios jurídicos.

c) Seguridad jurídica

El Estado es el primer regulador de las relaciones en sociedad, por tanto, debe establecer las disposiciones legales a seguir y tiene la obligación de que, al momento de ejercer el poder político, jurídico y legislativo, genere un ámbito de seguridad jurídica. En esencia, la seguridad jurídica es la garantía otorgada por el Estado a la persona, de modo que su integridad, sus bienes y sus derechos no sean violentados. Si esto último llegará a producirse, le serán asegurados por la sociedad la protección y reparación de sus derechos.

Adicionalmente, el Estado ha delegado en el Notario Público la fe pública notarial así como la facultad de recibir, interpretar, redactar, dar forma legal y certeza jurídica a la voluntad de las partes que ante él comparecen para realizar ciertos actos jurídicos; todo ello mediante su consignación en instrumentos públicos, los cuales poseen valor de plena prueba.

El Notario cumple una de las más importantes finalidades del Derecho, que es garantizar la seguridad jurídica a través del ejercicio de varias funciones. Entre estas destacan las siguientes:

- i) Asesora: Ofrece su consejo jurídico a cualquier persona, institución o empresa que lo requiera, dentro de un marco legal de servicio obligatorio.
- ii) Interpreta la voluntad: Recibe e interpreta la voluntad de las partes que acuden ante él para la obtención de un servicio notarial concreto.
- iii) Da forma, legaliza y legitima: Cumple con la formalidad exigida por el Código Civil para ciertos actos jurídicos, es decir, dota de plena validez jurídica a ciertos actos jurídicos que deben otorgarse de manera obligatoria ante su fe, como la constitución de sociedades y la compraventa de bienes muebles e inmuebles.

¿Es factible prescindir de la Función Notarial para la constitución de sociedades y las transacciones relacionadas con bienes muebles e inmuebles ante la existencia del certificado de firma digital?

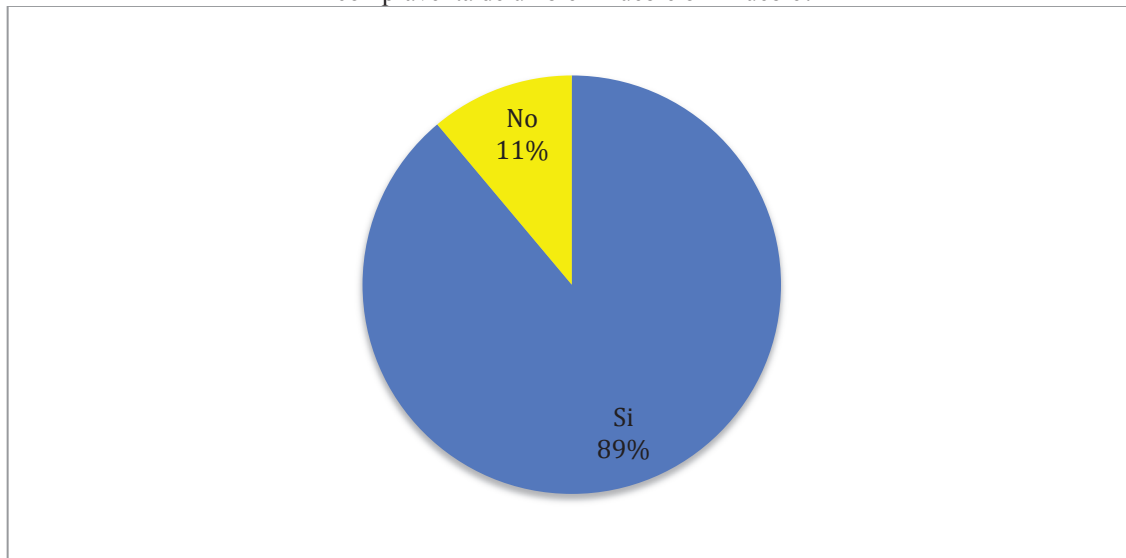
José Fernán Pozuelo Kelley, ULACIT
2013

- iv) Tiene el poder de la fe pública: Confiere autenticidad y certeza jurídica a ciertos hechos y actos jurídicos, mediante la consignación de ellos en el protocolo.
- v) Crea documentos auténticos: Es autor responsable de los instrumentos públicos notariales que circulan con valor de prueba plena ante la comunidad nacional e internacional. Además, conserva los instrumentos originales otorgados y autorizados en el protocolo y expide un primer testimonio auténtico con fuerza ejecutiva a solicitud de los interesados, y reproduce ilimitadamente nuevas copias auténticas.

Sobre este tema, ante la consulta realizada a los encuestados sobre la utilización o no de un Notario, se evidenció que más del 85% de los encuestados han acudido a un Notario para realizar trámites relacionados con la constitución de sociedades o compraventa de bienes muebles o inmuebles, según el gráfico No. 4:

Gráfico No. 4

¿Ha utilizado alguna vez los servicios de un Notario Público para la constitución de una sociedad o la compraventa de un bien mueble o inmueble?



¿Es factible prescindir de la Función Notarial para la constitución de sociedades y las transacciones relacionadas con bienes muebles e inmuebles ante la existencia del certificado de firma digital?

José Fernán Pozuelo Kelley, ULACIT
2013

IV. El certificado de firma digital

El certificado de firma digital constituye un medio electrónico utilizado para la autenticación de todo tipo de información, ya se trate de texto, sonido o imágenes. Se basa en la utilización de la criptografía de clave pública (algoritmos matemáticos que operan a través del juego de dos claves, privada y pública, las que se encuentran íntimamente vinculadas). De ello se entiende que cualquier persona que pretenda firmar de forma digital un documento para su posterior transmisión, debe generar su propia clave.

Según el Sistema Nacional de Certificación Digital, la firma digital se define como:

Es un método que asocia la identidad de una persona o equipo, con un mensaje o documento electrónico, para asegurar la autoría y la integridad del mismo. La firma digital del documento es el resultado de aplicar algoritmos matemáticos, (denominados función hash), a su contenido y generando una firma digital del documento.

Para verificar la firma se tiene que validar la vigencia del Certificado Digital del firmante, el estado del certificado digital (si está revocado) y que el uso del certificado digital sea el apropiado para la operación realizada (firma y no repudio).

Al artículo 8 de la Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos define el concepto de firma digital como:

Artículo 8°—Alcance del concepto. Entiéndase por firma digital cualquier conjunto de datos adjunto o lógicamente asociado a un documento electrónico, que permita verificar su integridad, así como identificar en forma unívoca y vincular jurídicamente al autor con el documento electrónico.

Una firma digital se considerará certificada cuando sea emitida al amparo de un certificado digital vigente, expedido por un certificador registrado. Este tipo de firma sustituye en medios digitales la firma manuscrita, con la ventaja de que incorpora la identidad, autoría, autenticación, integridad, fecha, hora y la recepción del documento, a través de métodos criptográficos asimétricos de clave pública y técnicas de sellamiento electrónico (para) que la firma esté en función del documento que se suscribe. Así, la hace absolutamente inimitable en la medida de que no se tenga la clave privada con la que está encriptada tal firma. Desde un punto de vista técnico, la firma digital se basa en

¿Es factible prescindir de la Función Notarial para la constitución de sociedades y las transacciones relacionadas con bienes muebles e inmuebles ante la existencia del certificado de firma digital?

José Fernán Pozuelo Kelley, ULACIT
2013

la aplicación de algoritmos de encriptación de datos, de esta forma, solo serán reconocibles por el destinatario. Este además podrá comprobar la identidad del remitente, la integridad del documento, la autoría y autenticación, preservando al mismo tiempo la confidencialidad.

Para que el certificado de firma digital funcione adecuadamente, es necesario combinar los caracteres que conforman la clave privada del usuario con los caracteres del documento o información a la que se quiere adosar la firma. Este nuevo conjunto de caracteres obtenido a partir de la mezcla de los caracteres del documento/información con los de la clave privada, es lo que constituye la firma digital. En dicha combinación quedan comprendidos todos los caracteres que conforman el documento, incluso los espacios en blanco, de forma tal que cada combinación es única para cada documento.

Una vez recibido el documento por el destinatario con la firma digital y la clave pública del suscriptor, el mismo procede entonces a iniciar el proceso de verificación de la firma digital adosada al documento recibido. Aplica la clave pública del suscriptor a la firma digital. Como resultado de este proceso se obtiene una serie de caracteres que son comparados con los que conforman el documento transmitido. Si los caracteres coinciden, la firma es válida y garantiza que fue aplicada por el titular de la clave privada, misma que se corresponde con la clave pública utilizada para la verificación, de igual forma se tiene la garantía de que el documento no ha sido alterado.

a) Distinción entre la firma electrónica y la firma digital

La mejor manera de introducir una distinción entre la firma electrónica y la firma digital parece ser la de empezar aclarando lo que la firma digital no es:

- a. La representación electrónica de una firma autógrafa.
- b. La firma autógrafa estampada por medio de elementos de digitalización, como por ejemplo, un lápiz magnético aplicado sobre un tablero electrónico.
- c. El reconocimiento por medios biométricos, como la lectura del iris, la interpretación de huellas dactilares u otros parámetros biológicos.

b) Marco Jurídico del certificado de firma digital

¿Es factible prescindir de la Función Notarial para la constitución de sociedades y las transacciones relacionadas con bienes muebles e inmuebles ante la existencia del certificado de firma digital?

José Fernán Pozuelo Kelley, ULACIT
2013

La Ley No. 8454 *Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos* vigente desde el año 2005 es el principal documento rector de toda actividad relacionada con los certificados de firmas digitales. A continuación se transcriben los artículos de mayor interés en relación con los actos jurídicos relacionados con la constitución de sociedades y las transacciones de compraventa de bienes muebles e inmuebles:

Artículo 1º—Ámbito de aplicación. Esta Ley se aplicará a toda clase de transacciones y actos jurídicos, públicos o privados, salvo disposición legal en contrario, o que la naturaleza o los requisitos particulares del acto o negocio concretos resulten incompatibles.

El Estado y todas las entidades públicas quedan expresamente facultados para utilizar los certificados, las firmas digitales y los documentos electrónicos, dentro de sus respectivos ámbitos de competencia.

Del texto anterior se desprende que los certificados de firma digital pueden ser utilizados para toda clase de transacciones o actos jurídicos. Este artículo constituye la primera evidencia de que dichos certificados pueden ser utilizados, en principio, para la constitución de sociedades y las transacciones de compraventa de bienes muebles e inmuebles, ya que no existe disposición legal que indique lo contrario.

Artículo 3º—Reconocimiento de la equivalencia funcional. Cualquier manifestación con carácter representativo o declarativo, expresada o transmitida por un medio electrónico o informático, se tendrá por jurídicamente equivalente a los documentos que se otorguen, residan o transmitan por medios físicos.

En cualquier norma del ordenamiento jurídico en la que se haga referencia a un documento o comunicación, se entenderán de igual manera tanto los electrónicos como los físicos. No obstante, el empleo del soporte electrónico para un documento determinado no dispensa, en ningún caso, el cumplimiento de los requisitos y las formalidades que la ley exija para cada acto o negocio jurídico en particular.

El artículo tercero en principio puede interpretarse de tal manera que permite que ciertos actos jurídicos (sin especificar cuáles) que se realicen por medios electrónicos, al utilizar el certificado de firma digital, y deben ser equiparados en términos jurídicos a los documentos físicos. Incluso este artículo va más allá y establece que en cualquier norma del ordenamiento jurídico no debe existir diferencia entre un documento físico y uno electrónico.

¿Es factible prescindir de la Función Notarial para la constitución de sociedades y las transacciones relacionadas con bienes muebles e inmuebles ante la existencia del certificado de firma digital?

José Fernán Pozuelo Kelley, ULACIT
2013

Sin embargo, el artículo anterior sí hace una excepción en relación con la imposibilidad de sustituir los requisitos y formalidades de ley que se exigen para determinados actos o negocios jurídicos. Desde nuestra perspectiva, esto no constituiría un impedimento para la utilización de certificados de firma digital en la constitución de sociedades o transacciones de compraventa de bienes inmuebles o muebles, en el tanto la legislación permitiera que dichas transacciones fueran posibles sin la comparecencia ante un Notario Público.

El artículo quinto de la ley en cuestión viene a reforzar la posición sobre la posibilidad de realizar los actos jurídicos antes mencionados mediante el sistema de certificado de firma digital. Dicho artículo establece cuáles actos jurídicos son permitidos:

Artículo 5º—En particular y excepciones. En particular y sin que conlleve la exclusión de otros actos, contratos o negocios jurídicos, la utilización de documentos electrónicos es válida para lo siguiente:

a) La formación, formalización y ejecución de los contratos.

b).....

c)

d) La emisión de certificaciones, constancias y otros documentos.

e) La presentación, tramitación e inscripción de documentos en el Registro Nacional.

f) La gestión, conservación y utilización, en general, de protocolos notariales, incluso la manifestación del consentimiento y la firma de las partes.

No se podrán consignar en documentos electrónicos:

a) Los actos o negocios en los que, por mandato legal, la fijación física resulte consustancial.

b) Las disposiciones por causa de muerte.

c) Los actos y convenios relativos al Derecho de familia.

d) Los actos personalísimos en general.

Del texto anterior, específicamente los incisos a) y e), se evidencia la factibilidad de realizar contratos de compraventa mediante los certificados de firma digital, ya de manera

¿Es factible prescindir de la Función Notarial para la constitución de sociedades y las transacciones relacionadas con bienes muebles e inmuebles ante la existencia del certificado de firma digital?

José Fernán Pozuelo Kelley, ULACIT
2013

expresa autoriza la realización de dichos actos jurídicos. Esto refuerza aún más la posición sobre la posibilidad de prescindir del Notario Público para ciertos actos jurídicos.

Finalmente, el artículo 10 de la ley en cuestión establece que el certificado de firma digital presume la autoría y responsabilidad de quien lo posea, posición que es válida para sustituir la comparecencia ante un Notario Público para realizar ciertos actos jurídicos. El texto del artículo establece lo siguiente:

Artículo 10.—Presunción de autoría y responsabilidad. Todo documento, mensaje electrónico o archivo digital asociado a una firma digital certificada se presumirá, salvo prueba en contrario, de la autoría y responsabilidad del titular del correspondiente certificado digital, vigente en el momento de su emisión.

No obstante, esta presunción no dispensa el cumplimiento de las formalidades adicionales de autenticación, certificación o registro que, desde el punto de vista jurídico, exija la ley para un acto o negocio determinado.

Posterior al análisis de la ley 8454 y su reglamento, es posible concluir que dicha ley permite la utilización del certificado de firma digital para sustituir la firma que por medios físicos ha sido utilizada tradicionalmente para realizar actos jurídicos. Adicionalmente la ley asigna una equivalencia a los documentos electrónicos emitidos mediante certificado de firma digital y los documentos físicos que estos sustituyen o complementan.

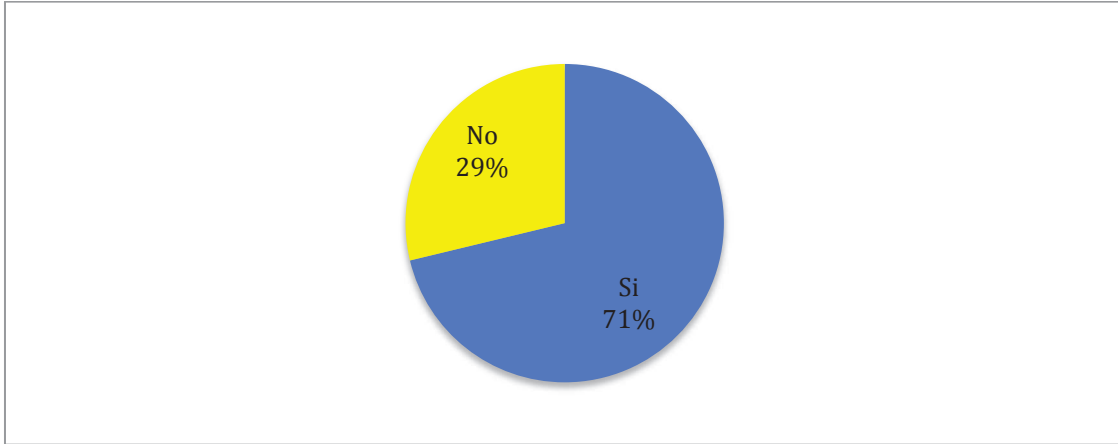
Si bien es cierto la ley 8454 establece que la utilización del certificado de firma digital es permitida para la realización de actos jurídicos, hace la excepción de que, si existe ley en contrario que exige ciertas formalidades en cuanto al uso de documentos físicos, el uso del certificado de firma digital se vería limitado.

Mediante la encuesta realizada también se incluyeron preguntas relacionadas con el uso del certificado de firma digital y el nivel de conocimiento de esta herramienta dentro de la población encuestada. Los resultados se muestran a continuación:

Gráfico No. 5
¿Sabe usted qué es el certificado de firma digital?

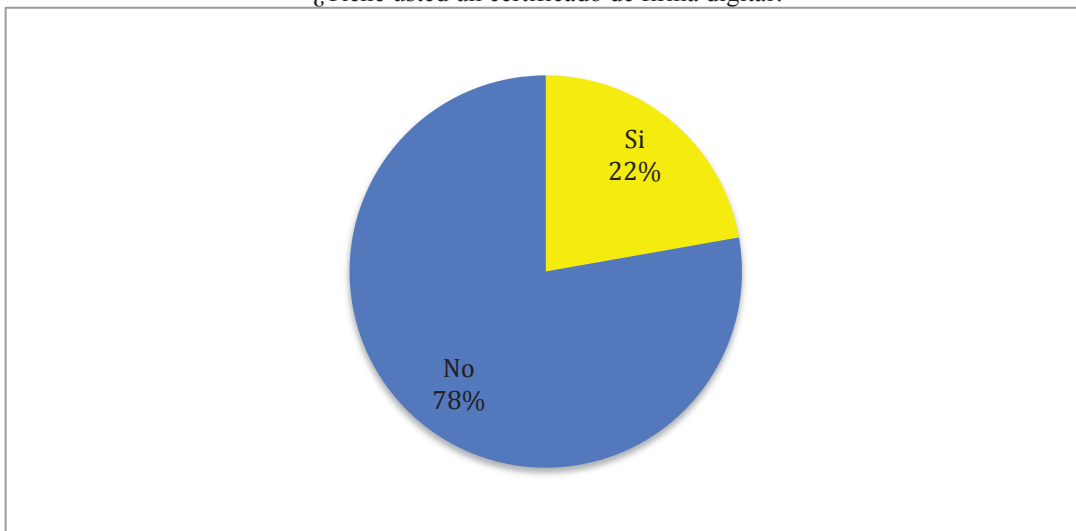
¿Es factible prescindir de la Función Notarial para la constitución de sociedades y las transacciones relacionadas con bienes muebles e inmuebles ante la existencia del certificado de firma digital?

José Fernán Pozuelo Kelley, ULACIT
2013



A pesar de que más del 70% de la población encuestada conoce qué es el certificado de firma digital, únicamente el 22% de la población encuestada tiene un certificado de firma digital, razón por la cual se puede inferir que el uso del certificado de firma digital no está ampliamente difundido en el país.

Gráfico No. 6
¿Tiene usted un certificado de firma digital?



¿Es factible prescindir de la Función Notarial para la constitución de sociedades y las transacciones relacionadas con bienes muebles e inmuebles ante la existencia del certificado de firma digital?

José Fernán Pozuelo Kelley, ULACIT
2013

V. Sobre la Constitución de Sociedades mercantiles mediante el certificado de firma digital

De conformidad con el Código de Comercio, las sociedades mercantiles surgen a la vida jurídica cuando dos o más personas físicas deciden asociarse con el objetivo de realizar una determinada actividad mercantil. El artículo 19 del citado cuerpo normativo establece lo siguiente:

ARTÍCULO 19.- La constitución de la sociedad, sus modificaciones, disolución, fusión y cualesquiera otros actos que en alguna forma modifiquen su estructura, deberán ser necesariamente consignados en escritura pública, publicados en extracto en el periódico oficial e inscritos en el Registro Mercantil.

Este artículo establece como requisito que toda constitución de sociedades debe realizarse mediante escritura pública, y al ser el Notario Público el único autorizado a emitir dichas escrituras, encontramos que la utilización del certificado de firma digital para la constitución de sociedades no es factible de conformidad con la legislación vigente.

Ahora, mediante el análisis del artículo 18 del Código de Comercio, en el cual se establecen los requisitos para la constitución de sociedades, se procederá a determinar si es factible la utilización del certificado de firma digital para sustituir la escritura pública ante una eventual modificación del artículo 19 del Código de Comercio. El artículo 18 establece lo siguiente:

ARTÍCULO 18.- La escritura constitutiva de toda sociedad mercantil deberá contener:

- 1) Lugar y fecha en que se celebra el contrato;*
- 2) Nombre y apellidos, nacionalidad, profesión, estado civil y domicilio de las personas físicas que la constituyan;*
- 3) Nombre o razón social de las personas jurídicas que intervengan en la fundación;*
- 4) Clase de sociedad que se constituye;*
- 5) Objeto que persigue;*
- 6) Razón social o denominación;*
- 7) Duración y posibles prórrogas;*
- 8) Monto del capital social y forma y plazo en que deba pagarse;*
- 9) Expresión del aporte de cada socio en dinero, en bienes o en otros valores. Cuando se aporten valores que no sean dinero, deberá dárseles y*

¿Es factible prescindir de la Función Notarial para la constitución de sociedades y las transacciones relacionadas con bienes muebles e inmuebles ante la existencia del certificado de firma digital?

José Fernán Pozuelo Kelley, ULACIT
2013

consignarse la estimación correspondiente. Si por culpa o dolo se fijare un avalúo superior al verdadero, los socios responderán solidariamente en favor de terceros por el exceso de valor asignado y por los daños y perjuicios que resultaren.

Igual responsabilidad cabrá a los socios por cuya culpa o dolo no se hicieren reales las aportaciones consignadas como hechas en efectivo;

10) Domicilio de la sociedad: deberá ser una dirección actual y cierta dentro del territorio costarricense, en la que podrán entregarse válidamente notificaciones.

11) Forma de administración y facultades de los administradores;

12) Nombramiento de los administradores, con indicación de los que hayan de tener la representación de la sociedad con su aceptación, si fuere del caso;

13) Nombramiento de un agente residente que cumpla con los siguientes requisitos: ser abogado, tener oficina abierta en el territorio nacional, poseer facultades suficientes para atender notificaciones judiciales y administrativas en nombre de la sociedad, cuando ninguno de sus representantes tenga su domicilio en el país.

El Registro no inscribirá ningún documento relativo a la sociedad, si en los casos en que sea necesario, el nombramiento no se encuentre vigente.

14) Modo de elaborar los balances y de distribuir las utilidades o pérdidas entre los socios;

15) Estipulaciones sobre la reserva legal, cuando proceda;

16) Casos en que la sociedad haya de disolverse anticipadamente;

17) Bases para practicar la liquidación de la sociedad;

18) Modo de proceder a la elección de los liquidadores, cuando no hayan sido designados anticipadamente y facultades que se les confieren; y

19) Cualquier otra convención en que hubieren consentido los fundadores.

Del análisis del texto anterior es posible identificar que los elementos que se requieren para la constitución de una sociedad no requieren de la comparecencia ante un Notario Público ya que no existen elementos sobre los cuales se deba dar fe notarial. Lo anterior ya que mediante el uso del certificado de firma digital, el Registro Público estaría recibiendo de manera certera la información de los constituyentes de la sociedad y los miembros del órgano de administración.

Al retroceder a los capítulos anteriores en donde se desarrollaron los temas de la fe pública y la función notarial, podemos determinar que no existe razón alguna desde el punto de vista doctrinario para que la constitución de sociedades se realice mediante escritura pública. El único tema que podría considerarse de mayor relevancia, en relación con el principio de asesoría legal, es el referente al inciso cuatro del citado artículo. Si a

¿Es factible prescindir de la Función Notarial para la constitución de sociedades y las transacciones relacionadas con bienes muebles e inmuebles ante la existencia del certificado de firma digital?

José Fernán Pozuelo Kelley, ULACIT
2013

lo anterior incorporamos que la constitución de sociedades es un trámite que generalmente se realiza con machotes previamente establecidos, toma mayor importancia la posibilidad de prescindir del Notario.

a) Propuesta para constituir sociedades sin la necesidad de comparecer ante un Notario Público

En primera instancia es necesaria una reforma al artículo 18 del Código de Comercio para que permita la constitución de sociedades a través de medios complementarios, y no sustitutivos, a la escritura pública. Una propuesta de redacción sería la siguiente:

ARTÍCULO 19.- La constitución de la sociedad, sus modificaciones, disolución, fusión y cualesquiera otros actos que en alguna forma modifiquen su estructura, deberán ser necesariamente consignados en escritura pública o en medios electrónicos debidamente acreditados para tales efectos; publicados en extracto en el periódico oficial e inscritos en el Registro Mercantil.

Los medios electrónicos mediante los cuales podría constituirse una sociedad estarían bajo el dominio del Registro Público, mediante el cual en una página específica uno de los constituyentes, previa conexión mediante el certificado de firma digital, procediera a llenar cada uno de los requisitos establecidos en el artículo 18 del Código de Comercio. Una vez completados los requisitos, los demás constituyentes y miembros del órgano de administración procederían a emitir su aprobación de la constitución de la sociedad mediante el certificado de firma digital.

El medio electrónico para tales efectos establecido por el Registro Nacional puede contener una serie de machotes para los diferentes tipos de sociedades, en los cuales únicamente se modifica por los constituyentes la información requerida por el artículo 18. Con respecto al nombre de la persona jurídica, el medio electrónico debería estar en línea con el Registro Mercantil y el Registro de Propiedad de Marcas para determinar de manera inmediata si es posible la utilización del nombre propuesto por los constituyentes de la sociedad.

Las limitaciones a la constitución de sociedades mediante el uso de certificado de firma digital se pueden resumir de la siguiente manera:

- a. Carencia de un certificado digital por uno de los involucrados en la constitución de la sociedad.
- b. Constitución de sociedades en las cuales los constituyentes son otras personas jurídicas.

¿Es factible prescindir de la Función Notarial para la constitución de sociedades y las transacciones relacionadas con bienes muebles e inmuebles ante la existencia del certificado de firma digital?

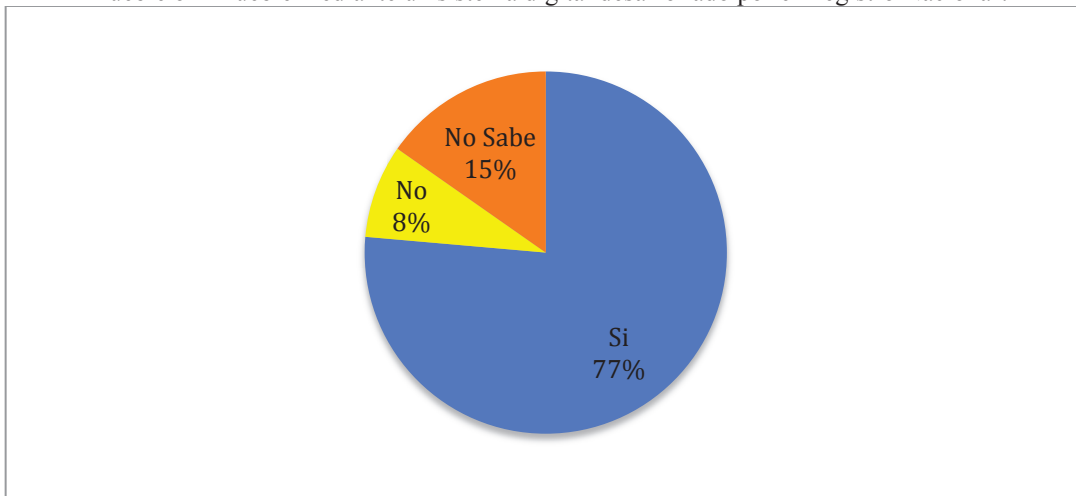
José Fernán Pozuelo Kelley, ULACIT
2013

- c. Constitución de sociedades por parte de extranjeros, aun si estos tienen certificados de firma digital emitidos en Costa Rica.

Finalmente, de conformidad con los resultados de la encuesta, se evidenció que más de un 75% de los encuestados estaría dispuesto a constituir sociedades o realizar transacciones de compraventa de bienes muebles o inmuebles mediante la utilización de un sistema digital desarrollado por el Registro Nacional, según se muestra a continuación:

Gráfico No. 7

¿Estaría usted dispuesto a realizar la constitución de una sociedad o la compraventa de un bien mueble o inmueble mediante un sistema digital desarrollado por el Registro Nacional?



¿Es factible prescindir de la Función Notarial para la constitución de sociedades y las transacciones relacionadas con bienes muebles e inmuebles ante la existencia del certificado de firma digital?

José Fernán Pozuelo Kelley, ULACIT
2013

VI. Sobre las transacciones de compraventa de bienes muebles e inmuebles mediante el certificado de firma digital

Si bien es cierto el origen de la función registral en Costa Rica se remonta a la época de la colonia española, no es sino hasta el año de 1975 que mediante la Ley No. 5695 “Ley de Creación del Registro Nacional” se crea el Registro Nacional como una dependencia del Ministerio de Justicia. El objetivo primordial de todo sistema registral es brindarle al propietario y público en general seguridad jurídica.

El artículo primero de la Ley 5695 señala que los fines del Registro Nacional son:

“...unificar criterios en materia de registro, coordinar las funciones, facilitar los trámites a los usuarios, agilizar las labores y mejorar las técnicas de inscripción; para todo lo cual se modernizarán los sistemas.”

Sobre esta misma línea jurídica, la Ley 3883 “Ley de Inscripción de Documentos en Registro Público” establece lo siguiente:

ARTÍCULO 1º.- El propósito del Registro Nacional es garantizar la seguridad de los bienes o derechos inscritos con respecto a terceros. Lo anterior se logrará mediante la publicidad de estos bienes o derechos. En lo referente al trámite de documentos, su objetivo es inscribirlos. Es de conveniencia pública simplificar y acelerar los trámites de recepción e inscripción de documentos, sin menoscabo de la seguridad registral. Son contrarios al interés público las disposiciones o los procedimientos que entorpezcan esos trámites o que, al ser aplicados, ocasionen tal efecto.

A pesar de la antigüedad de la norma, el legislador incluyó una previsión con respecto a la obligación de modernizar los sistemas para efectos de facilitar y agilizar los trámites que relacionados con las diferentes dependencias del Registro Nacional, dentro de las cuales se incluyen el Registro Inmobiliario o Bienes Inmuebles y el Registro de Bienes Muebles. Estas dos dependencias son las que nos interesan para los efectos de compraventa de bienes muebles e inmuebles.

Por su parte, el Código Civil en relación con el Registro Público (sinónimo de Registro Nacional) establece lo siguiente:

ARTÍCULO 267.- Para que la propiedad sobre inmuebles surta todos los efectos legales, es necesario que se halle debidamente inscrita en el Registro General de la Propiedad.

¿Es factible prescindir de la Función Notarial para la constitución de sociedades y las transacciones relacionadas con bienes muebles e inmuebles ante la existencia del certificado de firma digital?

José Fernán Pozuelo Kelley, ULACIT
2013

ARTÍCULO 450.- Solo pueden inscribirse los títulos que consten de escritura pública, de ejecutoria o de otro documento auténtico, expresamente autorizado por la ley para este efecto.

Adicionalmente sobre los bienes muebles el Código de Comercio señala lo siguiente:

ARTÍCULO 237.- Se inscribirán en este Registro todos aquellos muebles no fungibles que puedan identificarse ya sea por su número, serie o marca u otras características que lo describan.

De los artículos anteriores se desprende la obligatoriedad que tiene toda persona interesada en realizar una transacción de compraventa de comparecer ante un Notario Público para la elaboración de la respectiva escritura pública, con el objetivo de que dicha transacción sea debidamente inscrita en el Registro Nacional y se refleje adecuadamente el propietario registral del bien mueble o inmueble.

A diferencia del caso de inscripción de sociedades, donde el testimonio de las escrituras de constitución al menos pueden ser enviados mediante el certificado de firma digital al Registro Nacional para su inscripción, los testimonios de las escrituras de compraventa de bienes muebles y bienes inmuebles deben ser presentados físicamente ante el Registro Nacional.

Los decretos ejecutivos 35509-J del 30 de setiembre de 2009 y 26883-J del 13 de mayo de 1998 regulan la organización y función del Registro Inmobiliario y el Registro de la propiedad mueble en cuanto a la recepción, revisión, e inscripción de escrituras públicas. De estos documentos se desprende que existe una duplicidad de funciones por parte del Registro Nacional y los Notarios Públicos; este argumento se fundamenta en la premisa de que es el Estado quien delega la fe pública notarial en el Notario Público para que este realice ciertos trámites, y es el mismo Estado quien posteriormente vuelve a verificar lo actuado por el Notario.

Surge entonces la siguiente interrogante: ¿Sería más eficiente prescindir de los servicios notariales para las transacciones de compraventa ante la existencia de un certificado de firma digital, mediante el cual el propio Estado da fe de que quien utiliza el dispositivo es el titular del derecho?

Nuestro criterio se inclina a responder afirmativamente dicha interrogante, en tanto pareciera que la función fiscalizadora que realiza el Registro Nacional viene a sustituir parte de las obligaciones del Notario Público con respecto a su obligación de verificar la información contenida en la escritura que se presenta. Ante este escenario algunos podrían argumentar que el Notario Público continúa siendo trascendental para establecer

¿Es factible prescindir de la Función Notarial para la constitución de sociedades y las transacciones relacionadas con bienes muebles e inmuebles ante la existencia del certificado de firma digital?

José Fernán Pozuelo Kelley, ULACIT
2013

la identidad de quienes comparecen, sin embargo ante la existencia del certificado de firma digital pareciera que esta función también pierde relevancia.

a) Propuesta para realizar transacciones de compraventa de bienes muebles e inmuebles sin la necesidad de comparecer ante un Notario Público

Al igual que en el caso de la constitución de sociedades, es necesario abogar por una reforma al marco jurídico vigente para que el certificado de firma digital pueda ser utilizado en conjunto con un programa desarrollado por el Registro Nacional para realizar estas transacciones.

En primera instancia, es necesario modificar el artículo 450 del Código Civil para que establezca lo siguiente:

ARTÍCULO 450.- Solo pueden inscribirse los títulos que consten de escritura pública o en medio digital debidamente autorizado por ley, de ejecutoria o de otro documento auténtico, expresamente autorizado por la ley para este efecto.

Una vez reformado este artículo procedería el desarrollo de una página web en línea con el Registro Nacional en la cual es posible el ingreso de manera exclusiva mediante el certificado de firma digital, de acuerdo con el siguiente procedimiento:

1. El vendedor ingresa al sistema mediante su certificado de firma digital.
2. Una vez ingresado al sistema, puede visualizar todos los bienes (muebles o inmuebles) que están a su nombre.
3. Si los bienes que están a su nombre no tienen anotaciones ni gravámenes, el sistema le permite acceder a la opción de venta.
4. Una vez en la opción de venta, el propietario identifica el bien que quiere vender, e incluye en una casilla especial el número de cédula del futuro comprador.
5. El vendedor incluye el precio de venta del bien.
6. Posteriormente el comprador ingresa al mismo sistema utilizando su certificado de firma digital y revisa en su casilla de “compra de propiedades”.
7. Una vez cancelados los impuestos de traspaso, las partes definen la forma de pago.
8. El comprador acepta la propiedad digitalmente y queda inscrita en el registro automáticamente.

Las limitaciones para el uso de este sistema son:

¿Es factible prescindir de la Función Notarial para la constitución de sociedades y las transacciones relacionadas con bienes muebles e inmuebles ante la existencia del certificado de firma digital?

José Fernán Pozuelo Kelley, ULACIT
2013

1. Únicamente puede ser utilizado por personas nacionales que cuenten con certificado de firma digital.
2. Los bienes tienen que estar inscritos a título de persona física y no jurídica.
3. El bien no puede tener anotaciones o gravámenes.

¿Es factible prescindir de la Función Notarial para la constitución de sociedades y las transacciones relacionadas con bienes muebles e inmuebles ante la existencia del certificado de firma digital?

José Fernán Pozuelo Kelley, ULACIT
2013

CONCLUSIONES

A pesar de que el Derecho es una ciencia social que debería responder a las necesidades actuales de la sociedad, esto no siempre se cumple debido a la naturaleza reactiva y no proactiva del Derecho. Lo anterior no implica que los profesionales en derecho y los usuarios no puedan acceder a tecnologías, como el uso del certificado de firma digital, que faciliten todas aquellas actividades relacionadas con la constitución de sociedades y las transacciones de compraventa de bienes muebles e inmuebles.

Las actividades antes mencionadas están investidas de ciertas formalidades que no se ajustan a las facilidades tecnológicas que se encuentran disponibles. Lo anterior utiliza como argumento que la Fe Pública, plasmada en una escritura pública, es un requisito indispensable para que las actividades antes mencionadas adquieran validez jurídica. El ordenamiento jurídico vigente exige que toda constitución de sociedades y transacciones de compraventa de bienes muebles e inmuebles se realice ante un Notario Público y se inscriba ante el Registro Nacional mediante testimonio de la escritura pública correspondiente.

Los resultados de la investigación cualitativa realizada durante los meses de mayo a agosto de 2013 son los siguientes:

- El ordenamiento jurídico vigente no permite la constitución de sociedades ni las transacciones de compraventa de bienes muebles e inmuebles mediante el uso del certificado de firma digital. Adicionalmente no existe un medio electrónico disponible para realizar dichas transacciones.
- Mediante la introducción de reformas mínimas al ordenamiento jurídico actual, específicamente al Código Civil, es factible la utilización de medios digitales para constituir sociedades y realizar transacciones de compraventa de bienes muebles e inmuebles.
- Aproximadamente un 90% de los encuestados ha requerido los servicios de un Notario Público para realizar transacciones de compraventa de bienes muebles o inmuebles, así como para la constitución de sociedades. Igualmente el 75% de los encuestados estaría dispuesto a utilizar un medio digital para las actividades antes mencionadas, sin embargo el 60% de los encuestados considera conveniente la participación de un Notario Público para la constitución de sociedades o para realizar transacciones de compraventa de bienes muebles e inmuebles.

¿Es factible prescindir de la Función Notarial para la constitución de sociedades y las transacciones relacionadas con bienes muebles e inmuebles ante la existencia del certificado de firma digital?

José Fernán Pozuelo Kelley, ULACIT
2013

- Una aparente duplicidad de funciones por parte del Registro Nacional y los Notarios Públicos viene a fortalecer la tesis de que el uso del certificado de firma digital es una opción viable para los usuarios. Lo anterior en el tanto se le delega la fe pública a un Notario para que deje constancia de ciertos hechos o situaciones, los cuales tienen que ser verificados por el Registro Nacional, y queda así limitada la función del Notario Público a dejar constancia de que quienes comparecen son quienes dicen ser. En virtud de que el certificado de firma digital cumple con la función de identificar de manera digital al usuario (esto mediante la combinación de una clave personal y un código identificador asignado por una institución del Estado debidamente acreditada para tales efectos), carece de sentido la comparecencia ante el Notario Público.
- Un dato importante es que a pesar de que más del 70% de los encuestados conoce sobre el certificado de firma digital, únicamente un 22% de los encuestados cuenta con un certificado de firma digital.
- Es importante señalar que las tres transacciones de mayor demanda por los encuestados son las siguientes: compraventa de bien mueble, compraventa de bien inmueble y constitución de sociedades. Queda evidenciado de esta manera que la presunción inicial es correcta al enfocar el estudio en los tres tipos de actuaciones jurídicas anteriormente señaladas.

En virtud de los argumentos anteriores, se puede concluir que es factible prescindir de la función notarial para la constitución de sociedades y las transacciones relacionadas con bienes muebles e inmuebles ante la existencia del certificado de firma digital. Lo anterior siempre y cuando se modifique ligeramente el artículo 450 del Código Civil y se logre desarrollar una plataforma electrónica por parte del Registro Nacional para que dichas transacciones puedan llevarse a cabo.

Con los avances tecnológicos disponibles en la actualidad, mantener la vigencia de la escritura pública como único medio para la constitución de sociedades y las transacciones de compraventa de bienes muebles e inmuebles es equivalente a asumir que el único medio de pago para cualquier transacción es el dinero en efectivo y desconocer por completo las transferencias de dinero electrónicas.

¿Es factible prescindir de la Función Notarial para la constitución de sociedades y las transacciones relacionadas con bienes muebles e inmuebles ante la existencia del certificado de firma digital?

José Fernán Pozuelo Kelley, ULACIT
2013

Bibliografía

A continuación se adjunta la lista inicial de bibliografía que ha sido revisada hasta el momento y que contiene material de interés para el desarrollo del proyecto de Seminario de Graduación:

Libros y Publicaciones

Salas Marrero, O. (1973). Derecho Notarial de Centroamérica y Panamá. San José: Editorial Costa Rica.

Bogarín Parra, A. (2001). Conceptualización del Régimen Notarial en Costa Rica. Costa Rica: CONAMAJ.

Muñoz Céspedes, W. (1989). Ética Notarial. Costa Rica: Colegio de Abogados.
Revistas

Infante Meléndez, G. (2005). Naturaleza Jurídica del Notario Costarricense. Revista de Ciencias Jurídicas, 106, 175- 196.

Hernández Valle, R. y Salas Marrero, O. (1971). Apuntes del Derecho Notarial. Tesis de licenciatura en Derecho no publicada, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica.

Rodríguez Ulate, E. (1975). El notario en el mundo moderno. Tesis de licenciatura en Derecho no publicada, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica.

Jurisprudencia

Dirección Nacional de Notariado. Voto 008-20 Función Notarial, Fe Pública y potestad certificadora. Recuperado el 25 de junio de 2013 de http://www.icoden.org/?page_id=32

Fuentes de medios electrónicos

Arrache Murgía, J.G. (2013). El Notario Público. Función y Desarrollo Histórico. Recuperado el 21 de junio de 2013, de <http://www.monografias.com/trabajos20/notario-publico/notario-publico.shtml>

¿Es factible prescindir de la Función Notarial para la constitución de sociedades y las transacciones relacionadas con bienes muebles e inmuebles ante la existencia del certificado de firma digital?

José Fernán Pozuelo Kelley, ULACIT
2013

Costa Rica. Leyes y Decretos. (1998). Código Notarial. Recuperado el 02 de junio de 2013, de www.pgr.go.cr

Costa Rica. Leyes y Decretos. (2005). Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos. Recuperado el 02 de junio de 2013, de www.pgr.go.cr

Costa Rica. Leyes y Decretos. (1967). Ley de Inscripción de Documentos en Registro Público. Recuperado el 05 de junio de 2013, de www.pgr.go.cr

Costa Rica. Leyes y Decretos. (1964). Código de Comercio. Recuperado el 05 de junio de 2013, de www.pgr.go.cr

Costa Rica. Leyes y Decretos. (1888). Código de Civil. Recuperado el 05 de junio de 2013, de www.pgr.go.cr

Costa Rica. Leyes y Decretos. (2002). Ley de Protección al ciudadano del exceso de requisitos y trámites administrativos. Recuperado el 06 de junio de 2013, de www.pgr.go.cr

Costa Rica. Leyes y Decretos. (1975). Ley de Creación del Registro Nacional. Recuperado el 06 de junio de 2013, de www.pgr.go.cr

Costa Rica. Leyes y Decretos. (1998). Decreto Ejecutivo 26883-J Reglamento Organización Registro Público de la Propiedad Mueble. Recuperado el 06 de junio de 2013, de www.pgr.go.cr

Costa Rica. Leyes y Decretos. (2007). Decreto Ejecutivo 33018-MICIT Reglamento a la Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos. Recuperado el 06 de junio de 2013, de www.pgr.go.cr

Costa Rica. Leyes y Decretos. (2009). Decreto Ejecutivo 35509-J Reglamento de Organización del Registro Inmobiliario. Recuperado el 06 de junio de 2013, de www.pgr.go.cr

Costa Rica. Leyes y Decretos. (1998). Decreto Ejecutivo 26771-J Reglamento del Registro Público. Recuperado el 10 de junio de 2013, de www.pgr.go.cr

Costa Rica. Leyes y Decretos. (1998). Decreto Ejecutivo 37593-JP-MINAE-MAG-MEIC-S Reglamento para el funcionamiento y la utilización del portal “CrearEmpresa”. Recuperado el 10 de junio de 2013, de <http://www.crearempresa.go.cr>

¿Es factible prescindir de la Función Notarial para la constitución de sociedades y las transacciones relacionadas con bienes muebles e inmuebles ante la existencia del certificado de firma digital?

José Fernán Pozuelo Kelley, ULACIT
2013

Jiménez Carmiol, M. (2013). Instituto Costarricense de Derecho Notarial. Recuperado el 20 de junio de 2013, de http://abogados.or.cr/revista_elforo/foro1/icoden.htm

Murillo, Laura (2010). Propuesta para una medida cautelar típica de anotación. Tesis para optar por el grado de licenciatura. Universidad de Costa Rica. Recuperado de www.iiij.ucr.ac.cr/download/file/342

Pacheco, Silvia (2012). Constitución “electrónica” de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada es una realidad. Recuperado el 20 de junio de 2013 de www.puntojuridico.com

Sin Autor (). Principios que rigen la función notarial. Recuperado el 12 de junio de 2013 de <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/podium/cont/8/cnt/cnt3.pdf>

¿Es factible prescindir de la Función Notarial para la constitución de sociedades y las transacciones relacionadas con bienes muebles e inmuebles ante la existencia del certificado de firma digital?

José Fernán Pozuelo Kelley, ULACIT
2013

Anexo No.1 Modelo de Encuesta

Objetivo de la encuesta: Mediante la encuesta se pretende obtener información de usuarios de la Función Notarial y de Notarios Públicos con respecto a los siguientes temas:

1. Actividades relacionadas con constitución de sociedades y compraventa de bienes muebles e inmuebles.
2. Conocimiento y utilización del sistema de firma digital.
3. Satisfacción de los usuarios con el sistema notarial existente para la constitución de sociedades y la compraventa de bienes muebles e inmuebles.
4. Disponibilidad para constituir sociedades y realizar transacciones de compraventa de bienes muebles e inmuebles mediante un sistema digital sin necesidad de comparecer ante un Notario Público.

Modelo propuesto de encuesta:

Sección dirigida a usuarios:

1. Por favor indique su profesión:
 - a. Abogado
 - b. Abogado y Notario
 - c. Ingeniero, Administrador
 - d. Empresario
 - e. Estudiante
 - f. Arquitecto
 - g. Contador
 - h. Médico
 - i. Docente
 - j. Ejecutivo
 - k. Otro
2. ¿Sabe usted qué es el certificado de firma digital?
 - a. Si
 - b. No
 - c. No sabe
 - d. No Responde
3. ¿Tiene usted un certificado de firma digital?
 - a. Si
 - b. No

¿Es factible prescindir de la Función Notarial para la constitución de sociedades y las transacciones relacionadas con bienes muebles e inmuebles ante la existencia del certificado de firma digital?

José Fernán Pozuelo Kelley, ULACIT
2013

- c. No Responde
- 4. ¿Sabía usted que para constituir una sociedad, comprar o vender un bien mueble o inmueble tiene que comparecer ante un Notario Público?
 - a. No
 - b. Si
 - c. No responde
- 5. ¿Sabe usted cuáles son los requisitos de ley para constituir una sociedad, comprar o vender un bien mueble o inmueble?
 - a. Si
 - b. No
 - c. No responde
- 6. ¿Ha utilizado alguna vez los servicios de un Notario Público para la constitución de una sociedad o la compraventa de un bien mueble o inmueble?
 - a. Si
 - b. No
 - c. No sabe/No Responde
- 7. ¿Cuándo fue la última vez que acudió ante un Notario Público?
 - a. Un mes
 - b. Menos de un año
 - c. Entre uno y cinco años
 - d. Hace más de cinco años
 - e. No recuerda.
- 8. ¿Para qué asunto acudió ante un Notario Público la última vez?
 - a. Compraventa de bien mueble
 - b. Compraventa de bien inmueble
 - c. Constitución de Sociedad
 - d. Préstamo hipotecario/prendario
 - e. Otorgar o revocar un poder
 - f. Testamento
 - g. Otros
- 9. ¿Cuándo ha acudido a un Notario Público, ha sido este de su elección o lo ha determinado alguien más?
 - a. Siempre he escogido yo
 - b. La mayoría de las veces
 - c. Algunas veces
 - d. Lo ha escogido la otra parte
- 10. ¿Cuándo la elección del Notario Público ha sido suya, busca al mismo Notario o utiliza uno diferente?
 - a. Siempre al mismo
 - b. Diferente en algunas ocasiones
 - c. Siempre uno diferente

¿Es factible prescindir de la Función Notarial para la constitución de sociedades y las transacciones relacionadas con bienes muebles e inmuebles ante la existencia del certificado de firma digital?

José Fernán Pozuelo Kelley, ULACIT
2013

- d. No recuerda.
11. ¿Le han obligado a utilizar un notario diferente al suyo para la constitución de una sociedad, o una compraventa de un bien mueble o inmueble?
 - a. Si
 - b. No
 - c. Algunas Veces
 - d. Nunca
 - e. No responde
 12. ¿En caso de haber comparecido ante un Notario Público para constituir una sociedad o realizar una compraventa de un bien mueble o inmueble, ha leído la escritura detenidamente?
 - a. Si
 - b. No
 - c. Parcialmente
 - d. No responde
 13. ¿Cuando compareció ante un Notario Público se realizaron alguno o todos los trámites requeridos por ley estando usted ahí presente?
 - a. Si
 - b. Algunos
 - c. No sabe
 - d. No responde
 - e. No recuerda.
 14. ¿En caso de haber requerido la constitución de una sociedad o de haber realizado una compraventa de un bien mueble o inmueble, siente que la misma pudo haberse realizado de una manera más ágil por parte del Notario Público?
 - a. Si
 - b. No
 - c. No sabe
 15. ¿Ha quedado usted satisfecho con los servicios del Notario Público al que ha acudido?
 - a. Si
 - b. No
 - c. Un poco
 - d. No responde
 16. ¿Antes de firmar algún documento ante un Notario Público le han explicado las implicaciones del documento que va a firmar?
 - a. Si
 - b. No
 - c. Algunas veces
 - d. No sabe
 - e. No responde.

¿Es factible prescindir de la Función Notarial para la constitución de sociedades y las transacciones relacionadas con bienes muebles e inmuebles ante la existencia del certificado de firma digital?

José Fernán Pozuelo Kelley, ULACIT
2013

17. ¿En general diría usted que el Notario Público funciona con rapidez o lentitud para la constitución de sociedades o trámites de compraventa de bienes muebles o inmuebles?
 - a. Si
 - b. No
 - c. Algunas veces
 - d. No sabe
 - e. No responde
18. Cuando acudió ante un Notario Público, considera que el dinero que canceló fue:
 - a. Mucho
 - b. Poco
 - c. Razonable
 - d. No sabe / No responde
19. ¿Considera usted que la utilización de un certificado de firma digital podría agilizar la constitución de sociedades o las transacciones de compraventa de bienes muebles o inmuebles?
 - a. Si
 - b. No
 - c. No sabe / No responde
20. ¿Si usted pudiera prescindir de los servicios de un Notario Público para la constitución de sociedades o transacciones de compraventa de bienes muebles o inmuebles, lo haría?
 - a. Si
 - b. No
 - c. No sabe / No responde
21. En qué medida considera usted (donde 0 es el menor valor y 10 el máximo) que la intervención de un Notario Público para la constitución de una sociedad o una transacción de compraventa de bienes muebles o inmuebles garantiza lo siguiente:
 - a. Que lo que se firma es lo que las partes realmente quieren
 - b. Que lo se firma es conforme a la ley
 - c. Que en lo que se firma no hay fraude o engaño
22. Considera usted que la función del Notario Público es:
 - a. Muy útil
 - b. Bastante útil
 - c. Útil
 - d. Poco útil
 - e. Nada útil
 - f. No sabe / No responde

¿Es factible prescindir de la Función Notarial para la constitución de sociedades y las transacciones relacionadas con bienes muebles e inmuebles ante la existencia del certificado de firma digital?

José Fernán Pozuelo Kelley, ULACIT
2013

23. ¿Cree conveniente la intervención del Notario Público en la constitución de sociedades o las transacciones de compraventa de bienes muebles e inmuebles?
 - a. Si
 - b. No
 - c. No sabe / No Responde
24. ¿Estaría usted dispuesto a realizar la constitución de una sociedad o la compraventa de un bien mueble o inmueble mediante un sistema digital desarrollado por el Registro Nacional?
 - a. Si
 - b. No
 - c. No sabe / No responde.
25. Considera usted que un sistema digital desarrollado por el Registro Nacional para la constitución de sociedades o la compraventa de bienes muebles o inmuebles brinda seguridad jurídica a los usuarios?
 - a. Si
 - b. No
 - c. No sabe / No responde